

Colección
Ediciones Especiales



Ramón Guillermo Aveledo
Jesús María Casal
Daniela Urosa Maggi
Juan Berriós Ortigoza
Gabriel Sira Santana
Coordinadores

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS

Anuario 2023-2024



Caracas, 2025

Estudios Constitucionales y Parlamentarios. Anuario 2023-2024
Ramón Guillermo Aveledo / Jesús María Casal / Daniela Urosa Maggi /
Juan Berríos Ortigoza / Gabriel Sira Santana
(Coordinadores)

Universidad Católica Andrés Bello
Montalbán. Caracas (1020). Apartado 20.3323

Diseño y Producción: Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)
Diagramación: Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)
Diseño de portada: Isabel Victoria Valdivieso López
Corrección: Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

© Cátedra Libre Andrés Bello de Ética Cívica en la Legislación y la
Administración Local de la Universidad Católica Andrés Bello
© Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)
Primera edición 2025

Hecho el Depósito de Ley
Depósito Legal: DC2025001837
ISBN: 978-980-439-285-6

Impreso en Venezuela
Printed in Venezuela
Por: Gráficas LAUKI, C.A.

Reservados todos los derechos.
No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información, ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado –electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc.–, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS

Anuario 2023-2024

Coordinadores:

Ramón Guillermo Aveledo

Jesús María Casal

Daniela Urosa Maggi

Juan Berrios Ortigoza

Gabriel Sira Santana

Cátedra Libre Andrés Bello de Ética Cívica en la Legislación y la Administración Local de la Universidad Católica Andrés Bello
Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

Caracas, 2025

CITA SUGERIDA: Ramón Guillermo Aveledo, Jesús María Casal, Daniela Urosa Maggi, Juan Berrios Ortigoza, Gabriel Sira Santana (coordinadores), *Estudios Constitucionales y Parlamentarios. Anuario 2023-2024*, Cátedra Libre Andrés Bello de Ética Cívica en la Legislación y la Administración Local de la Universidad Católica Andrés Bello, Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2025.

Estudios Constitucionales y Parlamentarios tiene por objeto divulgar anualmente investigaciones relacionadas con el Derecho Constitucional y el Derecho Parlamentario, con inclusión de trabajos elaborados por los cursantes de la Maestría en Derecho Constitucional y otros estudiantes de la Universidad Católica Andrés Bello. Adicionalmente, se examina la documentación parlamentaria del período respectivo que se considere de interés, de acuerdo con el monitoreo realizado por la Cátedra Libre Andrés Bello de Ética Cívica en la Legislación y la Administración Local de la Universidad Católica Andrés Bello. El contenido de los trabajos publicados es de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponde necesariamente con los criterios de la coordinación, sus consejos ni editores.

COORDINACIÓN: Ramón Guillermo Aveledo, Jesús María Casal, Daniela Urosa Maggi, Juan Berrios Ortigoza, Gabriel Sira Santana.

CONSEJO DE REDACCIÓN: Tomás Arias Castillo, Armando Blanco, Margarita Escudero Leal, Liliana Fasciani, Jaiber Núñez, Ninoska Rodríguez, María Elena Toro, Anselmo Coelho.

CONSEJO CONSULTIVO: Tullio Álvarez, Juan Domingo Alfonso Paradisi, José Guillermo Andueza (†), Carlos Ayala Corao, Rafael Badell Madrid, Víctor Ba-zán, Allan Brewer-Carías, Antonio Canova, Rafael Chavero G., Ricardo Com-bellas, Román Duque Corredor (†), Gerardo Fernández, Carlos García Soto, Fortunato González Cruz, José Vicente Haro, José Ignacio Hernández, Carlos Leánez (†), Juan Miguel Matheus, Mariela Morales Antoniazzi, Claudia Nikken, Manuel Rachadell, Fernando Rey Martínez, Martín Risso Ferrand, Humberto Romero-Muci, Néstor Sagüés (†), Enrique Sánchez Falcón, Antonio Silva Aranguren, Graciela Soriano de García-Pelayo, Cecilia Sosa Gómez, Jorge Luis Suárez Mejías, Gustavo Tarre Briceño, Argenis Urdaneta.

EDITORES:

Cátedra Libre Andrés Bello de Ética Cívica en la Legislación y la Administración Local de la Universidad Católica Andrés Bello, www.eticacivica-ab.com
Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEPA), www.cidep.com.ve

EN ESTA EDICIÓN...

PRESENTACIÓN

I. CONTRIBUCIONES DOCTRINALES

Derechos fundamentales

1. Los principios sobre derechos humanos en la Constitución de Venezuela. *Juan Alberto Berrios Ortigoza*
2. La limitación de derechos humanos y los servicios de inteligencia: Un aldabonazo de la jurisprudencia interamericana. *Jesús María Casal Hernández*
3. Las versiones rivales sobre la constitucionalidad de la extinción de dominio y la corrección patrimonial de los Estados al derecho de propiedad. Una interpretación desde la Constitución venezolana. *Emilio J. Urbina Mendoza*
4. Debido proceso sustantivo o de fondo en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. *Loiralith Margarita Chirinos Portillo*
5. El derecho a la defensa en el proceso penal. *Magaly Vásquez González*

Democracia y sistema electoral

6. Transición democrática y Constitución. Derechos ciudadanos y reinstitucionalización. *Argenis S. Urdaneta G.*
7. Voto en el extranjero bajo condiciones extremas: Transiciones democráticas, situaciones posconflicto, migraciones forzosas y autoritarismos. Análisis desde el derecho internacional y buenas prácticas electorales a nivel comparado. *Daniela Urosa Maggi*

Constitución económica

8. Los tratados bilaterales de inversión (BITs) y la adhesión de Venezuela al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Irene Loreto González*

II. DOCUMENTACIÓN PARLAMENTARIA

1. Informe de actividad parlamentaria (2023-2024). *Jaiber Núñez, Vanessa Marcano y Fátima Camirra*

III. CONTRIBUCIONES DE ESTUDIANTES DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO

- 1. La inteligencia artificial en América del Sur: Comparativa internacional y perspectivas futuras de su regulación. Arantxa Jurado, Jeinrrymel Gómez, Judith Rancel y Sebastián Orta**

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	13
I. CONTRIBUCIONES DOCTRINALES	17
LOS PRINCIPIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA, Juan Alberto Berriós Ortigoza	19
Introducción	19
1. Los derechos humanos como valor superior del ordenamiento jurídico	19
2. Los principios constitucionales sobre derechos humanos.....	22
Comentario final	30
LA LIMITACIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA: UN ALDABONAZO DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA, Jesús María Casal.....	33
Introducción	33
1. Condiciones para la limitación de derechos en este contexto	38
1.1. Legalidad de la injerencia	39
1.2. Licitud de los fines perseguidos.....	41
1.3. Respeto al principio de proporcionalidad	43
2. Mecanismos de control y supervisión.....	48
2.1. Componentes fundamentales del control y la supervisión	48
2.2. El control jurisdiccional.....	50
Perspectivas	57
LAS VERSIONES RIVALES SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO Y LA CORRECCIÓN PATRIMONIAL DE LOS ESTADOS AL DERECHO DE PROPIEDAD. UNA INTERPRETACIÓN DESDE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA, Emilio J. Urbina Mendoza	59
Introducción	59
1. Los problemas de inconstitucionalidad de la extinción de dominio derivados de la interpretación constitucional.....	63
2. Posturas de la doctrina constitucional en América Latina frente a un mismo texto constitucional que restringe, limita o prohíbe la extinción de dominio.....	64

2.1. Versión fuerte: Solo la Constitución contempla la extinción de dominio	65
2.2. Versión débil o atemperada: Extinción de dominio es confiscación en su sentido amplio.....	67
2.3. Versión ideal: La potestad de corrección patrimonial del Estado y los valores constitucionales de la propiedad	69
Conclusiones.....	74
Bibliografía	75

DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO O DE FONDO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999, Loiralith Margarita Chirinos Portillo 79

Introducción	79
1. Aproximación conceptual al debido proceso	80
2. Debido proceso sustantivo o de fondo	87
2.1. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario	90
2.2. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes	91
2.3. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.....	92
2.4. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados	93
Conclusiones.....	95

EL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL, Magaly Vásquez González 97

Introducción	97
1. La defensa ¿derecho o garantía?	98
2. Derecho a la defensa y debido proceso.....	100
2.1. Ámbito internacional	100
2.2. Ámbito nacional.....	102
3. El derecho a la defensa como pilar fundamental de la justicia penal..	105
3.1. Fundamento constitucional y convencional	106
3.2. Garantías específicas del proceso penal	107
3.2.1. Presunción de inocencia (8.2 CADH y 14.2 PDCP).....	108
3.2.2. Non bis in idem (artículo 8.4 CADH)	109
3.2.3. Derecho a un proceso público (artículo 8.5 CADH)	110
3.2.4. Derecho a la defensa	111
Conclusiones.....	128

TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA Y CONSTITUCIÓN. DERECHOS CIUDADANOS Y REINSTITUCIONALIZACIÓN, Argenis S. Urdaneta G..... 131

Introducción	131
1. Preliminares	131
1.1. Estado de derecho	131
1.2. Ciudadanía y República.....	133
1.3. Institucionalidad y Constitución.....	134
1.4. Democracia.....	135
2. Democracia y Constitución en la Venezuela del siglo XX	136
2.1. Constitución democrática	136
2.1.1. Experiencia de cuatro décadas.....	137
2.1.2. Crisis en su evolución.....	138
2.2. Constituyente y nueva Constitución.....	139
2.2.1. Constitución y Estado de derecho.....	139
2.2.2. Constitución y derechos humanos	140
3. Experiencia en el siglo XXI	141
3.1. De la democracia hacia el autoritarismo	141
3.2. Ausencia de ciudadanía y desconocimiento de los derechos humanos	142
3.3. Estado de derecho	143
3.3.1. Progresivo deterioro y deformación institucional normativa	143
3.3.2. Necesario restablecimiento	145
4. Perspectivas de cambio y transición.....	146
4.1. La transición es un proceso	146
4.2. Expectativas de restablecimiento y perspectivas de transición democrática.....	147
4.2.1. Cambio de régimen	148
4.2.2. Reconstrucción social y económica.....	148
4.2.3. Redemocratización y reinstitucionalización	148
4.3. Ciudadanía y derechos ciudadanos en la transición	150
4.4. Incidencia externa, riesgo y oportunidad	152
Consideraciones finales.....	154
Referencias bibliográficas	155

VOTO EN EL EXTRANJERO BAJO CONDICIONES EXTREMAS: TRANSICIONES DEMOCRÁTICAS, SITUACIONES POSCONFLICTO, MIGRACIONES FORZOSAS Y AUTORITARISMOS. ANÁLISIS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL Y BUENAS PRÁCTICAS ELECTORALES A NIVEL COMPARADO, Daniela Urosa Maggi..... 159

Introducción	159
1. Escenarios y particular relevancia del voto extraterritorial en condiciones extremas	160
1.1. Escenarios del voto extraterritorial en condiciones extremas ...	160
1.2. Especial relevancia del voto en el extranjero en condiciones extremas	161

2.	Derecho al voto de migrantes y refugiados en el Derecho Internacional	162
2.1.	El voto en el exterior es siempre un voto migrante. Diferencias entre el voto extraterritorial convencional y en condiciones extremas	162
2.2.	Derecho al voto de refugiados y demás personas en situación similar de vulnerabilidad de acuerdo con el Derecho Internacional	163
2.2.1.	Alcance del concepto de refugiado	163
2.2.2.	Condición de vulnerabilidad de los refugiados y migrantes forzados y obligaciones reforzadas de los Estados para garantizar el ejercicio de sus derechos, incluido el derecho al voto.....	165
3.	Operatividad del voto extraterritorial en condiciones extremas	167
3.1.	Consideraciones generales	167
3.2.	Requisitos para ser elector	168
3.3.	Registro electoral en condiciones extremas.....	169
3.3.1.	Efectividad y modalidades de registro electoral	169
3.3.2.	Documentación requerida para el registro electoral	170
3.4.	Jornada electoral.....	171
3.5.	Observación electoral.....	172
3.6.	Acuerdos institucionales.....	173
	3.6.1. Justificación y contenido de los acuerdos institucionales	173
	3.6.2. Experiencias y buenas prácticas de organizaciones internacionales que han facilitado el voto en el extranjero en condiciones extremas.....	175
	3.7. Resolución de conflictos.....	181
4.	Principales retos del voto en el extranjero bajo condiciones extremas y algunas propuestas para procurar su efectividad	181
4.1.	Principales retos del voto extraterritorial en condiciones extremas	181
	4.1.1. Ausencia de estado de derecho y de condiciones de integridad electoral	181
	4.1.2. Ausencia de capacidad institucional y financiera del árbitro electoral	182
	4.1.3. Ausencia de voluntad política del país de origen y países receptores	182
	4.1.4. Diáspora de proporciones masivas y precaria situación migratoria de la diáspora	183
4.2.	Algunas propuestas para procurar la efectividad y éxito del voto en el extranjero en condiciones extremas	183
	Recapitulación y conclusiones.....	185

LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (BITS) Y LA ADHESIÓN DE VENEZUELA AL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI), Irene Loreto González	189
Introducción	189
1. Concepto y evolución de los BITs	191
2. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI)	193
3. Interacción entre leyes nacionales y reglas del centro de arbitraje.....	195
Conclusiones	196
II. DOCUMENTACIÓN PARLAMENTARIA 2023-2024	197
INFORME DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA (2023-2024), Jaiber Núñez, Vanessa Marcano y Fátima Camirra	199
Introducción	199
1. Evolución del conflicto sociopolítico venezolano desde la perspectiva institucional	199
2. Actividad parlamentaria (2023-2024).....	201
2.1. Resumen legislativo de 2023	201
2.2. Resumen legislativo de 2024	203
3. Agenda legislativa de 2025	206
4. Principales leyes sancionadas con impacto institucional (2023-2024).....	207
Conclusiones	209
III. CONTRIBUCIONES DE ESTUDIANTES DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO.....	211
LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN AMÉRICA DEL SUR: COMPARATIVA INTERNACIONAL Y PERSPECTIVAS FUTURAS DE SU REGULACIÓN, Arantxa Jurado, Jeinrrymel Gómez, Judith Rancel y Sebastián Orta	213
Introducción	213
1. El entorno conceptual, ético y normativo de las herramientas de IA ..	214
1.1. Aplicaciones actuales de la IA y su relación con el Derecho.....	215
1.2. Principios y ética de la IA.....	216
1.3. La radiografía de América del Sur en la regulación de la IA.....	217
2. La relación de la IA y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales	218
2.1. Cultura.....	219
2.2. Educación e investigación	220
2.3. Economía y trabajo	221
2.4. Salud y bienestar social	222
2.5. Medio ambiente.....	223

3.	Las recientes iniciativas de los Estados sudamericanos con respecto a la reglamentación de la IA.....	223
3.1.	Argentina.....	223
3.2.	Bolivia	225
3.3.	Brasil.....	226
3.4.	Chile	227
3.5.	Colombia	228
3.6.	Ecuador	231
3.7.	Perú	231
3.8.	Paraguay	233
3.9.	Uruguay	234
3.10.	Venezuela.....	235
4.	Estándares internacionales y lecciones de la regulación de la IA en Europa	236
4.1.	Unión Europea: Regulación 2024/1689.....	237
4.2.	Comparativa con Sudamérica	240
5.	Retos y recomendaciones para la regulación de la IA en la materia ...	241
5.1.	Antecedentes y nuevas oportunidades	241
5.2.	Problemas y barreras	242
5.2.1.	Brecha digital	243
5.2.2.	Infraestructura tecnológica.....	243
5.2.3.	Desarrollo de talento.....	244
5.3.	Legislación en la región.....	245
6.	Recomendaciones.....	246
	Conclusiones.....	247

PRESENTACIÓN

En el contexto actual, los desafíos en materia de derechos humanos, gobernabilidad democrática y desarrollo institucional cobran una relevancia central para la comprensión de los procesos políticos y jurídicos. Esta cuarta edición del Anuario de Estudios Constitucionales y Parlamentarios (2023-2024), editado por la Cátedra Libre Andrés Bello de Ética Cívica en la Legislación y la Administración Local de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, y el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), reúne un conjunto de análisis y estudios realizados por diversas expertas y expertos, quienes abordan temáticas clave como los principios relativos a los derechos humanos, la limitación de derechos humanos y los servicios de inteligencia, el debido proceso sustantivo, el derecho a la defensa, la extinción de dominio, la evolución del régimen político venezolano, el sufragio extraterritorial, la inversión extranjera y el impacto de la inteligencia artificial, para ilustrar los retos y transformaciones más apremiantes.

A través de una visión plural, esta edición del Anuario proporciona una panorámica integral de los principales debates y problemáticas que atraviesan las instituciones democráticas y la protección de los derechos humanos, con énfasis en la experiencia venezolana aunque con apertura a la garantía internacional de estos derechos y con perspectiva comparada. Las contribuciones contenidas en el Anuario buscan no solo diagnosticar, sino también ofrecer propuestas y reflexiones orientadas a la consolidación del Estado de Derecho y la promoción de una sociedad más justa y equitativa.

Una primera sección se refiere a los derechos fundamentales. En ella, Juan Alberto Berriozá Ortigoza examina la centralidad de los derechos humanos dentro del marco constitucional venezolano. El autor analiza cómo la Constitución establece la protección de la persona humana como un valor superior y fin esencial del Estado. Además, el ensayo discute principios fundamentales como los de progresividad, no discriminación, irrenunciabilidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos, destacando su aplicación e implicaciones en la legislación y la práctica. Como planteamiento concluyente, se subrayan las responsabilidades del Estado en la garantía, protección y reparación de estos derechos, así como los mecanismos judiciales disponibles para su defensa.

Por su parte, Jesús María Casal Hernández aborda la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” vs. Colombia, e indaga en la forma en que la Corte aplica las condiciones que rigen la limitación de derechos humanos. Pone de relieve que la sentencia establece con-

diciones rigurosas para la limitación de derechos humanos por parte de los servicios de inteligencia, enfatizando la legalidad, licitud de los fines y proporcionalidad de las acciones. Asimismo, resalta la importancia de mecanismos de control y supervisión, que incluyen la intervención judicial previa y posterior pero deben ir más allá, para prevenir abusos en un ámbito históricamente marcado por la opacidad y los excesos. Destaca que la Corte protege el derecho a la autodeterminación informativa y la libertad de expresión frente a la vigilancia estatal, insistiendo en la necesidad de una estricta justificación, de una legislación clara y de controles robustos en todos los Estados.

Emilio Urbina Mendoza plantea las distintas interpretaciones sobre la constitucionalidad de la extinción de dominio en América Latina, contrastándola con la figura tradicional de la confiscación. Se analizan tres posturas principales: una versión “fuerte” que considera la extinción de dominio incompatible con constituciones que solo prevén la confiscación como pena accesoria; una versión “atemperada” que busca reinterpretar la confiscación textualmente admitida para incluir mecanismos análogos; y una versión “ideal” que fundamenta la extinción de dominio en valores constitucionales más amplios y principios como la lucha contra la corrupción y la llamada potestad de corrección patrimonial del Estado al derecho de propiedad, especialmente cuando los bienes provienen de actividades ilícitas. El artículo utiliza la Constitución venezolana de 1999 como caso de estudio para ilustrar estos debates y argumenta a favor de la tercera postura.

Otra contribución en esta sección sobre los derechos fundamentales es la de Loiralith Margarita Chirinos Portillo, quien se centra en el debido proceso sustantivo o de fondo dentro de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. Sostiene que este concepto es fundamental para un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, buscando garantizar la seguridad jurídica y prevenir arbitrariedades. Se distinguen dos elementos del debido proceso: el adjetivo o formal, relacionado con las formas procedimentales, y el sustantivo o de fondo, que se refiere a la justicia y razonabilidad de las decisiones. La investigación subraya cómo este último aspecto es clave para la realización de la justicia y se manifiesta en principios como la presunción de inocencia, la legalidad sancionatoria, el *non bis in idem*, y la responsabilidad del Estado por errores judiciales, reafirmando la protección de los derechos humanos en todas las actuaciones, tanto judiciales como administrativas.

La importancia del derecho a la defensa dentro del sistema de justicia penal es explorada por Magaly Vásquez González, examinando este derecho como una garantía esencial para las personas, que limita la potestad punitiva del Estado. La autora subraya cómo este derecho se manifiesta a través de la defensa técnica (con abogado) y material (por el acusado), y su vinculación con el debido proceso tanto en el ámbito nacional como internacional. El artículo detalla garantías específicas como la presunción de inocencia, el *non bis in idem*, el proceso público, el derecho a un intérprete, la notificación de la acusación, el acceso a pruebas y el derecho a no autoincriminarse. Como argumento final, destaca el rol de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos en la protección de este derecho, señalando desafíos en su aplicación en Venezuela.

Una segunda sección se refiere a la democracia y el sistema electoral. En esta sección, Argenis Urdaneta aborda la compleja realidad política de Venezuela, analizando su paso de un régimen democrático a uno calificado de autoritario y las implicaciones para los derechos ciudadanos y el Estado de Derecho. El autor examina la experiencia democrática del siglo XX en Venezuela, marcada por la Constitución de 1961 y los pactos de gobernabilidad, para luego contrastarla con la crisis institucional y el deterioro de los derechos humanos en el siglo XXI. Se destaca la importancia del restablecimiento de la ciudadanía activa y la reinstitucionalización democrática como pilares para una posible transición, utilizando la Constitución de 1999 como marco. Como planteamiento final, el autor considera las perspectivas de cambio y transición democrática, resaltando la necesidad de acuerdos y el rol de la comunidad internacional en este proceso.

Daniela Urosa Maggi examina el voto extraterritorial en situaciones extremas, como transiciones democráticas, posconflictos y regímenes autoritarios, donde las migraciones forzadas masivas son comunes. Se destaca que este tipo de sufragio es relevante para la legitimidad y reunificación nacional, requiriendo flexibilización de requisitos y cooperación internacional. La autora enfatiza la vulnerabilidad de migrantes y refugiados, lo que genera obligaciones reforzadas de los Estados. Además, el estudio aborda los retos operativos y financieros, así como la importancia de la observación electoral y los acuerdos institucionales con organismos como la OIM, ACNUR e IFES, para asegurar la efectividad y transparencia del proceso.

La tercera sección se refiere a la constitución económica, en la que Irene Loreto González plantea cómo los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y la adhesión a centros de arbitraje como el CIADI son herramientas claves para que un país atraiga y mantenga la inversión extranjera. Se explica que los TBI otorgan protección y seguridad jurídica a los inversores, fomentando la confianza y estabilidad económica mediante mecanismos de resolución de disputas. El texto detalla la historia de Venezuela con el CIADI, su incorporación en 1993 para atraer capital, y su posterior retiro en 2012 por objeciones de soberanía, a pesar de lo cual sigue obligada a cumplir con casos ya en curso. Como conclusión se argumenta que la resolución de conflictos mediante arbitraje internacional no vulnera la soberanía nacional, sino que la fortalece al promover la solución pacífica de disputas y atraer la inversión esencial para el desarrollo.

El informe sobre la actividad legislativa de la Asamblea Nacional de Venezuela durante el período 2023-2024 destaca cómo el continuo conflicto sociopolítico en el país influenció las dinámicas parlamentarias. Los autores, Jaiber Núñez, Vanessa Marcano y Fátima Camirra examinan las leyes sancionadas en ambos años, a pesar de la falta de balances legislativos oficiales para 2023 y 2024. El documento también proyecta la agenda legislativa para 2025 e identifica leyes clave con impacto institucional que han generado debate, algunas de las cuales han sido criticadas por afectar dere-

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2023-2024

chos humanos. En resumen, el estudio concluye que, si bien la actividad legislativa disminuyó cuantitativamente, cualitativamente estuvo marcada por la situación política que persiste en Venezuela.

Por último, el Anuario incluye una contribución de estudiantes de la carrera de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Arantxa Jurado, Jeinrrymel Gómez, Judith Rancel y Sebastián Orta ofrecen un análisis exhaustivo sobre el panorama de la inteligencia artificial (IA) en América del Sur, examinando su impacto en diversos sectores y la necesidad de una regulación ética y legal. El estudio aborda el modo en que la IA transforma áreas como la economía, el trabajo, la salud, la educación y el medio ambiente, señalando tanto sus beneficios como los desafíos que presenta para los derechos humanos. Además, se comparan las iniciativas regulatorias de la IA en países sudamericanos como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Paraguay, Uruguay y Venezuela con los estándares internacionales y la legislación europea, identificando los retos y proponiendo recomendaciones para un marco legal sólido y equitativo en la región. Como argumento final se enfatiza la urgencia de una regulación coordinada y completa en América del Sur, para aprovechar el potencial de la IA mientras se garantizan los derechos fundamentales y se mitigan los riesgos asociados.

En suma, esta edición del Anuario refleja la complejidad y diversidad de los desafíos que enfrentan los derechos humanos y la institucionalidad democrática. La convergencia de miradas permite visibilizar no solo los problemas, sino también posibles vías de solución. Frente a contextos de polarización y crisis, las propuestas aquí planteadas insisten en la necesidad de fortalecer el Estado de Derecho, promover marcos normativos claros y garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales, apostando por sociedades más inclusivas, justas y resilientes ante los retos del presente y del futuro.

Enero de 2025

Ramón Guillermo Aveledo

Jesús María Casal

Daniela Urosa Maggi

Juan Berrios Ortigoza

Gabriel Sira Santana

I
**CONTRIBUCIONES
DOCTRINALES**

LOS PRINCIPIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA

Juan Alberto Berrios Ortigoza*

"El objeto de la sociedad, es la felicidad común y los Gobiernos han sido instituidos para asegurar al hombre en ella, protegiendo la mejora y perfección de sus facultades físicas y morales, aumentando la esfera de sus gores y procurándoles el más justo y honesto ejercicio de sus derechos".

Artículo 151 de la Constitución de Venezuela de 1811

Introducción

Desde el preámbulo de la Constitución se establece la obligación del Estado de asegurar "el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna" y, en términos generales, "la garantía universal e indivisible de los derechos humanos". La centralidad de la protección a la persona humana es el elemento esencial de la estructura constitucional, de modo que la legitimidad del Estado se funda en esta premisa y está orientada a su logro.

Veinticinco años después de la entrada en vigor de la Constitución es necesario releer su contenido dogmático en materia de derechos humanos con el propósito de promover una conciencia y cultura popular que resalte y potencie su carácter progresivo. En este ensayo se revisarán los principios constitucionales sobre los derechos humanos, con el ánimo de contribuir a una conversación para idear fórmulas orientadas a superar los desafíos a su exigibilidad y aplicabilidad en las circunstancias actuales.

1. Los derechos humanos como valor superior del ordenamiento jurídico

El artículo 2 de la Constitución declara que:

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 de-

* Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Magister Scientiarum en Ciencia Política y Derecho Público (mención Ciencia Política), Universidad del Zulia. Profesor investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia (Venezuela).

mocracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Como se observa, “la preeminencia de los derechos humanos”, además de la expresa mención de la vida, la libertad, la justicia, la igualdad y la democracia¹ que son también derechos, hace parte de la estructura axiológica del concepto constitucional de Estado y, en consecuencia, de la identidad constitucional. En consonancia con ello, el artículo 350 de la Constitución, incluido dentro del capítulo que rige a la asamblea nacional constituyente como mecanismo de revisión constitucional, establece que “El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos”.

Asimismo, la preeminencia de los derechos humanos encuentra otra manifestación en que la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad es uno de los “fines esenciales del Estado”, como también lo son:

...el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución (artículo 3).

Al respecto, es importante advertir que la Constitución reitera la instrumentación del Estado, su organización y funcionamiento, para alcanzar estos fines, según lo previsto en el artículo 136: “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”. Incluso, conceptos como la seguridad ciudadana (artículo 55² y 332³), la seguridad de la nación (artículo 326⁴) o el estado de excepción

¹ Sobre la democracia en la Constitución de Venezuela desde una perspectiva axiológica, Juan Alberto Berriozábal Ortízoza, “El principio democrático”, en *Principios fundamentales del derecho público. Desafíos actuales*, coord. por Allan R. Brewer-Carías y José Araujo-Juárez (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana International, 2020), 41-59.

² “Artículo 55. Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes. // La participación de los ciudadanos y ciudadanas en los programas destinados a la prevención, seguridad ciudadana y administración de emergencias será regulada por una ley especial. // Los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas. El uso de armas o sustancias tóxicas por parte del funcionario policial y de seguridad estará limitado por principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad, conforme a la ley”.

³ “Artículo 332. El Ejecutivo Nacional, para mantener y restablecer el orden público, proteger a los ciudadanos y ciudadanas, hogares y familias, apoyar las decisiones de las autoridades competentes y asegurar el pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales, de conformidad con la ley, organizará: 1. Un cuerpo uniformado de policía nacional. 2. Un cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas. 3. Un cuerpo de bomberos y bomberas y administración de emergencias de carácter civil. 4. Una organización de protección civil y administración de desastres. // Los órganos de seguridad ciudadana son de carácter civil y respetarán la dignidad y los derechos humanos, sin discriminación alguna.

(artículos 337 al 339⁵), están orientados a la “afirmación de los derechos humanos”, asegurando su “pacífico disfrute”, de modo que esos conceptos deben instrumentarse atendiendo a una perspectiva de respeto, protección y garantía de los derechos humanos.

Es así como la Constitución implica un pacto de convivencia⁶, estableciendo las condiciones indispensables para la efectiva realización de los derechos humanos, no un pacto de subordinación, descartando que la lucha por el poder en el Estado sea un aspecto central de la funcionalidad constitucional, siendo, en todo caso, una lucha reglada y orientada a la convivencia política.

La función de los órganos de seguridad ciudadana constituye una competencia concurrente con los Estados y Municipios en los términos establecidos en esta Constitución y en la ley”.

⁴ “Artículo 326. La seguridad de la Nación se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil para dar cumplimiento a los principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos, así como en la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos y venezolanas, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. El principio de la corresponsabilidad se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar”.

⁵ “Artículo 337. El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles”. “Artículo 338. Podrá decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos y ciudadanas. Dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable hasta por treinta días más. Podrá decretarse el estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración será de hasta sesenta días, prorrogable por un plazo igual. // Podrá decretarse el estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas, o de sus instituciones. Se prolongará hasta por noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más. La aprobación de la prórroga de los estados de excepción corresponde a la Asamblea Nacional. Una ley orgánica regulará los estados de excepción y determinará las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos”. “Artículo 339. El Decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. El Decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Presidente o Presidenta de la República podrá solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron. La declaración del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público”.

⁶ Sobre el alcance de estos conceptos, Gustavo Zagrebelsky, *Principios y votos: el Tribunal Constitucional y la política* (Madrid: Trotta, 2008), 29, 40-41.

2. Los principios constitucionales sobre derechos humanos

El título III de la Constitución, que comprende desde los artículos 19 al 135, versa sobre “los deberes, derechos humanos y garantías”. Se trata del título más extenso de la Constitución, con 117 disposiciones que se refieren a principios generales sobre los derechos humanos y sus categorías, así como a deberes de orden cívico, incluyendo la propia defensa de estos derechos⁷.

El artículo 19 es, sin dudas, uno de los preceptos más relevantes, por su utilidad interpretativa. Su texto 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 desarrolleen.

En primer lugar, se destaca que el Estado, en atención a lo anotado con anterioridad, es el agente responsable de respetar, proteger y garantizar los derechos, y esta es una responsabilidad objetiva en los términos generales sobre el principio de responsabilidad previsto en el artículo 140 de la Constitución⁸. Y en segundo lugar, se enuncian una serie de principios cuya fuente es el derecho internacional de los derechos humanos, como evidencia del fenómeno de la constitucionalización de ese ámbito del derecho⁹. Se trata de los principios de progresividad, no discriminación, irrenunciabilidad, indivisibilidad e interdependencia.

La progresividad implica la continua ampliación de la estructura de los derechos¹⁰: no solo en su contenido o posibilidades de ejercicio, sino también en el alcance de su titularidad, la optimización de sus garantías y, en

⁷ “Artículo 132. Toda persona tiene el deber de cumplir sus responsabilidades sociales y participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria del país, promoviendo y defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y de la paz social”.

⁸ “Artículo 140. El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública”.

⁹ Sobre esta discusión desde una perspectiva latinoamericana, José Burneo L., “El aporte del derecho internacional de los derechos humanos a la constitucionalización del derecho post 1945”, *Derecho PUCP – Revista de la Facultad de Derecho*, N° 71 (2013): 169-199; y Jorge Ulises García Tinoco, “La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos. A un siglo de la vigencia de la Constitución de 1917”, en *Los derechos humanos en el Centenario de la Constitución de 1917*, coord. por Luis Raúl González Pérez (México: Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, INERHM, UNAM, Instituciones de Investigaciones Jurídicas, 2016), 103-120.

¹⁰ Sobre el alcance de este principio en la Constitución de Venezuela, ver Emercio Aponte Núñez, *Importancia e influencia del régimen constitucional venezolano de los derechos humanos* (Maracaibo: Universidad del Zulia, 2012), 36-37, y Jesús María Casal Hernández, *Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello), 53-54.

general, que la interpretación de las disposiciones en que sean definidos sea más la favorable para su ejercicio y, en lo eventual, haya apertura al reconocimiento de “nuevos” derechos. En otro sentido, la progresividad supone que no estén autorizadas declaraciones, interpretaciones ni prácticas estatales que impliquen retrocesos en materia de derechos humanos. Entre las dimensiones concretas de la progresividad se encuentran dos preceptos constitucionales decisivos para la protección de los derechos humanos: los artículos 22 y 23.

El artículo 22 proclama que:

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Es decir, la afirmación de un derecho humano no depende de su positivación, bien sea en la Constitución o en cualquier instrumento internacional, sino de su inherencia a la persona humana. Con ello, su exigibilidad tampoco depende de esta positivación, como prevé el artículo 27 de la Constitución, cuya letra ordena que:

Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Además, en general, el hecho de que no exista una ley que desarrolle un derecho humano, no se traduce en la imposibilidad de ejercerlo y, en consecuencia, exigir su cumplimiento, dada su operatividad inmediata y directa. En síntesis, el artículo 22 se traduce en un eventual reconocimiento, respeto, protección y garantía de derechos emergentes, en tanto el catálogo constitucional es abierto y dinámico, no cerrado ni estático, atendiendo al carácter natural de los derechos humanos.

Entretanto, el artículo 23¹¹ plantea una regla interpretativa: en caso de contradicción entre la Constitución y un tratado internacional relativo a derechos humanos suscrito y ratificado por Venezuela, debe preferirse la aplicación de aquella normativa que favorezca más el goce y ejercicio de determinado derecho, siendo que ese conflicto pueda darse en un plano abstracto o en uno concreto¹². La regla deriva del reconocimiento a esos tratados de un rango constitucional, con lo cual no sería posible resolver la contradicción en función de los criterios *lex posterior*, *lex superior* o *lex specialis*. Se trata de una regla interpretativa informada, entonces, por el principio de

¹¹ “Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

¹² Sobre la tipología de los conflictos normativos, Riccardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (Madrid: Trotta, 2008), 82-85.

progresividad, que también se extiende a casos de duda en la interpretación de determinada norma en sí, debiendo aplicarse siempre aquella que más favorezca el goce y ejercicio de un derecho. Una expresión concreta de esta situación se encuentra prevista en el artículo 89 de la Constitución que se refiere a los principios que rigen el alcance de la obligación del Estado de proteger el trabajo¹³.

También se relaciona con el principio de progresividad de los derechos, la indecidibilidad sobre su identidad, estructura y garantías que, entonces, quedan fuera de las cuestiones de las que puede disponerse, incluso por el propio pueblo, ante el riesgo de desmejora, desfiguración o supresión¹⁴. Al respecto, el artículo 74 excluye de las materias que pueden someterse a referendo abrogatorio las leyes que protejan, garanticen o desarrollen los derechos humanos¹⁵.

El principio de no discriminación se desarrolla en el artículo 21 de la Constitución en los siguientes términos:

Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condicio-

¹³ "El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios: 1. Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias. (...) 3. Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad".

¹⁴ Luigi Ferrajoli, "La esfera de lo indecidible y la división de los poderes", *Estudios Constitucionales* 6, N° 1 (2008): 337, desarrolla el concepto "esfera de lo indecidible", "para denominar al conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías".

¹⁵ "Artículo 74. Serán sometidas a referendo, para ser abrogadas total o parcialmente, las leyes cuya abrogación fuere solicitada por iniciativa de un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el registro civil y electoral o por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros. // También podrán ser sometidos a referendo abrogatorio los decretos con fuerza de ley que dicte el Presidente o Presidenta de la República en uso de la atribución prescrita en el numeral 8 del artículo 236 de esta Constitución, cuando fuere solicitado por un número no menor del cinco por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el registro civil y electoral. // Para la validez del referendo abrogatorio será indispensable la concurrencia de, por lo menos, el cuarenta por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el registro civil y electoral. // No podrán ser sometidas a referendo abrogatorio las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público ni las de amnistía, ni aquellas que protejan, garanticen o desarrollen los derechos humanos y las que aprueben tratados internacionales. // No podrá hacerse más de un referendo abrogatorio en un período constitucional para la misma materia".

nes antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.

4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.

Se trata de mandamientos que concretan el reconocimiento a toda persona de los derechos inherentes a su condición humana, así como en la protección reforzada a ciertas categorías de personas en circunstancias específicas, algunas de ellas mencionadas de forma expresa por la Constitución: niños y adolescentes (artículo 78), jóvenes (artículo 79), ancianos (artículo 80), personas con discapacidad (artículo 81), trabajadores (artículos 89 al 97) y pueblos indígenas (artículos 119 al 126). De esta forma la igualdad es un instrumento no solo contra la arbitrariedad, sino para lograr la inclusión y la integración social¹⁶.

La irrenunciabilidad significa que no es dable la abdicación voluntaria de la titularidad de ningún derecho: en esta hipótesis, la renuncia no tendría validez, subsistiendo tanto la titularidad del derecho como la obligación de proteger por parte del Estado, en particular porque ello suele ocurrir en contextos de desconocimiento o vulnerabilidad. Admitir la posibilidad de renuncia a la titularidad de cualquier derecho afectaría el orden constitucional, porque este se encuentra fundado, como se ha argumentado, en la centralidad de la protección a la persona humana¹⁷.

Con el principio de indivisibilidad se afirma que todos los derechos humanos son esenciales, sin que pueda establecerse una jerarquía axiológica en abstracto de unos sobre otros, exigiéndose que el Estado los respete, proteja y garantice de forma integral, no selectiva ni parcial. Como conse-

¹⁶ Como evidencia, se encuentran las siguientes disposiciones: (i) "Artículo 75. (...) Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes (...)" . (ii) "Artículo 77. Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges (...)" . (iii) "Artículo 88. El Estado garantizará la igualdad y equidad de hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al trabajo. El Estado reconocerá el trabajo del hogar como actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social. Las amas de casa tienen derecho a la seguridad social de conformidad con la ley" . (iv) "Artículo 100. Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas (...)" . (v) "Artículo 103. Toda persona tiene derecho a una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones (...)" . (vi) "Artículo 293. (...) Los órganos del Poder Electoral garantizarán la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales (...)" .

¹⁷ Una expresión concreta del principio de irrenunciabilidad se encuentra prevista en el artículo 89.2 de la Constitución: "El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios: (...) 2. Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley".

cuencia de ello se sigue el principio de interdependencia, debido a la interrelación funcional de los derechos, como se encuentra declarado tanto en el preámbulo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos como en el del Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales, en el sentido de que:

...con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales¹⁸.

En este sentido, la categorización de derechos humanos en la Constitución no responde a un criterio de jerarquía o importancia relativa, sino a una necesidad formal de agruparlos en atención a la esfera vital a la que se refieren: así, la Constitución los categoriza en derechos de nacionalidad (artículos 32 al 38) y ciudadanía (39 al 42), civiles (43 al 61), políticos (62 al 74), sociales y de las familias (75 al 97), culturales y educativos (98 al 111), económicos (112 al 118), pueblos indígenas (119 al 126), y ambientales (127 al 129), sin que deban entenderse como partes inconexas, sino como elementos que, aunque heterogéneos¹⁹, deben interpretarse en función del carácter estructural-sistématico de la Constitución.

Además de los principios contenidos en el artículo 19, también pueden identificarse en las disposiciones generales del título III la irretroactividad de la ley, la reserva legal sobre las restricciones a los derechos, y la responsabilidad del Estado en los ámbitos de reparaciones y protección.

La irretroactividad de la ley está definida en el artículo 24 de la Constitución con este alcance:

Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron. Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea.

Se trata de un principio que resguarda la seguridad jurídica ante eventuales restricciones a los derechos humanos y, en particular, aquellas que pueden afectar los derechos a la libertad personal y el debido proceso.

Cabe observar que las restricciones a los derechos humanos solo pueden establecerse mediante ley: de conformidad con los artículos 156.32 y 187.1 se prevé una reserva legal nacional atribuida a la Asamblea Nacional

¹⁸ La cita corresponde al preámbulo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos; de forma correlativa, en el del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales se proclama que "con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos".

¹⁹ Sobre esta cuestión, Casal Hernández, *Los derechos humanos...*, 50.

"en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales", aunque los órganos legislativos de estados y municipios también pueden regular derechos en el ámbito de sus respectivas competencias. Por otra parte, el artículo 203 estipula que entre las leyes orgánicas se encuentran aquellas que se dicten para "desarrollar derechos constitucionales". Ahora bien, en circunstancias extraordinarias pueden restringirse derechos y garantías por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, mediante un decreto de estado de excepción, atendiendo a los parámetros y controles previstos en los artículos 337 al 339 de la Constitución, ya citados.

El principio de responsabilidad del Estado respecto a los derechos humanos se prevé en los artículos 25, 29, 30 y 31, más allá de las cláusulas generales atinentes al ejercicio del poder público contenidas en los artículos 139²⁰ y 140, ya citado.

El artículo 25 contiene una garantía sustantiva a los derechos humanos en los siguientes términos²¹:

Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

En relación con este precepto, el artículo 29 prescribe:

El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.

Al respecto, cabe destacar el principio de que los delitos contra los derechos humanos estén excluidos de la competencia judicial militar, también según lo previsto en el artículo 261 de la Constitución que establece como mandamiento que "La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar".

Por su parte, el artículo 30 corresponde al alcance de la responsabilidad del Estado de reparar de forma integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, en el entendido de que la indemnización integral a la que alude este precepto comprende las reparaciones bajo modalidades de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, además de investigar los hechos y sancionar a los responsa-

²⁰ "Artículo 139. El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley".

²¹ Sobre el alcance de esta garantía, Casal Hernández, *Los derechos humanos...*, 56.

bles²². La Constitución exige, además, que el Estado adopte “medidas legislativas y de otra naturaleza” para lograr estas reparaciones, de modo que, en términos generales, exista certeza sobre cómo reclamarlas²³.

El artículo 31 se refiere al derecho de reclamo ante instancias internacionales de protección de los derechos humanos, y la obligación del Estado de dictar las medidas que se requieran para hacer cumplir las decisiones de esas instancias, con el siguiente alcance:

Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.

Esta es otra evidencia de la centralidad de la protección a la persona humana como elemento esencial de la estructura constitucional.

Otro principio es el relativo a la obligación de protección del Estado, que se evidencia en garantías de tipo instrumental. Entre ellas, además de la existencia de instituciones de garantía con mandatos expresos en materia de protección de derechos (tribunales²⁴, Defensoría del Pueblo²⁵, Ministerio

²² La Corte Interamericana de Derechos Humanos mantiene en etapa de supervisión 29 casos sobre Venezuela, incluyendo 17 en los que se ha aplicado el artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la situación constatada no ha variado. Estos datos pueden consultarse en https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm.

²³ “Artículo 30. El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, o a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios. // El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo. // El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados”.

²⁴ “Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución (...)”.

²⁵ “Artículo 280. La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos, de los ciudadanos y ciudadanas”. “Artículo 281. Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo: 1. Velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento. 2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos. 3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley. 4. Instar al Fiscal o a la Fiscal General de la República para que intente las acciones o recursos a que hubiere lugar contra los funcionarios públicos o funcionarias públicas, responsables de la violación o menosprecio de los derechos humanos. 5. Solicitar al Consejo Moral Republicano que adopte las me-

Público²⁶), se encuentran previstos mecanismos de tipo jurisdiccional como el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva (artículo 26²⁷), el amparo (27²⁸), el *habeas corpus* (27²⁹) y el *habeas data* (28³⁰). También, en correspondencia con la obligación del Estado en materia de protección de los derechos humanos, en el artículo 271, contenido en el título IV sobre el

didas a que hubiere lugar respecto de los funcionarios públicos o funcionarias públicas responsables por la violación o menoscabo de los derechos humanos. 6. Solicitar ante el órgano competente la aplicación de los correctivos y las sanciones a que hubiere lugar por la violación de los derechos del público consumidor y usuario, de conformidad con la ley. 7. Presentar ante los órganos legislativos municipales, estatales o nacionales, proyectos de ley u otras iniciativas para la protección progresiva de los derechos humanos. 8. Velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección. 9. Visitar e inspeccionar las dependencias y establecimientos de los órganos del Estado, a fin de garantizar la protección de los derechos humanos. 10. Formular ante los órganos correspondientes las recomendaciones y observaciones necesarias para la eficaz protección de los derechos humanos, en virtud de lo cual desarrollará mecanismos de comunicación permanente con órganos públicos o privados, nacionales e internacionales, de protección y defensa de los derechos humanos. 11. Promover y ejecutar políticas para la difusión y efectiva protección de los derechos humanos. 12. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley”.

²⁶ “Artículo 285. Son atribuciones del Ministerio Público: 1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República. 2. Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso. (...) 5. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones”.

²⁷ “Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

²⁸ “Artículo 27. Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto (...)”.

²⁹ “Artículo 27. (...) La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales”.

³⁰ “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 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”.

poder judicial y el sistema de justicia, se estipula que no puede negarse la extradición de extranjeros responsables de delitos contra los derechos humanos, reiterándose la imprescriptibilidad de las acciones judiciales dirigidas a sancionarlos³¹.

Comentario final

En síntesis, el marco constitucional expuesto refleja un compromiso sólido e indeclinable con el respeto, protección y garantía de los derechos humanos. La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y su exclusión de la competencia judicial militar demuestran una postura clara a favor de la justicia y la lucha contra la impunidad. Asimismo, la obligación estatal de reparar de forma integral a las víctimas, mediante mecanismos que aseguren la investigación y sanción de los responsables y las indemnizaciones, refuerza el enfoque centrado en la dignidad de la persona y en la necesidad de restablecer el tejido social afectado por graves vulneraciones. Estas garantías no solo imponen deberes al Estado, sino que también están orientadas a dar poder a la sociedad civil, incentivando la vigilancia activa y la exigencia del cumplimiento de los estándares en materia de derechos humanos.

Por otro lado, la apertura a los sistemas internacionales de protección y el mandato de acatar sus decisiones consolidan la dimensión global de los derechos humanos, integrando el derecho interno con los compromisos adquiridos por la Venezuela en tratados internacionales. Esto no solo fortalece el acceso a la justicia, sino que también evidencia la importancia de mecanismos externos como complemento a los instrumentos nacionales, permitiendo a las personas recurrir a instancias internacionales cuando los recursos internos resultan insuficientes o ineficaces.

En definitiva, la estructura constitucional contempla garantías tanto sustantivas como instrumentales, reconociendo la centralidad de la persona y la obligación permanente del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos, y reparar a las víctimas en caso de vulneraciones. La articulación entre principios constitucionales, instituciones de garantía y procedimientos jurisdiccionales configura un sistema robusto de tutela de los derechos fundamentales. Este entramado constitucional, sustentado en los conceptos de justicia, verdad y reparación, constituye la base sobre la

³¹ "Artículo 271. En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes. El procedimiento referente a los delitos mencionados será público, oral y breve, respetándose el debido proceso, estando facultada la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpositas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil".

cual debe edificarse una sociedad democrática comprometida con la protección de la persona humana y la construcción de un Estado responsable y garante de los derechos humanos. Este sigue siendo el reto hacia el futuro.

LA LIMITACIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA: UN ALDABONAZO DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

Jesús María Casal*

Introducción

Las actividades que llevan a cabo los servicios o agencias de inteligencia (y contrainteligencia) nacional pueden repercutir negativamente sobre los derechos humanos y representar un serio riesgo para el sostenimiento de los principios propios de una sociedad democrática. Las tareas de obtención y análisis de información que dichos órganos realizan pueden certamente ser de utilidad para la protección de la seguridad nacional, y por tanto de la institucionalidad democrática, ante diversos peligros, así como para favorecer la aplicación de la ley y la formulación de políticas de seguridad pública. Pero el manto de opacidad que tradicionalmente las ha cubierto, especialmente en Latinoamérica, y su frecuente instrumentalización con fines de hostigamiento o persecución de disidentes, defensores de derechos humanos o críticos del *status quo* aconseja extremar las cautelas al delimitar el ámbito dentro del cual las actividades de inteligencias son lícitas y al definir las garantías y controles correspondientes. En particular, es indispensable reforzar los estándares que aseguren el respeto a los derechos humanos frente a tales servicios.

De allí la importancia de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia*, del 18 de octubre de 2023¹, pues esta aborda extensamente la temática de las actividades de inteligencia y de los límites y controles que en esta esfera imponen los derechos humanos². La Corte examina en especial la incidencia de di-

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

¹ Corte IDH. Caso *Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 18 de octubre de 2023, Serie C, N° 506.

² Ya la Corte había conocido de casos relacionados con excesos cometidos por órganos o agentes de inteligencia: *vid. Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, N° 101; *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros v. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C, N° 281.

chas actividades sobre los derechos a la vida privada, a la libertad de expresión y a la autodeterminación informativa y recoge un conjunto de parámetros internacionales que deben ser observados a fin de evitar excesos de los órganos de inteligencia, es decir, para verificar que las medidas de inteligencia que afecten tales derechos tengan realmente justificación, por ser estrictamente necesarias en una sociedad democrática.

La sentencia se inscribe en la tendencia internacional de los últimos lustros que es sensible ante la potente intrusión del Estado en la vida privada y derechos conexos que se ha producido a causa de la incorporación de diversos progresos tecnológicos a la actuación de los servicios de inteligencia y de cuerpos de seguridad e investigación u otros órganos estatales³. La vida de las personas se ha ido desplazando en buena medida hacia el ciberespacio, las redes sociales y la comunicación electrónica, lo cual ha desencadenado en paralelo la sofisticación de los medios de seguimiento o intervención policiales. Esto pudiera parecer hasta cierto punto natural y justificado, pues ello favorece la prevención, investigación o sanción de acciones contrarias a la seguridad pública o de delitos que de otra forma escaparían al control estatal.

El problema radica, sin embargo, en que muchos de estos métodos se han desarrollado sin base legislativa o sin la debida precisión normativa⁴, pese a su frecuente impacto sobre derechos fundamentales, y también en que, aun contando con adecuado fundamento normativo, se aplican a menudo secretamente, sin conocimiento del afectado ni de terceros que entren en comunicación con él, en tiempos en que se ha agigantado la capacidad de las autoridades para recabar, rastrear, almacenar y procesar información sobre las personas. Por eso la Corte IDH ha exigido controles rigurosos sobre las actividades de inteligencia⁵.

El Derecho ha quedado rezagado ante estos avances tecnológicos, no solo por la velocidad con que estos han sido implementados, sino por la aquiescencia de autoridades con prácticas policiales o de investigación que facilitan el acceso a información personal sin tener que someterse a controles o garantías que representan frenos frente a la actuación administrativa, para evitar el abuso de poder. Se ha constatado internacionalmente que muchos Estados han dejado fluir sin formalidades o controles legales métodos de levantamiento de información que invaden seriamente la vida privada de los individuos: seguimiento de los movimientos y de las interacciones

³ Vid., por ejemplo, el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *The right to privacy in the digital age*, Consejo de Derechos Humanos, U.N. Doc., A/HRC/51/17, 4 de agosto de 2022.

⁴ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Consejo de Derechos Humanos, U.N. Doc. A/HRC/23/40, 17 de abril de 2013, párr. 50 y ss.

⁵ Caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, cit., párr. 284: "Las medidas tendientes a controlar las labores de inteligencia deben ser especialmente rigurosas, puesto que, dadas las condiciones de reserva bajo las que se realizan esas actividades, pueden derivar hacia la comisión de violaciones de los derechos humanos y de ilícitos penales, tal y como ocurrió en el presente caso".

comunicacionales de las personas por medio de la data conservada por operadores privados de telefonía; rastreo policial informático mediante trojanos que permiten acceder a toda la actividad de una persona en la red; vigilancia secreta de las telecomunicaciones personales con carácter dirigido (selectivo) o estratégico, entre otros procedimientos. Pese a la intromisión en la privacidad que implican estos mecanismos, en varios países y por mucho tiempo no se consideró indispensable supeditar aquellos a controles que sí estaban previstos para injerencias similares en derechos humanos, tradicionalmente reguladas, como la intercepción de la correspondencia o la grabación de conversaciones telefónicas. De allí que organismos internacionales hayan llamado la atención sobre este desfase y hayan solicitado la introducción de "salvaguardias adecuadas"⁶.

En íntima conexión con lo anterior se encuentran las imprecisiones, vaguedades o desviaciones que a veces acompañan la determinación del mandato o función de los servicios de inteligencia. El resguardo de la seguridad nacional que con frecuencia se invoca como el eje de su mandato es compatible con la democracia si aquel concepto es interpretado en conformidad con los derechos humanos y entendiendo que lo que se pretende proteger es la seguridad de un Estado de Derecho y las posibilidades de libre ejercicio de tales derechos⁷. Bajo formulaciones genéricas se esconden en ocasiones objetivos de seguridad ajenos a estos principios, lo cual puede socavar los pilares de una sociedad democrática.

A esto se suman los riesgos inherentes al terreno en el cual con frecuencia actúan los servicios de inteligencia: el de prevenir peligros a la seguridad nacional, mediante el levantamiento de información no referida (aún) a hechos específicos de carácter delictivo sujetos a una investigación y procedimiento penal, ni siquiera a amenazas concretas a la seguridad ciudadana. La actividad de agentes de seguridad en un campo previo al del procedimiento penal representa un singular riesgo para los derechos humanos, lo cual no significa que no puede haber fundamento en ciertas circunstancias para esa actuación preventiva. Pero en relación con los órganos de inteligencia la precaución debe ser mayor, pues a veces su intervención no está condicionada a que exista una situación particular y constatada de peligro a la seguridad pública que deba ser contrarrestada.

⁶ Informe del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad, Consejo de Derechos Humanos, U.N. Doc. A/HRC/34/60, 6 de septiembre de 2017, párr. 27, en el cual se afirma que, así como tradicionalmente se ha exigido la autorización judicial para la intercepción de las conversaciones telefónicas, también "deben establecerse salvaguardias adecuadas" para medidas como el seguimiento secreto de la actividad comunicacional de una persona; párr. 27.

⁷ Al respecto vid. el Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Recopilación de buenas prácticas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo, particularmente en lo que respecta a su supervisión (Recopilación de buenas prácticas), Consejo de Derechos Humanos, U.N. Doc. A/HRC/14/46, 17 de mayo de 2010, Prácticas 1 y 2, párr. 9 y ss.

Buen ejemplo de esto es la vigilancia secreta, de carácter “estratégico”, de las comunicaciones que a veces llevan a cabo esos órganos, distinta a la de índole “dirigida” o “selectiva”, pues la primera no va propiamente destinada a investigar un hecho cometido ni al sospechoso de haberlo perpetrado o de estar en preparación de un hecho punible, ni a impedir que se consume un atentado a la seguridad, sino puede ir orientada a “detectar” situaciones de riesgo. Su objeto es “hallar un peligro, antes que investigar un peligro conocido”⁸. El objetivo principal de esta intervención no es la persecución de infracciones. La misma vigilancia dirigida (selectiva) en ocasiones se inscribe en un propósito inicial que no es de persecución⁹. Las injerencias en derechos humanos derivadas de medidas de vigilancia secreta de las comunicaciones solo son admisibles si cumplen con las condiciones que luego se expondrán. Deben establecerse límites, garantías y controles especiales para evitar abusos de los órganos de inteligencia en este territorio fronterizo especialmente riesgoso para la libertad. Clave es también la prohibición de que estos órganos asuman funciones de policía judicial o de instancias auxiliares de la justicia penal, por lo que debe estarles vedado practicar arrestos o medidas coercitivas similares contra las personas¹⁰.

Varios informes de Relatores de Naciones Unidas, así como observaciones finales del Comité de Derechos Humanos previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre informes de los Estados, evocan la preocupación existente respecto de la amenaza para los derechos humanos originada en los servicios de inteligencia. En particular, se ha prestado atención a su incidencia sobre el derecho a la vida privada, la auto-determinación informativa y la libertad de expresión, tal como lo hace la Corte IDH en su sentencia. Al respecto importa destacar que esta decisión, en consonancia con los informes de Relatores de Naciones Unidas, pone de relieve los efectos negativos sobre la libertad de expresión que se derivan de las situaciones de acceso irrestricto por servicios policiales o de inteligencia a las comunicaciones privadas o, en otras palabras, de vigilancia indiscriminada o masiva por dichos órganos de individuos o grupos. La conciencia del individuo de que las comunicaciones personales electrónicas, telefónicas o de otra índole son fácil y frecuentemente intervenidas por el Estado menoscaba la autonomía personal e inhibe al individuo no solo de expresarse fluida y confiadamente por medio de esos cauces, sino incluso de manifestar su opinión o de informar en el espacio público¹¹. Esto adquiere una especial

⁸ European Commission for Democracy through Law, *Update of the 2007 Report on the democratic oversight of the security services and Report on the democratic oversight of signals intelligence agencies*, 20-21 de marzo de 2015, párr. 51: “Strategic surveillance thus differs in a number of ways from surveillance in law enforcement or more traditional internal security operations. It does not necessarily start with a suspicion against a particular person or persons. It can instead be proactive: finding a danger rather than investigating a known danger. Herein lay both the value it can have for security operations, and the risks it can pose for individual rights. Prosecution is not the main purpose of gathering intelligence”.

⁹ Ídem.

¹⁰ *Recopilación de buenas prácticas*, cit., Práctica 27.

¹¹ La Corte IDH: “en congruencia con los criterios sobre la materia, considera que la vigilancia e interceptación ilegítima e invasiva de las comunicaciones, además de ser una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada, puede generar, por sus efectos, una restricción di-

significación desde la perspectiva de la sociedad democrática que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) propugna y presupone.

En este contexto, otro aporte de la decisión de la Corte IDH estriba en haber protegido el derecho a la autodeterminación informativa como derecho autónomo, vinculado a la dignidad humana, así como a los derechos a la vida privada, a la libertad de expresión e información y a la protección judicial (arts. 11, 13 y 25 CADH)¹². Este derecho está en tensión frecuente con las actividades de inteligencia, junto a los derechos a la vida privada y a la libertad de expresión, y la Corte IDH hace suyos estándares que al respecto se han establecido internacionalmente y en el derecho constitucional comparado. En atención a los hechos del caso sometido al conocimiento de la Corte y a los derechos señalados como vulnerados, también fue reconocido expresamente el derecho a defender los derechos humanos, con carácter autónomo¹³.

El objeto del presente estudio es examinar la sentencia de la Corte IDH en lo concerniente a las condiciones exigidas para la limitación de derechos humanos en el marco de las actividades de inteligencia desplegadas por los Estados. Se analiza críticamente cómo fueron aplicados en esa decisión los requerimientos generales de legalidad, licitud de la finalidad perseguida y proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos, considerando los matices o especificidades introducidos por la Corte en este ámbito. Todo esto se indaga con base en los criterios fundamentales que guían la evaluación de la validez de las limitaciones al ejercicio de derechos, según la jurisprudencia internacional y la doctrina. Igualmente, se abordan los estándares adoptados en la sentencia respecto del sistema de control y supervisión de las actividades de inteligencia que deben instaurar los Estados partes en la CADH, en atención a sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos.

No se pretende exponer todos los aspectos de los estándares internacionales recogidos por la sentencia en relación con los servicios de inteligencia y los derechos humanos ni profundizar en los elementos normativos y fácticos de las denuncias concretas de violación de derechos humanos presentadas ante la Corte, como tampoco en la parte resolutiva del fallo. La sentencia es también relevante en varias vertientes sustantivas y adjetivas que no son objeto de este artículo, como el derecho a defender los derechos

recta o indirecta a la libertad de pensamiento y de expresión, reconocido en el artículo 13.1 de la Convención Americana, al limitar la libre manifestación, intercambio y circulación de opiniones, ideas e informaciones, dado el efecto intimidatorio y desincentivador que produce en los interlocutores la sospecha o el conocimiento de que sus comunicaciones no son confidenciales, en el sentido que las llamadas, los mensajes, la correspondencia y otras formas de comunicación privada no llegan a sus destinatarios sin injerencia o inspección por parte de las autoridades estatales"; Caso *Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia*, cit., párr. 626.

¹² Caso *Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia*, cit., párr. 567 y ss., y 586.

¹³ Ibidem, párr. 971 y ss.

humanos y sus implicaciones, y el modo en que se insta a las autoridades a ejercer el control de convencionalidad hasta que la legislación incorpore los estándares a que alude el pronunciamiento. Tampoco se examinarán los estándares específicos fijados acerca de las actividades de inteligencia y el derecho a la autodeterminación informativa.

1. Condiciones para la limitación de derechos en este contexto

En su sentencia, la Corte IDH ratificó su jurisprudencia reiterada sobre las condiciones para la limitación de derechos humanos. Conforme a los criterios respectivos, para determinar si una medida restrictiva del ejercicio de derechos protegidos por la Convención es lícita ha de tenerse en cuenta su legalidad y su necesidad en una sociedad democrática, y la evaluación de esta última conduce a efectuar un análisis de la finalidad perseguida y de la proporcionalidad en sus tres escalones o componentes: la idoneidad de la medida; su estricta necesidad, y su proporcionalidad en sentido estricto¹⁴. Esto presupone que el derecho de que se trate admite limitaciones legales, lo cual no siempre está permitido por la Convención.

La importancia de esta indagación en relación con las actividades de inteligencia la pone de manifiesto la propia Corte cuando destaca que:

...el ejercicio mismo de las actividades de inteligencia, dados los medios empleados y su incidencia en la obtención y utilización de información, incluidos datos personales, supone una injerencia en la esfera de derechos de la persona, en particular del derecho a la vida privada, todo lo cual torna imprescindible delimitar las exigencias, requisitos y controles que se imponen para hacer compatibles aquellas actividades con las condiciones y fines de un Estado de Derecho y, con ello, con el contenido de la Convención Americana¹⁵.

Luego se abordarán algunos de los requisitos o controles específicos a los que se alude, pero en este apartado se examinarán las condiciones generales para la limitación de derechos en este contexto. En palabras de la Corte: “tales limitaciones deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática”¹⁶. En relación con estas condiciones generales, internacionalmente se han fijado estándares o criterios especialmente aplicables a las limitaciones vinculadas a actividades de inteligencia, que se reflejan en la sentencia citada¹⁷. No es objeto de este trabajo tratar todos estos estándares, sino tan solo consi-

¹⁴ Vid., entre otros, *Caso Tristán Donoso v. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C, N° 193, párr. 56, y *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro v. Argentina. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C, N° 411, párr. 105.

¹⁵ *Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” vs. Colombia*, cit., párr. 520.

¹⁶ Ibidem, párr. 521.

¹⁷ La Corte advierte que no pretende recoger en su sentencia todos los aspectos de interés en este campo, sino los que resultan relevantes para resolver el asunto examinado. Ibidem, párr. 523.

derar aquellos que ostentan mayor significación desde la óptica de las principales categorías generales empleadas en materia de limitaciones a los derechos humanos¹⁸.

1.1. Legalidad de la injerencia

Toda medida de inteligencia que afecte derechos humanos debe estar fundamentada en una ley formal. Se trata de una exigencia que rige respecto de cualquier injerencia en derechos humanos (no absolutos), pero lo relevante de los criterios vertidos en la sentencia es que la Corte IDH es rigurosa al explicar las características que debe reunir esa base legal en materia de servicios de inteligencia. En contra de lo que pudiera pensarse en virtud de la visión tradicional sobre la naturaleza de las labores de inteligencia, la Corte, en sintonía con los estándares internacionales ya establecidos, señala que la norma correspondiente, necesariamente emanada del Poder Legislativo (parlamento, congreso o asamblea nacional), debe ser clara y precisa, tanto como sea posible, de manera que las medidas respectivas, en sus presupuestos fácticos, en su alcance y en su finalidad, sean accesibles para el público, para la ciudadanía¹⁹. Las facultades de los agentes de inteligencia deben ser delimitadas y por tanto mensurables, a los fines de facilitar el ejercicio de controles que eviten la arbitrariedad. Los organismos internacionales hacen hincapié en que las normas respectivas sean “accesibles para el público”²⁰ porque con frecuencia ha ocurrido que las reglas referidas a estas actividades no son publicadas en los instrumentos oficiales habituales, sino que están limitadas a círculos reducidos o internos de los propios servicios (órdenes, circulares, reglamentos internos, manuales, instructivos, etc.), aumentando la incertidumbre en los titulares de los derechos que pueden ser afectados.

La razón que lleva a requerir con este énfasis la observancia del principio de legalidad en este ámbito radica en la reserva que con frecuencia cobija algunas fases o vertientes de las actividades de inteligencia, así sea temporalmente, lo cual incrementa el riesgo de abusos sobre los derechos humanos, y ello se ve compensado por la accesibilidad y determinación de la normativa referida a los servicios de inteligencia, función que también cumplen los controles especiales a los que luego se aludirá. La ley cierta y previa frena *ex ante* a tales servicios, ofrece previsibilidad a los individuos y proporciona parámetros para la supervisión y el control. En relación con procedimientos secretos de vigilancia, como la intercepción de comunicaciones, la jurisprudencia internacional ha admitido que la previsibilidad opera con singularidades, dado que se intenta asegurar el desconocimiento del afec-

¹⁸ Vid. Borowski, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; Casal, Jesús M., *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Bogotá, TEMIS/KAS, 2020.

¹⁹ Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” vs. Colombia, *cit.*, párr. 528 y ss.

²⁰ *Recopilación de buenas prácticas...*, *cit.*, Práctica 4, párr. 12.

tado sobre la medida en ejecución²¹, pero deben preservarse los elementos que hagan a la intervención estatal en esencia previsible.

De manera específica, la Corte IDH menciona, con apoyo en criterios fijados por instancias de las Naciones Unidas y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²², los siguientes aspectos de las actividades de inteligencia que deben ser delimitados por la legislación interna:

- a) los tipos de medidas y acciones de obtención y recopilación de información autorizadas en materia de inteligencia; b) los objetivos perseguidos con tales medidas; c) las clases de personas y actividades respecto de las cuales se permite obtener y recopilar información, en función, claro está, de la identificación de amenazas para la realización de los fines legítimos antes identificados; d) el grado de sospecha que puede justificar la obtención y recopilación de información; e) los plazos dentro de los cuales se permite el empleo de las citadas medidas y estrategias, y f) los métodos útiles para actualizar, supervisar y examinar las medidas y acciones empleadas para obtener y recopilar información²³.

Al enunciar estos contenidos que requieren precisión legislativa, la Corte acude, entre otras fuentes, a la *Recopilación de las buenas prácticas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional para los servicios de inteligencia y su supervisión*, elaborada por el Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, un documento que refleja importantes estándares internacionales en este campo²⁴, que han sido reiterados o profundizados en decisiones o instrumentos más recientes²⁵.

Ya en 2013 se advertía que el marco normativo sobre la vigilancia estatal no ha seguido el ritmo de los cambios tecnológicos. La capacidad de los órganos de inteligencia o investigación para interceptar comunicaciones privadas, incluyendo las que se producen por correo electrónico, mensajes

²¹ *Case of Roman Zakharov v. Rusia*, sentencia del 4 de diciembre de 2015, párr. 229.

²² *Recopilación de buenas prácticas...*, cit., Práctica 21; así reza la práctica 21: "La legislación nacional define los tipos de medidas de recopilación que pueden emplear los servicios de inteligencia, los objetivos permisibles de la recopilación de información; las clases de personas y actividades respecto de las cuales puede recopilarse información; el grado de sospecha que justifica la recopilación de información; los plazos dentro de las cuales puede recopilarse la información; y los procedimientos para actualizar, supervisar y examinar las medidas de recopilación de información"; Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, *La vigilancia y los derechos humanos*, Consejo de Derechos Humanos, U.N. Doc. A/HRC/41/35, 28 de mayo de 2019, párr. 24, a). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Roman Zakharov v. Russia*, cit., párr. 231; *Case of Centrum för Rättvisa v. Sweden*, sentencia del 25 de mayo de 2021, párr. 249; *Case of Huvig v. Francia*, sentencia de 24 de abril de 1990, párr. 34.

²³ Caso *Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia*, cit., párr. 538.

²⁴ *Recopilación de buenas prácticas...*, sic., Prácticas 21 y 22.

²⁵ Víd., por ejemplo, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, *La vigilancia y los derechos humanos*, sic.; sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-746/18, del 2 de marzo de 2021 y, entre otras, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en el *Affaire Pietrzak et Bychawska-Siniarska et Autres c. Pologne*, sentencia del 28 de mayo de 2024.

de voz o texto en distintas plataformas, así como para rastrear el uso de equipos de comunicación o la actividad en internet de las personas, ha aumentado de forma gigantesca y vertiginosa. Pero las regulaciones legales o han guardado silencio al respecto o han previsto solo cláusulas generales o normas pensadas para intervenciones clásicas a veces menos incisivas en la vida privada. Ello se traduce en que: "En muchos países (...) se están invocando disposiciones jurídicas imprecisas y de carácter general para legitimar (...) el uso de técnicas sumamente invasivas"²⁶. La situación no es igual en la actualidad, pues ha habido modernización legislativa en la materia, pero en varios ordenamientos jurídico hay todavía un rezago y las nuevas leyes que se han dictado no siempre están en sintonía con los estándares internacionales, sino que propenden a legalizar poderes exorbitantes y escasamente controlables de invasión en la vida privada mediante nuevas tecnologías. Hay que hacer un gran esfuerzo para la reforma de la legislación nacional en concordancia con los parámetros internacionales de derechos humanos.

1.2. Licitud de los fines perseguidos

La Corte se refiere también a la exigencia de licitud o legitimidad del fin de las disposiciones limitativas de derechos. Al respecto sostiene que:

El propio contenido de la Convención Americana denota cuáles habrán de considerarse fines legítimos que autorizan la restricción de derechos (artículos 13, 15, 16 y 22 de la Convención, en armonía con el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 12, 14, 19, 21 y 22). De esa cuenta, serán fines legítimos en este ámbito los siguientes: a) la protección de la seguridad nacional; el mantenimiento del orden público; c) la salvaguarda de la salud pública, y d) la protección de los derechos humanos²⁷.

Esta aproximación de la Corte al tema resulta metodológicamente discutible. Al momento de determinar cuáles fines o bienes jurídicos pueden justificar la limitación de derechos no procede acudir a las distintas disposiciones de la Convención, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos u otros instrumentos, para luego sumar todos los fines que estos contemplen y completar así un elenco de bienes que siempre servirán de fundamento válido para una limitación de derechos. Al contrario, hay que partir de lo que establezca cada artículo específico de la Convención, respecto del derecho de que se trate. Así la "prevención de infracciones penales" es uno de los fines mencionados en el artículo 22 de la CADH, que podría justificar limitaciones a la libertad de circulación, pero ello no significa que ese propósito preventivo pueda ser invocado para limitar cualquier otro derecho (no absoluto). La libertad de expresión, por ejemplo, no podría ser restringida para prevenir infracciones, genéricamente, sino solo en el marco de responsabilidades ulteriores y atendiendo a los bienes jurídicos señalados en el artículo 13.2 de la CADH.

²⁶ *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión*, 17 de abril de 2013, cit., párr. 50.

²⁷ Caso *Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia*, cit., párr. 531.

La inexactitud con que se aborda este asunto puede deberse a que el principal derecho en el que la Corte centra su análisis es el derecho a la vida privada, consagrado en el artículo 11 de la Convención, que no contiene una cláusula específica sobre las limitaciones admisibles, sino que prescribe solamente que: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (...)" (art. 11.2). Por tanto, ha de entenderse que la Corte ha intentado precisar, con base en una lectura global de la Convención, las categorías de fines legítimos admisibles en el contexto de este derecho y especialmente en relación con las actividades de inteligencia. Luego la sentencia pasa a explicar el alcance que ha de atribuirse a cada uno de esos conceptos²⁸. No basta que las autoridades invoquen genéricamente alguno de estos fines para que pueda afirmarse que la finalidad perseguida por una medida restrictiva de ese derecho es legítima. Como la Corte acota certeramente, los conceptos correspondientes "deben encontrarse definidos y delimitados por la legislación interna"²⁹. La ley debe precisar qué aspecto de esos bienes jurídicos está en riesgo y de qué forma. Adicionalmente, obsérvese que en ciertas circunstancias, algunos de los bienes jurídicos señalados, como el orden público, tal como se define en esta decisión³⁰, pueden no ser admisibles como fines legítimos de una restricción del derecho a la vida privada, dada la severidad de la injerencia que suponga determinada medida de inteligencia, en su propio diseño normativo. Nótese, además, que ya la Corte IDH ha tenido oportunidad de acotar el concepto de orden público, y ha subrayado que esta categoría, y otras que se invoquen en defensa de intereses colectivos, están atravesadas por las ideas medulares de la democracia, por lo que deben ser reinterpretadas a la luz de estas, cuando se pretenda que justifiquen la restricción de derechos humanos³¹. De allí que la Corte haya hecho referencia a un "orden público democrático"³².

Conviene recordar, por otro lado, que una finalidad que resulte suficiente en este primer nivel del examen de justificación de la limitación puede no serlo cuando se llegue a la proporcionalidad, en su tercer escalón. Incluso, no es descartable que la aplicación del criterio de la compatibilidad de las eventuales limitaciones con una sociedad democrática, que se desprende del artículo 32.2 de la Convención, entre otras fuentes, conduzca a rechazar de plano la licitud del fin de disposiciones limitativas de derechos que procuren la realización del orden público o de otros propósitos similares abarcados por las categorías mencionadas en la sentencia, al evaluar aquel en las circunstancias o contexto del caso concreto.

²⁸ Ibidem, párr. 532.

²⁹ Idem.

³⁰ "El mantenimiento del orden público, por su parte, ataña al conjunto de normas que aseguran el funcionamiento de la sociedad o el conjunto de principios en que se basa dicha sociedad, lo que incluye el sistema democrático de gobierno, sus instituciones y el respeto de los derechos humanos"; Ibidem, párr. 532.

³¹ *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, N° 5, párr. 64 y ss.

³² Ibidem, párr. 69.

Algunos informes especializados han introducido puntualizaciones en relación con las finalidades admisibles para la adopción de ciertas medidas de inteligencia. Así, el *Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión* ha señalado que los Estados suelen invocar la seguridad nacional para justificar la vigilancia secreta selectiva, pero la aceptación de este fundamento debe circunscribirse, entre otras consideraciones, “a las situaciones en que está en juego el interés de toda la nación, con lo que quedarían excluidas las restricciones que redunden exclusivamente en interés de un gobierno, un régimen o un grupo de poder”³³. De esta misma forma han de ser cribados o depurados los criterios tradicionales que han regido en el campo de los servicios de inteligencia, que han pretendido justificar actuaciones opacas, enteramente discrecionales cuando no arbitrarias, no susceptibles de ser sometidas a los controles propios de un Estado de Derecho. Por otra parte, la Corte IDH aclara que nunca serán permitidos como finalidad legislativa propósitos discriminatorios por motivos de raza, otra condición personal o social u opinión³⁴.

1.3. Respeto al principio de proporcionalidad

La sentencia reafirma los criterios sostenidos tradicionalmente por la Corte IDH en relación con el principio o “test” de proporcionalidad, “que la jurisprudencia interamericana ha aplicado consistentemente en la evaluación y ponderación de cualquier medida restrictiva de los derechos humanos”³⁵. También apunta que este test es relevante en otros sistemas regionales de protección de derechos humanos y en el sistema universal.

En el ámbito de las actividades de inteligencia y los derechos humanos la proporcionalidad exige:

- a) que las acciones u operaciones de inteligencia que se emprendan sean idóneas o adecuadas para cumplir con el fin legítimo perseguido; b) que las actividades de inteligencia en general, y las acciones o métodos empleados en particular, sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa, por su injerencia en el derecho a la vida privada o cualquier otro derecho que pueda verse afectado, entre todas aquellas otras acciones o estrategias que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y c) que las acciones de inteligencia resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho involucrado no devenga exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida³⁶.

La proporcionalidad debe ser observada no solo en el plano normativo o legislativo, sino también en el de la aplicación de las medidas concretas de inteligencia. Definidos por la ley fines que puedan ser considerados legítimos, cada acto particular debe estar en consonancia con esa finalidad des-

³³ *La vigilancia y los derechos humanos*, cit., párr. 24 c).

³⁴ Caso *Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” vs. Colombia*, cit., párr. 535.

³⁵ Ibidem, párr. 536.

³⁶ Ibidem, párr. 537.

de la óptica de su idoneidad y debe ser la alternativa menos gravosa entre otras posibles, igualmente (no menos) efectivas. Además, la magnitud de la injerencia sobre el derecho a la vida privada u otros derechos conexos debe estar justificada por la intensidad y necesidad de la protección de otros derechos humanos o bienes jurídicos de especial significación.

La exigencia de proporcionalidad se traduce, ante todo, en que los servicios de inteligencia, en lo concerniente a su incidencia sobre los derechos de las personas, no pueden ser asumidos como una actividad natural o inherente al Estado, que posee una justificación automática en virtud de la seguridad nacional u otros fines públicos. Desde la perspectiva de los derechos humanos, que resulta inexorable, ocurre precisamente lo contrario. La premisa de la que ha de partirse no es la de la legitimidad, ni siquiera la de la presunción de la licitud de las tareas u operaciones de inteligencia, sino la de la necesidad de justificación de cada regulación o medida que afecte derechos humanos. En tal sentido, la siguiente afirmación de la Corte IDH sobre la "importancia y necesidad" de las actividades de inteligencia merece algunas observaciones:

...a nivel internacional se reconoce la importancia y necesidad de las actividades que llevan a cabo los servicios u organismos de inteligencia de los distintos Estados, por parte de autoridades civiles, policiales o militares, cuya función es "fundamental" para la protección del conjunto de la sociedad, de las personas individualmente consideradas y de sus derechos, ante distintas "amenazas" que puedan enfrentarse. De esa forma, las actividades de inteligencia comprenden distintas tareas, emprendidas mediante diferentes mecanismos y estrategias, dirigidas al rastreo, obtención, recopilación, clasificación, sistematización, procesamiento, registro, utilización, evaluación, análisis, interpretación, producción y difusión de información de distinto tipo, incluidos datos personales, la que resulta útil e indispensable para que quienes, en su función de dirección de los asuntos públicos y de autoridad para la formulación de políticas de seguridad, tomen decisiones adecuadas, pertinentes y oportunas que garanticen la protección de la sociedad, de las personas y, finalmente, de sus derechos y libertades³⁷.

Es cierto que a nivel internacional se ha reconocido la relevancia de las funciones que pueden cumplir los servicios de inteligencia. Al respecto, se ha sostenido que: "Los servicios de inteligencia desempeñan un papel importante en la protección de la seguridad nacional y la defensa del estado de derecho"³⁸. Pero habría que hacer algunas puntualizaciones. En una visión de conjunto de distintas decisiones o informes internacionales sobre la materia, los servicios de inteligencia se sitúan todavía en una zona gris entre las actividades de captación o recopilación de informaciones específicas y seguimiento de personas, destinadas a proteger los derechos humanos y la institucionalidad democrática, y las labores de alcance indiscriminado o selectivo que permiten al Estado acceder a datos personales sin limitación material y temporal, bajo el argumento de que es necesario tener a disposición multiplicidad de informaciones sobre las comunicaciones para resguardar la seguridad nacional, vagamente entendida. Ello frecuentemente

³⁷ Ibidem, párr. 525.

³⁸ Recopilación de buenas prácticas..., cit., Práctica 1.

con el objetivo de vigilar la actuación de disidentes del gobierno, individuos o movimientos críticos del sistema político, social o económico, minorías étnicas o culturales o grupos vulnerables³⁹. De allí que los servicios y actividades de inteligencia no puedan ser legitimados de antemano, sino que se debe justificar cada injerencia en los derechos humanos, bajo controles estrictos, que eviten la arbitrariedad. Como lo establece categóricamente la sentencia, estos controles son imperativos en virtud de las características que suelen rodear los procedimientos de inteligencia, entre las cuales sobresale su habitual implementación sin conocimiento, al menos inicial, de la persona afectada por la invasión en su vida privada⁴⁰.

Muestras de esta faceta especialmente problemática y altamente riesgosa para los derechos humanos de las actividades de inteligencia se encuentran en distintos informes o decisiones de organismos internacionales. Bastante elocuente es el Informe del *Relator especial sobre el derecho a la privacidad* del 2017, en el que se admite, después de citar resoluciones de las Naciones Unidas y sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que:

...es profundamente preocupante que, desde la adopción de la resolución 69/166 y a pesar de las sentencias mencionadas más arriba en el párrafo 13, la situación del derecho a la privacidad en el ámbito de la vigilancia no haya mejorado desde la publicación del informe anterior del Relator Especial. Los Estados que sí reaccionaron comenzaron a trabajar en ello y aprobaron nuevas leyes sobre la materia que solo incluyen, si acaso, leves mejoras en ámbitos limitados. En general, esas leyes han sido redactadas y sometidas a un apresurado proceso legislativo para legitimar prácticas que nunca deberían haberse aplicado⁴¹.

En igual dirección apunta el Informe del 2019 *La vigilancia y los Derechos Humanos*, del *Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*:

Decir que todo un sistema completo de control y utilización de tecnologías de vigilancia selectiva ha dejado de funcionar ni siquiera se acerca a la realidad.... Si bien en las normas de derechos humanos se imponen restricciones específicas al uso de los instrumentos de vigilancia, los Estados practican la vigilancia ilícita sin temor alguno a las consecuencias legales. Hay un marco jurídico de derechos humanos en vigor, pero no hay un marco similar para hacer cumplir las limitaciones al uso de los instrumentos de vigilancia⁴².

El problema de muchas actividades de inteligencia es que suelen pasar inadvertidas y tiende a minimizarse su repercusión negativa sobre los derechos humanos. Ejemplo de ello ha sido en muchos países la tolerancia ante la conservación de datos a gran escala sobre las comunicaciones de los usuarios por parte de los proveedores de servicios de telecomunicaciones,

³⁹ Informe del *Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, *La vigilancia y los derechos humanos*, sic., párr. 21.

⁴⁰ Caso *Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia*, cit., párr. 526.

⁴¹ Informe del *Relator Especial sobre el derecho a la privacidad*, cit., párr. 15.

⁴² *La vigilancia y los derechos humanos*, cit., párr. 46.

para que estén a disposición de las autoridades de investigación o inteligencia.

Una respuesta adecuada ante la permisividad que al respecto a menudo ha prevalecido fue la sentencia del 21 de diciembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que abordó la temática y en la cual se subrayó que:

...la injerencia que supone una normativa de este tipo en los derechos fundamentales (...) tiene una gran magnitud y debe considerarse especialmente grave. El hecho de que la conservación de los datos se efectúe sin que los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas hayan sido informados de ello puede generar en las personas afectadas el sentimiento de que su vida privada es objeto de una vigilancia constante⁴³.

También mencionó las posibles consecuencias negativas de esas injerencias para el ejercicio de la libertad de expresión. Ello le llevó a declarar que una normativa que permita ese almacenamiento y uso sin requerir vinculación con alguna investigación sobre un delito grave, sin límites personales, geográficos ni temporales, es contraria a la directiva aprobada en este ámbito por la Unión Europea y a derechos humanos consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Insistió además en la obligación de introducir mecanismos adecuados de control. Se objetó una normativa nacional que preveía una conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica⁴⁴.

Al arribar a esta conclusión, el tribunal se basó en el principio de proporcionalidad y recordó que, con arreglo al artículo 52, apartado 1, de esa Carta de Derechos Fundamentales, cualquier restricción al ejercicio de los derechos y libertades consagrados por esta deberá respetar el "principio de proporcionalidad", por lo que "sólo podrán introducirse limitaciones al ejercicio de esos derechos y libertades cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás". El examen de la licitud de la regulación estuvo guiado por este principio⁴⁵. Ideas similares orientan, entre otras, la reciente sentencia de este mismo tribunal del 30 de abril de 2024, que pone de manifiesto el desarrollo de la jurisprudencia sobre la materia y en la cual el Tribunal de Justicia evalúa si la normativa nacional cumple con el deber de circunscribir estas medidas de vigilancia a delitos graves⁴⁶.

En suma, las exigencias del respeto y garantía de los derechos humanos se abren camino en este territorio tradicionalmente dominado por la opacidad y la arbitrariedad. La licitud de estas actividades no se presume sino que deberá ser verificada en cada situación específica, partiendo de la

⁴³ Asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, sentencia del 21 de diciembre de 2016.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22, sentencia del 30 de abril de 2024.

carga de justificación que recae sobre el Estado respecto de las medidas de inteligencia restrictivas de derechos, en los términos esbozados. Las injerencias de servicios de inteligencia en el derecho a la vida privada o el derecho a la autodeterminación informativa, con la ya mencionada repercusión sobre la libertad de expresión, tienen por regla general un carácter grave, lo cual ha de verse reflejado en la exigencia rigurosa de justificación al momento de efectuar la ponderación correspondiente.

El análisis de la severidad de la intervención ha de tener en cuenta la medida restrictiva en su conjunto, en sus aspectos subjetivos, materiales y temporales, es decir, en todas sus circunstancias. En lo concerniente a las actividades de inteligencia, han de considerarse, como ha subrayado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros elementos: la naturaleza, alcance y duración de las posibles medidas; las razones exigidas para adoptarlas; las autoridades competentes para ordenarlas, implementarlas y supervisarlas; y los medios o recursos previstos en el ordenamiento jurídico⁴⁷. Al mensurar el alcance de la injerencia ha de apreciarse si las medidas contempladas pueden recaer no solo sobre personas sospechosas de la posible participación en determinadas actividades, sino también sobre individuos que puedan poseer información relevante para la indagación respectiva.

De inmediato veremos que hay parámetros específicos desarrollados en relación con la autorización, supervisión y control de las medidas de inteligencia, pero lo que ahora interesa apuntar es que, en una valoración global de la injerencia en un derecho, que corresponde hacer en el test de proporcionalidad, ha de atenderse también a los mecanismos de autorización, supervisión y control jurídico, pues pueden acentuar o atemperar la severidad de la injerencia⁴⁸.

En relación con las actividades de inteligencias analizadas por la Corte IDH en el caso sometido a su conocimiento, el principio de proporcionalidad fundamentó, entre otros pronunciamientos, su rechazo a prácticas de vigilancia no delimitadas en su alcance, o de índole discriminatoria, y le permitió acoger estándares establecidos en relación con las condiciones y restricciones de las reservas declaradas por las autoridades para impedir el acceso a información personal por el titular de los datos correspondientes, y otras injerencias en el derecho a la vida privada, la autodeterminación informativa y la libertad de expresión.

En tal sentido sostuvo que: "la aplicación del test de proporcionalidad en casos concretos puede posibilitar que, garantizando la realización del fin legítimo perseguido, se permita el acceso parcial a determinados archivos, documentos o datos"⁴⁹. De igual forma, la proporcionalidad ha de demarcar el ámbito de licitud de cada actuación de inteligencia, desechando todo

⁴⁷ Case of Roman Zakharov v. Russia, cit., párr. 232.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia, cit., párr. 605.

exceso en la intervención estatal y preservando tanto como sea posible la vida privada y demás derechos involucrados. La dimensión material, subjetiva y temporal de cada medida ha de reducirse a lo indispensable, descartándose cualquier facultad de acceso indiferenciado de las autoridades a información personal. La proporcionalidad, junto a la garantía del debido proceso (art. 8.1 CADH), se proyecta sobre el requisito de motivación de las decisiones correspondientes, pues todo acto restrictivo de derechos debe ser suficientemente fundamentado⁵⁰. Es esencial la consideración de los controles previos y mecanismos de supervisión y control posterior que deben rodear tales medidas, sobre lo cual la sentencia de la Corte IDH recoge criterios fundamentales.

2. Mecanismos de control y supervisión

2.1. Componentes fundamentales del control y la supervisión

Una exigencia fundamental que los derechos humanos imponen respecto de las actividades de inteligencia consiste en que estén sometidas a un régimen de autorización, supervisión y control que evite arbitrariedades, en un campo en el que hay un alto riesgo de que ocurran, dado el carácter normalmente reservado de las respectivas injerencias en las comunicaciones u otras dimensiones de la vida privada y dada la zona gris o indiferenciada de la prevención en que muchas operaciones de inteligencia se desarrollan. Las características de este régimen o sistema de control, en sentido amplio, impactan como antes se dijo en el examen de la necesidad de la medida de inteligencia en una sociedad democrática, en los términos de la Convención y, por tanto, de su proporcionalidad. Pero ahora se analizará separadamente esta vertiente del asunto.

Debe existir, como ha destacado la Corte IDH citando la legislación colombiana, “un sistema bien definido y completo para autorizar, vigilar y supervisar” las medidas de inteligencia que afecten derechos humanos⁵¹. Se trata de un sistema que tiene varias etapas y componentes. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido a tres etapas en las que ha de desplegarse el control o revisión y la supervisión de las medidas secretas de vigilancia u otros procedimientos semejantes: cuando la vigilancia es primariamente ordenada, mientras es llevada a cabo, y después de que ha culminado⁵². Las singularidades de las actividades de inteligencia repercuten en este sistema de control, ya que la primera y segunda etapas se desarrollan habitualmente sin conocimiento ni participación del afectado y la tercera, a veces tampoco, pues la actuación directa del interesado está usualmente condicionada a una notificación posterior a la finalización de la medida, que en algunos ordenamientos no siempre se produce. Dejando ahora de lado la

⁵⁰ Ibidem, párr. 563 y 606.

⁵¹ Ibidem, párr. 538.

⁵² *Case of Roman Zakharov v. Russia, cit.*, párr. 233.

discusión acerca de la licitud de esta excepción de notificación posterior en ciertas circunstancias, todo lo dicho obliga a que el control o supervisión sobre los servicios de inteligencia (y contrainteligencia) deba estar rodeado de especiales garantías, en las tres etapas.

Conviene aclarar que el control judicial representa solo una dimensión de la supervisión que debe ejercerse: "La autorización judicial para que un gobierno pueda utilizar las tecnologías de vigilancia es necesaria pero no suficiente. La adquisición de esas tecnologías también debe estar sujeta a una supervisión, una consulta y un control públicos genuinos"⁵³. Se requiere de un conjunto de mecanismos de control. De allí la mención a un "sistema" institucional de control y supervisión, que permita contener el uso de facultades que frecuentemente propenden al abuso y la opacidad. Es necesario que se instaure una autoridad independiente de los órganos de inteligencia que supervise su actuación, al igual que la previsión de procedimientos de autorización o control jurisdiccional. Como ha puesto de relieve el informe sobre las *buenas prácticas* para garantizar los derechos humanos frente a los servicios de inteligencia, se precisa de "un procedimiento previo de autorización a múltiples niveles, que comprende la aprobación del propio servicio de inteligencia, del poder ejecutivo y de una institución que sea independiente de los servicios de inteligencia y del poder ejecutivo"⁵⁴. Los controles parlamentarios, mediante una comisión especial que supervise globalmente a los servicios de inteligencia, suelen ser también relevantes.

La Corte IDH y otras instancias internacionales han reconocido garantías que deben estar presentes en las distintas etapas del control y supervisión sobre los servicios de inteligencia, que aquí mencionaremos solo a tipo ejemplificativo, para luego comentar particularmente la del control judicial, previo o posterior. En la primera etapa, la de ordenar la medida o injerencia, se exige como regla que un órgano judicial u otra autoridad independiente autorice su aplicación, a partir de una solicitud que haya superado a su vez controles internos al poder ejecutivo. En cuanto a la fase de implementación, se requiere que exista una instancia autónoma de supervisión, externa a tales servicios, encargada de velar por el recto uso de las facultades de inteligencia, así como mecanismos de revisión periódica del alcance y permanencia de la intervención, lo cual se extiende a la conservación o tratamiento de datos personales, siendo nuevamente la proporcionalidad un criterio primordial de licitud⁵⁵. Se fijan límites temporales de duración de las medidas, de tal modo que antes de su vencimiento es preciso procurar una nueva autorización, si hay necesidad de prolongar la injerencia. Se imponen además una serie de obligaciones de registro de actividades y de los funcionarios involucrados en cada una y, en general, de seguimiento formaliza-

⁵³ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, *La vigilancia y los derechos humanos*, cit., párr. 52.

⁵⁴ Recopilación de buenas prácticas. Práctica 22.

⁵⁵ Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia, cit., párr. 605.

do de la ejecución de las medidas, que permitan efectuar el control correspondiente⁵⁶.

La etapa de control posterior abarca un conjunto de aspectos ligados a la actuación de las instancias independientes de supervisión que deben revisar si los poderes de inteligencia se han ejercido correctamente; al deber de notificación al afectado y a las posibilidades de reclamo ante abusos cometidos. En este contexto un asunto controversial es la excepción que en algunos casos prevén algunas legislaciones para que tal notificación posterior no se produzca, si pone seriamente en peligro las actividades de inteligencia sobre graves crímenes⁵⁷. En estos casos el control estaría reservado a la instancia independiente legalmente establecida, lo cual representa un acortamiento significativo del alcance y efectividad del control y de las posibilidades de acceso a un recurso judicial por la posible víctima de abusos.

2.2. El control jurisdiccional

Sobre el papel de los jueces en ese sistema de control de los servicios de inteligencia, la Corte IDH es enfática al requerir la intervención judicial previa para autorizar medidas invasivas en la vida privada u otros derechos humanos y la posibilidad de revisión judicial una vez que se implementen o con carácter posterior a su finalización. En tal sentido la Corte sostiene que:

...se hace imprescindible que sean autoridades judiciales las encargadas de autorizar medidas invasivas de recopilación de información, como sucede con la interceptación de comunicaciones, por teléfono, por correspondencia o por correo electrónico, entre otras herramientas (...), o el allanamiento al domicilio, lugar de trabajo u otro local privado⁵⁸.

Esto comprende la captación y grabación del contenido de las conversaciones o comunicaciones y “cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas”⁵⁹. Quedan también amparados por esta garantía judicial los procedimientos de grabación sonora o audiovisual de situaciones de la vida privada⁶⁰.

Igualmente, es obligatorio dicho control previo para el acceso por órganos de inteligencia a bases de datos y a sistemas informáticos (no públicos) con información personal, incluyendo los que estén a disposiciones de entidades privadas⁶¹. También se exige autorización judicial para la “utilización

⁵⁶ Ibidem, párr. 540.

⁵⁷ Vid. la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada el 28 de mayo de 2024, en el *Affaire Pietrzak et Bychawska-Siniarska et Autres c. Pologne*, en la cual se mencionan las condiciones bajo las cuales este Tribunal admite tal omisión de notificación, que en el caso particular no se consideraron cumplidas; párr. 238 y ss.

⁵⁸ Caso *Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” vs. Colombia*, cit., párr. 542.

⁵⁹ Ibidem, párr. 543.

⁶⁰ Ibidem, párr. 551.

⁶¹ Ibidem, párr. 553.

de las técnicas de vigilancia de las comunicaciones, sea selectiva o a gran escala". Esto último comprende "el monitoreo del espectro electromagnético"⁶². La autoridad judicial debe determinar la "procedencia, definiendo a su vez los límites que se imponen, incluidos el modo, tiempo y alcances de la medida autorizada"⁶³. Dos ámbitos en los que la sentencia impone con especial rigor el control judicial previo son los de la actividad profesional de periodistas y abogados; los primeros tienen derecho a la protección de la confidencialidad de sus fuentes, y los segundos, a la garantía de la privacidad de su comunicación con sus clientes o patrocinados⁶⁴.

La exigencia de autorización judicial previa la establece la Corte IDH con base fundamentalmente en informes de Relatores de Naciones Unidas, observaciones del Comité de Derechos Humanos y sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una revisión de estas fuentes indica, sin embargo, que suelen introducirse algunas matizaciones respecto de ese requerimiento general.

En lo concerniente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este ha declarado, ciertamente, que, en virtud de los serios perjuicios que pueden producir las medidas de vigilancia secreta sobre los individuos y sobre la sociedad democrática como un todo, "es deseable en principio" confiar el control a una autoridad judicial, dadas las mejores garantías de independencia, imparcialidad y debido proceso que ofrece⁶⁵. Pero admite, como el propio enunciado de la regla sugiere, excepciones, ya que se permite que "cuerpos no judiciales" cumplan las funciones de control o supervisión, siempre que sean independientes de los órganos de inteligencia que llevan a cabo la vigilancia secreta y que estén investidos con suficientes poderes para ejercer una supervisión efectiva y continuada⁶⁶. Por otra parte, en lo que atañe al carácter previo de la autorización judicial, se aceptan excepciones en casos de urgencia y gravedad, siempre que de inmediato se solicite al juez o autoridad correspondiente la aprobación de la intercepción o vigilancia de las comunicaciones, dentro de un breve plazo que fije la ley⁶⁷ (24 horas, p. ej.), con obligación de pronunciamiento en un plazo también breve (otras 24 horas p. ej.), y de revisar si lo actuado hasta ese momento fue conforme a la ley.

Los informes u observaciones de instancias internacionales de ámbito universal apuntalan la necesidad de la autorización judicial en supuestos como los antes mencionados, aunque a veces más como una buena práctica o una solución más acorde con los derechos humanos que como una obligación categórica que no admite matices. El requisito es enfatizado en el mencionado Informe del Relator especial sobre el derecho a la privacidad, en el cual se afirma que, así como tradicionalmente se ha exigido la autori-

⁶² Ibidem, párr. 676.

⁶³ Ibidem, párr. 547.

⁶⁴ Ibidem, párr. 555 y ss.

⁶⁵ *Case of Roman Zakharov v. Russia, cit.*, párr. 233.

⁶⁶ Ibidem, párr. 275.

⁶⁷ Ibidem, párr. 266.

zación judicial para la intercepción de las conversaciones telefónicas, también “deben establecerse salvaguardias adecuadas” para medidas como el seguimiento secreto de la actividad comunicacional de una persona⁶⁸. Las salvedades se aprecian en el citado Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, en el cual se sostiene que: “La provisión de datos de las comunicaciones al Estado debe ser objeto de seguimiento por una autoridad independiente, como un tribunal o un mecanismo de supervisión”⁶⁹, dejando margen por lo tanto para la determinación de la naturaleza del órgano del control, reflejando con ello la pluralidad de soluciones halladas en los sistemas jurídicos examinados⁷⁰. En ocasiones se propugna el control judicial como regla, pero dando alguna apertura a otra forma de control independiente⁷¹. El informe de buenas prácticas para garantizar los derechos humanos frente a los servicios de inteligencia recoge un estándar promedio cuando declara que las medidas de recopilación de información personal deben estar sometidas a la supervisión de una institución “externa a los servicios de inteligencia e independiente de ellos. Esta institución tiene poderes para ordenar la revisión, suspensión o terminación de esas medidas”⁷². Solo las intervenciones más severas en la vida privada, como “la interceptación del contenido de comunicaciones, la interceptación de la correspondencia, y el allanamiento” tendrían que estar sujetos a la autorización de una instancia “(cuasi) judicial”⁷³.

En relación con ordenamientos jurídicos que confieren a autoridades no judiciales la competencia para la autorización de medidas de inteligencia que impliquen injerencias en los derechos a la vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones y a la autodeterminación informativa, el examen de la licitud de este sistema de control ha de hacerse rigurosamente y considerando los elementos concurrentes. En Alemania, por ejemplo, la Constitución permite que, cuando lo requiera la protección del régimen fundamental de la libertad y la democracia o de la existencia de la Federación o de un Land, se establezca una regulación legal que no reserve a los jueces el control sobre las intervenciones en la correspondencia u otras comunicaciones privadas y que sustituya el recurso judicial por mecanismos de revisión parlamentario (art. 10.2 Ley Fundamental). La legislación ha previsto, por un lado, un gremio parlamentario que supervisa los servicios de inteligencia y, por otro lado, una Comisión del artículo 10 de la Ley Fundamental, cuyos miembros son designados por el parlamento pero no tienen que ser diputados. Esta comisión ejerce el control sobre medidas de inteligencia que

⁶⁸ Informe del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad, cit., párr. 27.

⁶⁹ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, 17 de abril de 2013, cit., párr. 86.

⁷⁰ Ibidem, párr. 58 y ss.

⁷¹ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, *La vigilancia y los derechos humanos*, cit.: exigiendo la observancia del control judicial párr. 49-50; aludiendo a los jueces u otras autoridades independientes párr. 16.

⁷² Recopilación de buenas prácticas..., cit., Práctica 22, vid. también párr. 35, en el cual se alude a la autorización de una autoridad independiente “cuasi-judicial”.

⁷³ Ibidem, párr. 35.

afecten esos derechos. La jurisprudencia europea de derechos humanos ha considerado, en virtud de la independencia de esta comisión, de la supervisión ejercida por el gremio parlamentario, y de otras cautelas legales, que este sistema de control es compatible con el derecho a la vida privada. Se ha tenido en cuenta también que el Tribunal Constitucional Federal ha fijado límites al alcance de la regulación correspondiente⁷⁴. Pero a diferencia de este régimen especial hay otras legislaciones que simplemente suprimen la autorización por un órgano judicial y que son abiertamente contrarias al respeto de los derechos en juego.

La Corte IDH establece un estándar más alto en el ámbito regional interamericano y se sitúa en concordancia con algunas observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto de informes estatales, en las cuales se exige siempre la autorización judicial para medidas de inteligencia que afecten las comunicaciones privadas⁷⁵. En lo relativo al sistema interamericano, y considerando las características de los ordenamientos jurídicos de los Estados partes en la CADH y sus tradiciones institucionales, es acertado exigir que el control sobre las medidas de inteligencia invasivas de tales derechos tenga carácter judicial, sin perjuicio de que para ciertas dimensiones de la supervisión de las actividades de inteligencia deba crearse, adicionalmente, otra autoridad independiente especializada.

Conviene apuntar que la Corte IDH no impone el control judicial respecto de cualquier medida de inteligencia. Tal como lo aclara el juez Rodrigo Mudrovitsch, en su voto concurrente:

Por supuesto, la Corte IDH no desea que el Estado avance hacia un sistema de exigencia general de control previo para todo tipo de actividades llevadas a cabo por las organizaciones de inteligencia. Tal hipótesis podría hacer inviable e ineficaz el funcionamiento regular de estos servicios. Esta cautela condujo al Tribunal, por una parte, a identificar los métodos más intervencionistas a los que debería aplicarse el sistema de control previo⁷⁶.

Antes se hizo mención de estos métodos.

Otro asunto que debe ser abordado someramente es el de la posibilidad de excepciones al carácter previo de la autorización judicial. La sentencia de la Corte IDH solo admite expresamente excepciones por razones de necesidad y urgencia en relación con el monitoreo del espectro electromagnético,

⁷⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *case of Klass and others v. Germany*, sentencia del 6 de septiembre de 1978, y *case of Weber and Saravia v. Germany*, decisión del 29 de junio de 2006.

⁷⁵ Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Italia, U.N. Doc. CCPR/C/ITA/CO/6, 1 de mayo de 2017: "El Estado parte debe examinar el régimen que regula la interceptación de las comunicaciones personales, el pirateo de dispositivos digitales y la retención de datos sobre comunicaciones con miras a velar por que: a) esas actividades se ajusten a sus obligaciones en virtud del artículo 17, en particular a los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad; b) se disponga de rigurosos sistemas de supervisión independiente de la vigilancia, interceptación y piratería informática, en particular velando por que el poder judicial participe en la autorización de esas medidas en todos los casos", párr. 37.

⁷⁶ Caso *Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia*, cit., voto concurrente del juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 129.

de modo que en tales circunstancias, si la ley lo permite, los órganos de inteligencia podrían comenzar a implementarlo pero tendrían que solicitar autorización⁷⁷ al tribunal competente dentro de las 24 horas siguientes. El control judicial incide sobre lo ya actuado, pues “si la autoridad judicial entiende que el seguimiento fue ilegal, toda la información y datos obtenidos deberán ser destruidos”⁷⁸.

La sentencia alude al registro o allanamiento domiciliario o de locales privados y declara que: “a la luz del artículo 11.2 de la Convención, se hace imprescindible, como regla general, la obtención de la debida autorización judicial”, para evitar injerencias arbitrarias o abusivas⁷⁹. De esta forma parecería que la Corte acepta la posibilidad de que un allanamiento puede ser ordenado en el marco de operaciones de inteligencia, como lo hizo tangencialmente uno de los informes internacionales antes citado, lo cual resulta sumamente discutible. Luce razonable respetar aquí la línea divisoria arriba esbozada en relación con medidas como la detención o el arresto, reservadas al procedimiento y a los tribunales penales, con el apoyo de los órganos policiales auxiliares de la justicia. La propia Corte se refiere a esta separación⁸⁰. En todo caso, de considerarse lícita en este contexto esta medida de inteligencia, ha de observarse la exigencia de autorización judicial. La sentencia implícitamente asoma la posibilidad de excepciones a la autorización previa, lo cual se vería confirmado por decisiones anteriores de la Corte a las cuales esta remite⁸¹, aunque estas decisiones se refieren a procedimientos penales y mencionan el supuesto del delito flagrante u otro previsto en la ley, como excepciones sujetas a interpretación restrictiva.

Nada dice la sentencia sobre la licitud de excepciones a la autorización judicial previa para la intercepción o vigilancia secreta de comunicaciones privadas o el acceso a bases de datos o sistemas informáticos que posean información personal. Sin embargo, también aquí pueden concurrir razones de necesidad y urgencia que las justifiquen, como en el supuesto del monitoreo del espectro electromagnético. Al respecto, el juez Rodrigo Mudrovitsch acota en su voto concurrente que la Corte:

...ha propuesto una válvula de escape para los casos en los que el control judicial previo pueda poner en peligro el resultado útil de la operación. En estos casos, el control *ex ante* se sustituye por la modalidad *ex post*, que debe realizar-

⁷⁷ Ibidem, párr. 677.

⁷⁸ Ídem: “La Corte considera que, ante situaciones de comprobada urgencia y necesidad, los organismos de inteligencia pueden realizar el monitoreo del espectro de manera inmediata, debiendo presentar el protocolo de operación para su análisis por el tribunal competente dentro de las 24 horas siguientes al inicio de la implementación de la medida, lo que garantiza el control judicial en esta materia”.

⁷⁹ Ibidem, párr. 548.

⁸⁰ Ibidem, párr. 549-550.

⁸¹ Así, en el caso *Pollo Rivera y otros vs. Perú*, sentencia del 21 de octubre de 2016, Serie C, N° 319, la Corte declaró que: “a la luz del artículo 11.2 de la Convención, la obtención de la debida autorización o de una orden judicial para realizar un registro o allanamiento domiciliario debe ser entendida como la regla general y sus excepciones, tales como la flagrancia, son válidas sólo en las circunstancias establecidas en la ley, las cuales, precisamente en tanto excepciones, deben ser estrictamente interpretadas”, párr. 116.

se inmediatamente después de iniciarse el seguimiento y, si se detecta alguna irregularidad, toda la información obtenida debe quedar inutilizada⁸².

Hay algunos ejemplos en esta dirección en el derecho comparado, pues ha llegado a aceptarse que en situaciones de urgencia puede producirse una intervención de los servicios de inteligencia en las comunicaciones, con sujeción a un control judicial inmediato⁸³.

En relación con el control judicial, un tema capital es el de su alcance material o sustantivo. Uno de los riesgos para los derechos humanos que se deriva de actividades de inteligencia de prevención de grandes peligros o de lucha contra el terrorismo, la criminalidad organizada u otros crímenes similares que atenten contra la seguridad nacional consiste en que la intervención judicial que debería ir dirigida a evitar excesos de los órganos de inteligencia con frecuencia es puramente formal o convalidadora, ya que la autoridad judicial no posee o no ejerce poderes efectivos de revisión sobre los fundamentos fácticos y la razonabilidad de la medida adoptada, sino que se limita a realizar verificaciones formales. El tribunal se conforma con constatar que la orden correspondiente proviene de la autoridad competente y se han cumplido los pasos legales para emitirla, sin examinar los presupuestos de hecho y la justificación o proporcionalidad de la medida restrictiva de derechos⁸⁴.

Muchas veces la ley no es claramente limitativa de las atribuciones jurisdiccionales, pero la práctica institucional o la comprensión general de los operadores jurídicos sobre su rol apuntan en la dirección de un control mínimo de competencia y formalidades. En otras ocasiones hay cabida para un examen sobre elementos sustantivos, pero el control respectivo es tan reducido o débil, que la injerencia difícilmente va a ser considerada ilícita por falta de razonabilidad o proporcionalidad. Ello porque a veces basta con una mera aceptabilidad (ausencia de evidente arbitrariedad) para la validez de la medida; en otras palabras, se reconoce a los órganos o agentes de inteligencia o seguridad una amplia deferencia en la valoración correspondiente. En algunos ordenamientos llega incluso a preverse expresamente que los jueces no pueden ir más allá de los aspectos competenciales y procedimentales en el ejercicio del control⁸⁵.

Esto ha generado preocupación en organismos internacionales y en la doctrina. Esta última sostiene, con razón, que en estos casos se generan “agujeros legales”, grises o negros, que obstaculizan o impiden el control judicial. Grises, cuando el control judicial material o de justificación es tan reducido, a causa de la enorme deferencia conferida a las autoridades de

⁸² Caso *Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” vs. Colombia*, cit., voto concurrente del juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 144.

⁸³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Roman Zakharov v. Russia* 266, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-746/18 sentencia del 2 de marzo de 2021.

⁸⁴ David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a time of emergency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 41; Greene, Alan, *Emergency Powers in a Time of Pandemic*, Bristol, Bristol University Press, 2020, pp. 1 y ss.

⁸⁵ Greene, cit., p. 58.

investigación o de inteligencia, que el tribunal termina siendo por lo general una instancia de legitimación de prácticas abusivas, que cierra el debate sobre la razonabilidad de la intervención en algún derecho, al otorgarle un barniz de validez. Se piensa que esto puede llegar a ser más dañino que la ausencia de un control judicial previo obligatorio o automático. Más grave es el problema cuando se trata de los llamados agujeros negros, pues aquí las leyes excluyen la posibilidad del control material o sustantivo y lo circunscriben a aspectos formales, de modo que los tribunales avalan injerencias que pueden ser completamente arbitrarias⁸⁶.

En el marco del sistema de la CADH las leyes que pretendan crear “agujeros negros” serían absolutamente inconvenionales y por lo general abiertamente contrarias a la normativa constitucional de los Estados latinoamericanos. En cuanto a los llamados “agujeros grises”, no ha sido inusual en nuestros países que, en el combate contra el terrorismo y otros delitos, se hayan presentado situaciones próximas a los “agujeros grises”, a causa de prácticas judiciales apartadas de las garantías jurisdiccionales y los derechos correspondientes, que la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido oportunidad de condenar en distintos contextos⁸⁷. El control jurisdiccional de fondo y no solamente de forma debe existir tanto en la fase de autorización previa como en la de revisión posterior de cualquier medida tradicional que afecte el derecho a la vida privada u otros derechos conexos (art. 11 CADH), lo cual se confirma desde la perspectiva del derecho al recurso judicial efectivo (art. 25 CADH). Y esta conclusión es aplicable también a medidas de inteligencia de recolección de información como las examinadas en la sentencia de la Corte IDH, que inciden principalmente en los derechos a la privacidad de las comunicaciones privadas y a la autodeterminación informativa⁸⁸. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha insistido recientemente en la importancia del alcance de este control judicial⁸⁹.

El control posterior puede referirse a un reclamo respecto de la licitud de la medida, que incluya, si esta no ha cesado, la solicitud de que sea anulada o dejada sin efecto. En relación con el derecho a autodeterminación informativa, debe estar abierta la posibilidad de exigir el acceso a los registros correspondientes, la destrucción de los datos personales indebidamente almacenados, la corrección o actualización de los mismos, si hay fundamento para conservarlos, la prohibición de remisión o intercambio con otras instancias, o la fijación de límites temporales para su uso, entre otras pretensiones. También puede demandarse el pago de daños y perjuicios u otras reparaciones por violaciones a derechos humanos cometidas, así como el establecimiento de responsabilidades individuales. Deben estar al alcance

⁸⁶ Dyzenhaus, *cit.*, pp. 41 y ss.

⁸⁷ *Vid.*, por ejemplo, Corte IDH. Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde v. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C, N° 318, Sentencia de 20 de octubre de 2016, párr. 392.

⁸⁸ Caso *Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” vs. Colombia*, *cit.*, párr. 547.

⁸⁹ *Affaire Pietrzak et Bychawska-Siniarska et Autres c. Pologne*, sentencia del 28 de mayo de 2024, párr. 226 y ss.

de los interesados los registros oficiales de los procedimientos de inteligencia, que les permitan sustentar sus reclamaciones.

Perspectivas

Es de gran importancia que la Corte IDH haya sentado este precedente en relación con los derechos humanos y los servicios de inteligencia. Junto a otros aspectos relevantes de la sentencia, ya examinados o apuntados, es fundamental que se haya abordado frontalmente una temática que a menudo ha sido soslayada o ha quedado solapada bajo otros ángulos de análisis.

Se recogen en el fallo comentado un conjunto de estándares que adquiere significación no solo para Colombia, como Estado alcanzado por la cosa juzgada, sino para todos los Estados partes en la CADH, en virtud de la cosa interpretada que se deriva de la decisión. Varios países latinoamericanos han dictado sus leyes de inteligencia, pero otros no lo han hecho y las ya vigentes no siempre se ajustan a los estándares internacionales. Los siguientes objetivos son primordiales para el encauzamiento convencional de los ordenamientos jurídicos: la adecuada fundamentación legislativa de las actividades de inteligencia; la cabal precisión del mandato de los respectivos servicios, en forma compatible con el Estado democrático de Derecho; la exigencia de justificación o proporcionalidad para cada medida de inteligencia que implique injerencia en derechos humanos, poniendo coto a la absoluta discrecionalidad ejecutiva en el rastreo y tratamiento de información personal referida a comunicaciones privadas; el sometimiento de los métodos de inteligencia de vigilancia secreta de las comunicaciones privadas, u otros similares, a controles judiciales previos y posteriores; y la creación de órganos independientes de supervisión de los servicios de inteligencia, acompañados de mecanismos parlamentarias de control.

Como apreciación general conviene insistir en que, según los recientes desarrollos de la jurisprudencia internacional⁹⁰, cobra especial significación la creación de un verdadero sistema de control y supervisión sobre los servicios de inteligencia. El control judicial es fundamental, y hay facetas del mismo que aún deben ser precisadas y mejoradas para asegurar una garantía más amplia de los derechos humanos. Pero la magnitud de la injerencia en la privacidad y datos personales que se está derivando de la vigilancia secreta de las comunicaciones y otras medidas semejantes de inteligencia obliga a generar respuestas adaptadas a la severidad y diversificación de las correspondientes amenazas sobre los derechos. Es necesario establecer una autoridad independiente que haga seguimiento permanente a la actuación de esos servicios, que vele por el levantamiento de la información y registros relativos a las operaciones de inteligencia, para posibilitar el control posterior, y que deba intervenir en distintas etapas de las medidas autorizadas. Debe llevar a cabo de oficio labores de recopilación y análisis de datos sobre el alcance y resultados de los procedimientos aplicados por los agentes, a fin de introducir correctivos y detectar injerencias gratuitas en los

⁹⁰ Ídem.

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2023-2024

derechos. Esto implica que la proporcionalidad sea examinada no solo respecto de cada intervención en particular (admisible), sino respecto de los servicios de inteligencia en su conjunto, teniendo siempre como norte los principios de la sociedad democrática que nunca podemos colocar en riesgo. A ello se agrega el indispensable y específico control parlamentario, que no debe quedar diluido en las funciones genéricas de control sobre la administración.

LAS VERSIONES RIVALES SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO Y LA CORRECCIÓN PATRIMONIAL DE LOS ESTADOS AL DERECHO DE PROPIEDAD. UNA INTERPRETACIÓN DESDE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA

Emilio J. Urbina Mendoza*

Introducción

Venezuela se incorporó a los países latinoamericanos que asumen la extinción de dominio como mecanismo de corrección patrimonial en persecución a las actividades ilícitas. Adoptó el instituto bajo el corpus legislativo denominado Ley Orgánica de Extinción de Dominio (en adelante LOED)¹. Además de sus peculiaridades direccionaladas hacia el típico proceso civil (*in rem*) (Jiménez y Urbina, 2023: 278-279), el Estado venezolano buscó apegarse lo más cercano posible a las consideraciones previstas en la Ley Modelo de Extinción de Dominio (en adelante LMEDO), promovida por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en el marco del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe (ONUDC 2011).

Por las especificidades para su materialización en territorio venezolano, se puede afirmar que fue en total contravía a los escenarios y dinámicas de un instituto global ampliamente reconocido en la legislación de América Latina², y de larga data fuera de nuestro continente con el mote de “decomi-

* Abogado (Cum Laude) egresado de la Universidad Católica del Táchira (1998). Magister Scientiarum en Ética Social (Universidad Alberto Hurtado - Santiago de Chile, 2002). Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto (Bilbao - España, 2005). Profesor de Doctorado en Derecho (2014-2024) de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). ORCID N° 0000-0001-5430-1157. Correo electrónico: eurbina@ucab.edu.ve. El presente artículo ha sido parte de un proyecto de investigación desarrollado por la Asociación Civil Venezolana Instituto de Promoción Integral (AVIPRI), para el estudio y difusión de la extinción de dominio en Venezuela, desde 2021. Dichas conclusiones se publicaron, en noviembre de 2023, en el libro coauspiciado por AVIPRI y la Editorial Jurídica Venezolana, que lleva por título Introducción al Estudio de la Extinción de Dominio y sus Modelos Globales, cuyos autores son Jiménez Tapia, Rafael s. y Urbina Mendoza, Emilio J. (Caracas, 2023, 796 pp.).

¹ Publicada en Gaceta Oficial N° 6.745 extraordinario de fecha 28 de abril de 2023.

² Desde hace algunos años hemos venido sistematizando las iniciativas legislativas continentales tanto del decomiso sin condena como de la extinción de dominio. Por regla general, como hemos explicado en otras obras, la dinámica propia de aprobación de un instrumento normativo sobre extinción de dominio viene precedida por recomendaciones de organizaciones multilaterales como el GAFI, ONUDC, ODCE. De igual manera, el gobierno de

so sin condena”, que como indica el profesor Blanco Cordero (2023), es el término favorito de la doctrina y jurisprudencia.

A pesar de la “polémica constitucional” que siempre gira en torno al concepto, sus resultados han sido calificados como “eficientes”. Es una institución caracterizada tanto por su arista sustantiva (constitucional) como por ser también, adjetivamente, una acción *in rem* (civil), en la cual, partiendo de una ficción, se determina civilmente que el objeto nunca se consolidó el derecho de propiedad, por haber sido producto o instrumento de una actividad delictiva o ilícita, específicamente, de naturaleza económica. Sin necesidad de una sentencia condenatoria penal, se puede “decomisar” bienes si éstos son de origen ilícito o se han empleado para cometer acciones tipificadas como delitos, apelando a la institución del enriquecimiento sin causa, ésta, típicamente civil.

Esta incursión dentro de un proceso civil ordinario como es el enriquecimiento sin causa o ilícito (*actio in rem verso*) (mecanismo de restablecimiento del equilibrio patrimonial)³, según su recepción de la figura del Dere-

los Estados Unidos de América, a través del Departamento del Tesoro, posee uno de los programas de aplicación y guía más eficientes para aquellos países que buscan implementar la extinción de dominio, como ocurrió en toda América Central, incluyendo a Panamá, que, a pesar de haberse rechazado el proyecto de ley en abril de 2023, mantiene la asistencia por el citado programa. La iniciativa de introducir la ley en cuestión fue totalmente atribuida al Ejecutivo Nacional de Venezuela (iniciativa del Presidente de la República), como política criminal del Estado venezolano. Es quizás, junto a Colombia y Argentina, donde unilateralmente un Estado decide asumir la extinción de dominio sin el compás de recomendaciones internacionales. Siguiendo la latitud geográfica tenemos, para inicios de 2024, en orden geográfico: México (*Ley Federal de Extinción de Dominio*, reformada en 2019); Guatemala (*Decreto N° 55-2010 Ley de Extinción de Dominio*); Honduras (*Decreto N° 27-2010 Ley sobre Privación definitiva del dominio de bienes de origen ilícito*); El Salvador (*Decreto N° 534 de 2013 de la Ley Especial de Extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita*, reformada en 2016); Nicaragua (sin ley de extinción de dominio); Costa Rica (Proyecto de Ley de Extinción de Dominio - Exp. 19.571); Panamá (Proyecto de Ley de Extinción de Dominio 2023. Rechazado en abril de 2023 por el Congreso de Panamá); República Dominicana (*Ley sobre juicio de extinción de dominio para el decomiso civil de bienes ilícitos*, 2022, puesta en vigencia plena en julio de 2023); Colombia (*Código de Extinción de Dominio de 2014, reformado en 2017*); Venezuela (*Ley Orgánica de Extinción de Dominio*, 2023); Brasil (Sin ley de extinción de dominio, existen otras figuras relacionadas al decomiso ampliado. El 16 de junio de 2023, la Comisión Permanente del Senado de Brasil, ha aprobado el informe para la nueva Enmienda a la Constitución de Brasil para incluir la extinción de dominio); Ecuador (*La Ley Orgánica de Extinción de Dominio*, 2021); Perú (*Decreto Legislativo N° 1373 sobre extinción de dominio reformado en 2019*); Bolivia (Proyecto de Ley de Extinción de Dominio de Bienes en favor del Estado, 2012); Paraguay (Proyecto de Ley de Extinción de dominio - unificado, 2014); Chile (Proyecto de ley que dispone la extinción de dominio sobre los productos e instrumentos del delito - Exp. 34-2019 – Ley 21.575 que modifica parcialmente la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 2023); Uruguay (contempla es el decomiso en la *Ley N° 19574 Ley integral contra el lavado de activos*, 2018); y Argentina (*Decreto de Necesidad y Urgencia 62/2019 del Régimen Procesal de la Acción de Extinción de Dominio*, 2019).

³ La jurisprudencia casacional civil venezolana así concibe al enriquecimiento sin causa, como uno de los instrumentos para restablecer el equilibrio patrimonial. Véase Tribunal Supremo de Justicia República Bolivariana de Venezuela/Sala de Casación Civil, sentencia número RC-1147 de fecha 29 de septiembre de 2004 (Caso: *Complejo industrial del vidrio, c.a. v. Jorge González Durán*).

cho romano, donde, la gran diferencia estriba en que las causas que se esgrimen para denunciar ese enriquecimiento no provienen de las clásicas “ilicitudes” civiles conocidas en la codificación común (vgr. *conductio indebiti*, *conductio causa data causa non secuta*, *conductio ob turpem vel injustam causam*), si no, de los delitos tipificados en la legislación penal. Así, se litiga en juzgados civiles con una institución patrimonial-constitucional, pero, por causas delictuales, como si estuviésemos en presencia de un “Derecho civil del enemigo” (Rivero Evia, 2021: 46-50). De igual forma, la ejecución de estas sentencias también se debe cumplir los requisitos para el reconocimiento de fallos penales en múltiples jurisdicciones, conocido como “asistencia legal mutua” (ALM).

Esta dualidad naturalmente presenta un desafío con la criba más fina al momento de verificar cómo articular una institución constitucional, cuyas causas de reprochabilidad son de carácter penal; pero, sustanciados y decididos con reglas adjetivas civiles. Es por ello por lo que su incorporación en la legislación de un Estado nunca pasa desapercibida, sobre todo, por sus reservas, reparos o crítica dado que no es producto de la sistematización doctrinal tradicional donde existen escuelas o autores característicos pertenecientes a una tendencia o versión. Generalmente los expertos en la materia provienen de organismos públicos especializados, de las Fiscalías o de los departamentos técnicos de organizaciones multilaterales supranacionales que en nada se asocia con creación intelectual proveniente de las universidades o centros del saber.

La doctrina penal⁴ es quizá la de mayor crítica y reservas a la extinción de dominio, debido al rechazo que siempre opera en los casos donde para sancionar debo asumir una jurisdicción que no es la natural contra la punibilidad, aunado al hecho que es prácticamente imposible, para la dogmática

⁴ Al respecto, sobre las críticas desde el Derecho penal en España al Decomiso sin condena, véase Blanco Cordero, I. “El decomiso en el Código Penal y la transposición de la Directiva 2014/42 UE sobre embargo y/o decomiso en la Unión Europea”. Cuesta Arzamendi, J. L. de la., Mata Barranco, Norberto J. de la., y Blanco Cordero, Isidoro (Coord.). *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*. (Madrid: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2017), 429-510. González Cano, M. I. *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español* (Valencia: Tirant lo blanch, 2016). Rodríguez García, N. *El decomiso de activos ilícitos* (Madrid: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2017). Garrido Carrillo, F. J. *El decomiso: innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal* (Madrid: Dykinson, 2019). Blanco Cordero, I. “Decomiso de instrumentos propiedad de terceros no responsables del delito”, Vicente Martínez, R. de., Gómez Iniesta, D. J., Martín López, M. T., Muñoz de Morales Romero, M., y Nieto Martín, A. (Coord.), *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista* (Madrid: Ediciones del BOE, 2021), Vol. 2, 791-802. Conde Fuentes, J. “La intervención de terceros afectados por el decomiso”, en: Castillejo Manzanares, R. (Dir.) y Alonso Salgado, C. (Coord.), *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal* (Granada: Atelier, 2019), 719-738. Mariel Catz, S. “La ley del arrepentido y la extinción de dominio: una lectura humanista contra el utilitarismo”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, Vol. 16, N° 49 (2019): 415-430. Choclán Montalvo, J. A. “El decomiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas”, *Estudios de Derecho Judicial*, N° 28 (2000) Madrid, Consejo General del Poder Judicial. También, del mismo autor, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia* (Madrid: Dykinson, 2001).

penal, “decomisar” sin que medie un proceso o sentencia criminal definitivamente firme. Por tanto, siempre termina concluyendo que hay violaciones al debido proceso y a las garantías constitucionales obligatorias e indispensables en un juicio penal, en especial, a la presunción de inocencia.

Aunque debemos también tomar en cuenta, que, en vastos sectores del Derecho penal, se ha comenzado a concebir una errónea versión de la extinción de dominio como si ésta fuera una herramienta exclusiva de política criminal de derecho sancionatorio (Santander Abril, 2023: 1-2)⁵. Con este reconocimiento se desvirtúa un núcleo conceptual consolidado por décadas sobre el instituto, que no sólo es una acción civil patrimonial, sino que también, comparte elementos constitucionales en la medida que los Estados modifican los textos de las Constituciones para incorporarlo y desechar todo vestigio de confiscación. Este giro de un sector del Derecho penal, engullendo a la extinción de dominio dentro sus ámbitos, genera es una profunda confusión entre toda la comunidad jurídica, específicamente, la iberoamericana por lo que merece estar siempre atentos ante estas interpretaciones penalistas extremas y erróneas⁶. Para otros, como es el ejemplo de

⁵ Existen autores que defienden la tesis que la extinción de dominio es producto exclusivo de la política criminal de los Estados, no tanto basada en la idea liberal del *ius puniendi*, sino en una concepción más amplia (alternativa) como la propuesta por penalistas pertenecientes a la Escuela de Frankfurt (Hessemeyer). Como apunta Chirino Sánchez, A. “Modernización del Derecho penal y política criminal del enemigo. Dos fenómenos recurrentes en los flujos y reflujo legislativos en América Latina”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, N° 6 (2014) 9-12, la nueva política criminal debe ser “integral, orgánica funcional, quedando el objeto de protección del derecho penal tradicional, exclusivamente sobre la base de bienes jurídicos individuales conformado por delitos tales como los delitos contra la vida, lesiones, contra la libertad sexual, contra la libertad, patrimoniales, individuales (estafas, apropiación indebida), sin que sean ajenos a que el derecho penal clásico pase a juzgar los más graves atentados. La de los bienes jurídicos colectivos y difusos, donde por su complejidad requerirá de fórmulas alternativas y complementarias exigidas y dadas por el interés general, los valores constitucionales (igualdad) y la función social en el caso de afectación de la propiedad por mecanismos como la extinción, tratados internacionales solemnes y vinculantes así como los compromisos bilaterales y multilaterales de armonizar sus legislaciones y actuaciones institucionales con el propósito de fortalecer la cooperación internacional. Ya se ha señalado, adicionalmente, que una excesiva utilización del derecho penal conduce, forzosamente, a la mera operatividad de fines simbólicos que no cuadran con una verdadera función ‘sostenible’ del derecho penal en la sociedad, pero que en vista de la excesiva intención de punibilidad esto genera un estado de ineficacia del mismo. (...) En la visión abstracta, difusa o colectiva, la relación individual o personalista de los bienes jurídicos en juego (el medioambiente, la economía del Estado, correcto funcionamiento de la administración pública, salud pública y seguridad ciudadana) se pierde en una síntesis colectiva, donde no hay un ofendido o víctima concretos sino más bien todos y todas somos víctimas de las infracciones, y en virtud de ello la intervención del Estado se hace más urgente y necesaria. La óptica no deja de ser interesante porque nos involucra a todos, pero la verdad no vincula a nadie en concreto. Casi se utiliza el mismo mecanismo justificador del delito económico en sí mismo: si se daña a muchos no se daña a nadie en concreto, y por ahí la justificación de que el Estado es la gran víctima está servida”.

⁶ El profesor Santander Abri, *Distinciones esenciales para comprender...*, 2, cita a dos obras en específico para hacer la advertencia. Estas son: Vargas González, P. “La extinción de dominio: una aproximación desde los derechos fundamentales”, AAVV. *Extinción de dominio y lucha contra la criminalidad organizada y económica* (Lima: Instituto Pacífico S.A.C, 2021), 139-169. También, Vásquez Betancur, S. *De la extinción de dominio en materia criminal* (Bogotá: D.C., Ediciones Nueva Jurídica, 2020).

Roxin (2003: 112), se aceptan estos institutos dentro del proceso penal dada la peculiaridad de la criminalidad económica, pues, probar ésta última pone en crisis la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*; amén de ser un remedio que causa inconvenientes probatorios insuperables, como por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba o el abordaje del balance de probabilidades y la mismísima carga “dinámica de la prueba”.

Estas posturas han suscitado debates enteros, que, en Latinoamérica, no cesan dada la inexistencia de los condicionantes propios sobre lo que Ihering denominaba la “jurisprudencia de los conceptos” (Lloredo Alix, 2013: 234-275), es decir, una masa doctrinal crítica que aborde con el rigor metodológico y científico, los principales rasgos de la extinción de dominio. Por ejemplo, México en 2021, resolvió uno de los conflictos propios del instituto, relativo a la retrospectividad y retroactividad de la acción⁷.

1. Los problemas de inconstitucionalidad de la extinción de dominio derivados de la interpretación constitucional

Uno de los problemas sensibles en extinción de dominio, estudiado a lo largo de otras experiencias latinoamericanas⁸ –muchísimo tiempo antes de concebirse el proyecto de la LOED– es el relativo a las tensiones del instituto con el texto constitucional, que en Venezuela, se circscribe a los artículos 116 y 271 de la Constitución de 1999 como lo analizaremos en las líneas sucesivas. Con la entrada en vigor de la LOED, estas preocupaciones tomaron fuerza, sobre todo, a nivel de la doctrina, más precisamente, por el reflexivo análisis publicado por el profesor Allan R. Brewer-Carías (2023a), tras la

⁷ Véase Sentencia de fecha 09 de diciembre de 2021 de la Suprema Corte de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, expediente 100/2019 introducido por la Comisión Nacional de Derechos Humanos de los Estados Unidos Mexicanos. Ponencia de la Ministra de la Suprema Corte de los Estados Unidos Mexicanos, Norma Lucía Piña Hernández. La decisión posee los votos concurrentes de la señora Ministra Yasmín Esquivel Mossa y de los señores Ministros Juan Luis González Alcántara Carrancá y Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, y Particulares de los señores Ministros Luis María Aguilar Morales y Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Sobre la retroactividad de la acción, véase Blanco Cordero, I. “La aplicación retroactiva del decomiso directo de ganancias”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 26-13 (2024): 1-38.

⁸ En efecto, Jiménez Tapia, R. S. y Urbina Mendoza, E. J. *El Comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2020), 209-218; así como en la edición iberoamericana, Jiménez Tapia, R. S. y Urbina Mendoza, E. J. *El Comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción* (Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2021), 179-183; se hace referencia al problema de la inconstitucionalidad en Venezuela de la extinción de dominio. En los foros sucesivos, celebrados, el primero en fecha 20 de enero de 2021 se ha expuesto sobre estos conflictos entre la futurable norma y la Constitución. Véase: <https://www.youtube.com/watch?v=SDNXIRN9MH4&t=182s> Posteriormente, con Transparencia Venezuela, se celebró un seminario intitulado *La gran corrupción, extinción de dominio y recuperación de activos*, en fecha 05 de febrero de 2021, para precisamente advertir sobre las tendencias que se han suscitado en diferentes países donde el texto constitucional es pétreo con respecto a figuras como la confiscación. Véase: <https://www.youtube.com/watch?v=h2tmgOfqb7E&t=500s>

decisión 315 de 28 de abril de 2023 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

Como apunta el profesor Brewer-Carías (2023a: 335), la generalidad e imprecisión de algunas normas de la LOED: “darán origen a innumerables controversias civiles que solo una sabia aplicación de la ley podrá resolver. De lo contrario lo que puede producirse será el socavamiento total de las bases del régimen jurídico de la propiedad privada”.

Precisamente este potencial peligro contra la propiedad privada, ha sido una constante en las revisiones sobre la Constitución una vez se decide el Estado por adoptar al instituto. Estas tensiones conllevan a la formulación de posturas, buena parte de ellas, provenientes del modelo constitucional asumido por cada Estado. En América Latina, por regla, la forma más evidente de “decomisar” los bienes que están inmiscuidos o provienen del delito, es a través de la figura preconstitucional conocida como “confiscación”. En el caso venezolano, ante la evidente situación de fragilidad institucional que denuncia el profesor Brewer-Carías (2014), desde por lo menos dos décadas, implica detenernos en revisar tanto el contenido del texto de la Constitución de 1999 como las probables interpretaciones, siempre, teniendo como norte el respeto efectivo de los derechos fundamentales⁹.

2. Posturas de la doctrina constitucional en América Latina frente a un mismo texto constitucional que restringe, limita o prohíbe la extinción de dominio

Tres serán entonces las vías hasta ahora conocidas, mediante el cual, en los once países que al sol de 2024 han contemplado la extinción de dominio en Latinoamérica, se ha abordado este instituto en los casos donde los textos constitucionales o bien prohíben cualquier intromisión del Estado en la propiedad privada (caso Argentino), o mimetizan a través de otras figuras conexas (caso Mexicano) o sencillamente especifican que sólo a través de la confiscación accesoria (caso Venezuela) puede aplicarse estas figuras de persecución patrimonial no penal. En fin, no todos los Estados poseen cláusulas abiertas y expresas como el prototipo del artículo 34 de la Constitución colombiana¹⁰.

⁹ Como apunta el profesor Brewer-Carías, *Propiedad privada y Derecho Administrativo* (2023b), pp. 16-17: “lo medular de la historia de la relación entre el Estado y la propiedad privada, que es una relación entre el derecho público y el derecho privado, pues es en este último donde está el fundamento regulador de la misma, en las propias normas del propio Código Civil. (...) Esas previsiones, cuando se concibieron, fueron establecidas para que en la ‘batalla entre propiedad privada y Estado’, como lo observa Canova, la ganara la propiedad, proceso en el cual, sin embargo, particularmente en las últimas décadas, lo que ocurrió fue que ‘la ganó el Estado’ agregando que ‘el Derecho Administrativo que debía impedirlo, no lo logró. Ha quedado expuesto como insuficiente para hacer valer el Estado de Derecho. Peor aún: ha quedado en evidencia su perversión’, con lo que se ha pasado a la situación actual de incluso haber pasado a ser ‘usado más bien como instrumento para el peor de los festines: el de las autoridades robando la propiedad de los ciudadanos’”.

¹⁰ Artículo 34 de la Constitución de la República de Colombia. “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. // No obstante, por sentencia judicial, se declara-

La primera de las interpretaciones es la denominada “versión fuerte”, también conocida como tesis textualista. De plano, imposibilita asumir la extinción de dominio porque la Constitución expresamente contempla –o prohíbe en algunas hipótesis– figuras diferentes a la tradicional “confiscación”. En este caso, lo ideal sería la modificación de la Constitución para así adoptar la extinción de dominio. De antemano advertimos, que en los países que modificaron la Constitución, terminaron por eliminar el vocablo “confiscación” de su texto constitucional.

La segunda versión, que denominaremos “versión atemperada”, implica reformular el concepto de confiscación, en el entendido que, si bien existe expresamente en los textos constitucionales, el constituyente no prohibió otra figura que pudiera ser análoga. Inclusive, pudiera ampliarse el significado de la confiscación, haciendo paralelismo a la terminología proveniente del inglés (*civil forfeiture*) Por tanto, al no estar prohibida en el texto, mal puede el intérprete (sobre todo el legislador), imponerse una limitación inexistente.

La tercera variante, intitulada “ideal”, parte por reconocer otros valores y principios de la propia Constitución, que interpretado con el conjunto del sistema de derechos fundamentales globalmente aceptados y contemplados en instrumentos internacionales; perfectamente abre la puerta para incorporar a la extinción de dominio como mecanismo también “constitucional” que resguarda el principio general que sólo los bienes y patrimonios obtenidos “lícitamente”, es decir, acorde con el sistema constitucional de bienes, es que puede ser reconocido y protegido. En esta última versión nos enmarcamos dentro del concepto de “Potestad de corrección patrimonial del Estado al sistema económico”. Esta interpretación operaría en los casos, como ocurrió en Argentina, donde el texto constitucional es pétreos, como también contempla la Constitución de 1999 venezolana, que emplearemos como ejemplo, para explicar cada versión hermenéutica.

2.1. Versión fuerte: Solo la Constitución contempla la extinción de dominio

Para explicar esta primera tesis en relación con el fundamento constitucional para la extinción de dominio, analizaremos el texto constitucional venezolano de 1999. En específico encontramos dos artículos que rigurosamente precisan aspectos sobre confiscación, decomiso y delincuencia económica. Veamos:

Artículo 116. No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y de los bienes provenientes de las activi-

rá extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social”.

dades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

Artículo 271. En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes.

El procedimiento referente a los delitos mencionados será público, oral y breve, respetándose el debido proceso, estando facultada la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpósitas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil.

Si nos apegamos a la textualidad de estos artículos, empleando una exégesis férrea, casi hebraica¹¹, versión fuerte, sería imposible asumir en Venezuela y en países con textos constitucionales similares la extinción de dominio. Esto porque nos ceñiríamos a la figura tradicional de la “confiscación”, derivada como pena accesoria de una condena penal con autoridad de cosa juzgada. Así, la extinción de dominio estaría más que vedada, pues, se alegaría la tesis que el texto constitucional contempla una forma casi exclusiva de no reconocer los patrimonios de origen ilícitos o destinados para esos fines, como es la confiscación en los casos relacionados a sanciones por corrupción, tráfico de drogas y delincuencia organizada.

De esta manera, en su interpretación clásica, la extinción de dominio estaría prácticamente liquidada al ser una limitante constitucional en la ponderación del legislador el vocablo confiscación para la actividad delictiva que expresamente señalan el 116 y el 271 constitucional venezolano. Realmente, estamos frente a uno de los tantos –e insalvables– problemas que reseña Trapet (2001: 117-135), en la adaptabilidad o no de instituciones y terminología propias del *common law* en los sistemas continentales de Derecho.

Por más que apunte otra lógica, en esta primera versión fuerte para confrontar los artículos 116 y 271 constitucional, tampoco podemos apegarnos a la tradición latinoamericana sobre el “desorden lingüístico” que expuso en su tiempo el profesor Henao Ospina (1981: 177) al estudiar el *comiso* en Colombia, cuando reparaba sobre el uso indistinto del término con el de *confiscación*. Esto sería tratar ambos conceptos como lingüísticamente equipolentes, lo cual, no es así como veremos. Inclusive, buena parte de la literatura venezolana especializada sobre la materia anticorrupción se inclina abiertamente hacia la confiscación (Moreno Brandt, 2008: 199-200) porque históricamente se requiere de una condena penal firme, contra toda duda razonable, que facilite esa pena accesoria de pérdida de la propiedad o de derechos reales.

¹¹ Sobre la exégesis hebraica en el Derecho, véase Eckart, O. “Ermeneutica giuridica nella Bibbia ebraica”, *Ars interpretandi*, 3, (1999): 215-218. También, Husson, L. “Analyse critique de la méthode de l'exégèse”, *Archives de Philosophie du Droit*, N° 17 (1972): 115-133.

Ni siquiera pudiéramos hacer una suerte de integración de las superadas (Martín Oviedo, 1972: 75-90) teorías del *mens legis – mens legislatoris*, autorizando al intérprete para que conjeturase qué fue lo que realmente deseaba el legislador (*rectius* el constituyente), máxime como afirman Eco y Vattimo¹², también existe dos intenciones en la norma, la del intérprete y la de las partes en un proceso. Por tanto, para un intérprete constitucional apegado al rigor del precepto, en casos como el ejemplo venezolano, sería abrir las puertas para cualquier recurso de inconstitucionalidad total de una Ley sobre extinción de dominio.

2.2. Versión débil o atemperada: Extinción de dominio es confiscación en su sentido amplio

La segunda versión, que bautizamos como “versión atemperada”, en el proceso de interpretación, reformula el concepto de confiscación, en el entendido que, si bien su existencia está plena y expresamente en los textos constitucionales no figura en aquéllos una prohibición expresa sobre otras figuras análogas. Además, estaríamos en presencia de una concepción extremadamente elástica del vocablo “confiscar”, pues, lo importante es despatrimonializar a la persona que haya permitido que los bienes sean empleados para actividades ilícitas o bien que provengan de éstas.

Así, si el constituyente no contempló esta restricción –norma odiosa– menos puede el legislador ponderar prohibiciones que no existen. En esta tesis, si seguimos analizando los artículos 116 y 271 de la Constitución venezolana totalmente transcritos *ut supra*, ciertamente no existe una prohibición al respecto para compatibilizar con otras formas de eliminación de la propiedad. Los textos son prístinos en contemplar el vocablo “confiscación”, sin embargo, los verbos que acompañan al mismo son ineludiblemente categóricos, pues indican: “por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación (...)” (art. 116) (modo subjuntivo de los verbos “poder” y “ser o estar”); y “previa decisión judicial, serán confiscados los bienes” (art. 271) (participio pasado del verbo “confiscar”).

Con esta redacción, poco queda abierta la puerta para que se ventile la versión atemperada de la interpretación de los artículos bajo análisis, ni en Venezuela ni en ningún otro país de América Latina. Además, debemos ser enfáticos que el vocablo “confiscación”, en Derecho comparado, posee ca-

¹² Para la teoría hermenéutica contemporánea, la intención como criterio para definir un texto, es abordada desde una triple óptica: a.- La interpretación como búsqueda de la *intentio auctoris*; b.- La interpretación como hallazgo de la *intentio operis*; y, c.- La interpretación como imposición de la *intentio lectoris*. Para el caso de las normas de interpretación donde el legislador “sugiere” unos cánones interpretativos, la armonización de las tres intenciones argumenta la búsqueda del tercer horizonte del que no disponen las partes ni el juez para resolver el conflicto, pero, en el cual y por el cual están dispuestos a argumentar. Vattimo, G. “La hermenéutica como Koiné”, *Revista de Occidente*, N° 80, 1988, p. 80. Eco, U. *Los límites de la interpretación*, (Barcelona: Editorial Lumen, 2000), 29. También véase Urbina Mendoza, E. J. “Ética, hermenéutica y argumentación”, Parra Aranguren, Fernando (Coord.) *Nuevos estudios de Derecho Procesal. Homenaje a José Andrés Fuenmayor* (Caracas: Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, 2002), 523-557.

racterísticas ineludibles que bajo ninguna coordenada puede ser confundida con la extinción de dominio.

La confiscación es quizá el mecanismo más radical para desposesionar y despropietizar bienes en la historia de la civilización humana. La confiscación es entendida como la privación de “todos los bienes de una persona”, en beneficio del Estado, sea porque haya sido hallada como “traidora” o “delincuente de lesa humanidad”, éstos dos casos, lo de mayor frecuencia en las diversas Constituciones occidentales. En la misma no existe ni compensación ni indemnización alguna por el ente estatal, siendo así su característica más resaltante: la arbitrariedad.

En la extinción de dominio, así como en las versiones de decomiso existente, incluyendo el “directo”, sólo conlleva a la pérdida de algunos bienes patrimoniales vinculados de alguna forma al delito, sea porque se emplearon para el mismo, o son objeto proveniente del mismo, o bien, porque se generaron ganancias con ese hecho punible sin entrar a revisar la culpabilidad del autor. Según Choclán Montalvo (2000: 345-346), lo que distingue la confiscación del comiso son sus fundamentos de legitimación. En la confiscación resulta relevante la vinculación del bien con el titular del delito, ya que, lo que importa es la autoridad del Estado en contra de cualquier interpretación *pro-homine*.

En el decomiso, así como la extinción de dominio, es imprescindible ese vínculo directo entre el origen y empleo del bien, con un hecho ilícito, generalmente, punible. Además, en la extinción de dominio no se está en un mecanismo “ablatorio” de la propiedad, pues, el juicio al ser declarativo solo establece que “nunca se gozó de dicho derecho” (certeza), si tomamos con referencia, el sistema de acciones establecido en el proceso civil (acciones mero-declarativas, constitutivas y de condena) (Chiovenda). En la confiscación no se pone en entredicho el origen del bien si fue “lícito” o “ilícito”, pues, es irrelevante. La confiscación siempre será una pena accesoria de naturaleza punitiva, que requiere de una sentencia condenatoria penal de forma obligatoria. En la extinción de dominio, precisamente, lo que se busca es emanciparse de dicha sentencia penal.

Marienhoff (1978: Vol. IV, 495) define a la confiscación como el:

Apoderamiento, por el Estado, de todos los bienes de una persona, sin compensación alguna a favor de ésta, apoderamiento realizado a título de supuesta sanción al comportamiento o conducta del titular de los bienes Confiscados, pero en realidad a título de represalia o venganza.

Si bien la extinción de dominio es un apoderamiento, que como indica el artículo 5, numeral 3 de la LOED, “es sin contraprestación ni compensación de ninguna naturaleza”, aquélla no está vinculada de modo alguno a la conducta del titular, sino que, como el bien es de origen “ilícito”, jamás configuró derecho de propiedad sobre el titular aparente. Por tanto, ambas figurarán diametralmente opuestas, a pesar de compartir algunas características.

En Venezuela, la diferencia básica estriba en su consagración constitucional. Sólo el constituyente puede contemplar la confiscación, pues es y

seguirá siendo una excepcionalidad dentro del estado de Derecho, estando vetado el legislador para hacerlo so pena de inconstitucionalidad¹³. Mientras, que cualquier versión de decomiso o extinción de dominio, puede ser regulado por el legislador, inclusive –aunque sospechamos de una evidente inconstitucionalidad por violar la reserva legal– el delegado, cuando el Presidente de la República hace uso de sus facultades constitucionales para dictar Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley (legislación delegada).

2.3. Versión ideal: La potestad de corrección patrimonial del Estado y los valores constitucionales de la propiedad

La tercera variante, que hemos bautizada como “ideal”, tiene como punto de partida el reconocimiento previo de lo que se conoce como los “valores constitucionales de la propiedad” (Jiménez y Urbina, 2023: 205-218). Estos valores, interpretado en su conjunto, muy a pesar de poder encontrarnos lo que Ferrajoli (2009: 39) denomina “antinomia estructural” (conflicto entre una disposición constitucional y el marco convencional) interpretado con el conjunto del sistema de derechos fundamentales globalmente aceptados y contemplados en instrumentos internacionales; puede abrir la puerta para incorporar a la extinción de dominio como mecanismo también “constitucional” que resguarda el principio general que sólo los bienes y patrimonios obtenidos “lícitamente”, es decir, acorde con el sistema constitucional de bienes, es que puede ser reconocido y protegido.

Es en esta tercera versión, con su fragilidad y limitaciones, donde podemos dar cabida a los fundamentos de la teoría del Derecho penal a dos velocidades (Silva Sánchez, 2011), la obligatoriedad de las disposiciones de la Convención de Mérida contra la Corrupción (UNCAC 2003) y las orientaciones del Derecho comparado, específicamente, las soluciones asumidas en el espacio comunitario europeo y la presencia de una Ley Modelo para Extinción de Dominio (ONUDC 2011); parte por aceptar que existe, en materia de defensa de los derechos fundamentales, la denominada supraconstitucionalidad (Bidart Campos, 2001, Vol. I: 225-234).

En efecto, en materia de los derechos fundamentales se ha aceptado la existencia de normas que se encuentran en rango más elevado a los textos constitucionales de los Estados, en razón que la materia va más allá de los límites de la soberanía. Al ser un patrimonio común de todos los seres hu-

¹³ Véase Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela/Sala Constitucional, Sentencia N° 319 de fecha 29 de marzo de 2005 (Caso: *Servicios Campesinos Guanarito, C.A.*). Para más detalles sobre la distinción entre expropiación, decomiso sin condena, extinción de dominio y confiscación, véase Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-459-11 de fecha 01 de junio de 2011 (Caso: *Juan Pablo Cardona González*). En esta sentencia, la citada Corte neogranadina expone que “La confiscación se ha definido por la doctrina y la jurisprudencia como el apoderamiento arbitrario de todos los bienes de una persona por el Estado, sin compensación alguna y bajo la apariencia de una sanción, cuando en la realidad se trata de una represalia generalmente por parte de quienes detentan el poder. La naturaleza vindicativa y política de esta figura hace que esté prohibida expresamente por la mayoría de las constituciones del mundo”.

manos, no puede alegarse condicionantes jurídicos por mucho que hayan sido previstos por un constituyente.

Esta teoría fue abordada parcialmente por la Sala Constitucional de la República de El Salvador, en sentencia de fecha 28 de mayo de 2018, al referirse que el problema de la corrupción está vinculado a la conculcación de los derechos humanos. Las prácticas corruptas determinan privilegios de unas personas sobre otras, destruyendo el derecho a la igualdad ante la ley. Indicó también este fallo, que la corrupción puede constituir una evidente vulneración del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. En este instrumento, los Estados se comprometieron a mejorar progresivamente las condiciones de sus habitantes, siendo la corrupción, un fenómeno incuestionable de regresión. Así, bajo el amparo del modelo de Estado social y democrático de Derecho, la igualdad es un valor constitucional que ampara la protección a la riqueza obtenida lícitamente, no pudiendo entonces, obtener las mismas condiciones quienes se han aprovechado de la ilicitud.

No es un derecho internacional de los derechos humanos, sino, un marco al cual el propio constituyente debe subordinarse, pues, los derechos fundamentales son y serán una fuente permanente y evolutiva del Derecho constitucional y del resto de los sistemas normativos. Por ello, en países donde no funciona una mecánica comunitaria –como Venezuela– existe un mecanismo denominado control de la convencionalidad de los tratados, convenios y demás instrumentos regulatorios de los derechos fundamentales.

La primera garantía existente es precisamente la legislación. Es el legislador quien articula a través del sistema de leyes, la exactitud sobre cómo debe ser moldeado un derecho fundamental. Y muchas veces, la garantía se formula con reglas odiosas, es decir, con un régimen sancionatorio contra aquellos que atenten contra los derechos fundamentales. En el caso que nos atañe, tomando como referencia al texto constitucional de 1999 de Venezuela, existe el derecho a una administración pública transparente como lo establece el artículo 141 de la Constitución de 1999 en los siguientes términos:

Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Ahora pudiera alegarse que el 116 y 271 también tienen el mismo rango que el 141 constitucional. Ante esta situación, el propio constituyente venezolano introduce un dispositivo para solventar los futuros escollos intranormativos. El artículo 23 *eiusdem*, contempla:

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes

de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

El texto trajo polémica en la constituyente de 1999 como lo explica el profesor venezolano y expresidente de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, Carlos Ayala Corao (2001, Vol. I: 167-240); en razón que para los más soberanistas era abrir las puertas a cualquier disposición internacional que perjudicara a Venezuela.

Sin embargo, el artículo 23 lo que realmente efectúa es un proceso de sincerar la materia, pues, en razón del principio de progresividad de los derechos fundamentales, buena parte de la regulación legislativa tiende a quedar atrás ante los aportes diarios que formula la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo, la jurisprudencia de las cortes de los derechos humanos como el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica.

Al ser Venezuela suscriptora de la Convención de Mérida contra la Corrupción (2003), aplicando lo preceptuado en el artículo 23 constitucional, todos aquellos mecanismos que traiga consigo la mejor garantía en dicha convención para materializar de forma efectiva los dispuesto en nuestro 141 *ejusdem*, debería ser referente “obligatorio y de inmediata y directa aplicación”, es decir, que no podemos limitarnos a la confiscación que menciona el artículo 116 y 271 constitucional como sanción accesoria a los delitos que son relacionados con la corrupción, que a la final, cuando un funcionario público los comete e intervienen terceros no vinculados al delito, se verifica un proceso de conculcación a los derechos humanos de la población.

La extinción de dominio, bien concebida, objetivamente concretada y sin atisbos que permitan emplearla como un instrumento de venganza patrimonial, es una de esas garantías que permitirá mejorar el combate contra la corrupción y, por ende, una manera de restituir las situaciones jurídicas infringidas contra toda la población por delitos de salvaguarda del patrimonio público. De esta manera, tenemos que, el artículo 23 abre la puerta para fundamentar la extinción de dominio venezolana, quebrando la limitación constitucional de los artículos 116 y 271 que centraron su mirada en la confiscación.

Aunado al tema de la supraconstitucionalidad, existe otro elemento que pudiera fundamentar la aplicación de la extinción de dominio a pesar de las restricciones previstas en los textos constitucionales. Hacemos mención al mecanismo conocido como potestad de corrección patrimonial del Estado. Este se encuentra dispuesto dentro de los preceptos conocidos como Constitución Económica, donde, el Estado, debe velar porque todo el sistema patrimonial nacional (público y privado) mantenga sus cauces dentro de la licitud. Es así como nos topamos con el concepto de “interés general”.

En casi todas las Constituciones del orbe occidental, la propiedad se encuentra limitada por el interés general, el interés o función social y por el orden público. Independientemente de la redacción, la presencia de estas

cláusulas genera un anclaje y fundamentan al Estado para que vigile de cerca el desarrollo de toda propiedad. Tal y como hemos expresado en otra oportunidad (Jiménez y Urbina, 2023: 221-223) el interés general nos ampara y fundamenta al principio del ejercicio lícito de la propiedad. Este principio autoriza al Estado para que genere, en la suma de su política criminal, los mecanismos constitucionales y otras facultades propias de su capacidad como ente regulador de la sociedad, para que ponga en vigencia una acción permanente sobre bienes que sirven para delinquir, ya que éstos últimos, pueden potencialmente lesionar un sistema patrimonial nacional. Estas lesiones van desde un estado generalizado de “sospecha patrimonial”, donde, nadie compra o teme vender a capitales de origen ilícito y de esta forma contaminarse; hasta, la constitución de los llamados “Paraísos patrimoniales”, donde la opacidad en la adquisición del bien se hace generalizado.

Es entonces que aparece la corrección patrimonial constitucional. Esta implica, no tanto para tomar bienes privados y pasarlos al patrimonio público porque éstos bienes perdieron su “función social”, sino más bien, cómo el Estado, en su papel de garante de los valores constitucionales de la propiedad, corrige la ilicitud patrimonial no tanto para quedarse con esos bienes, sino para que, puedan ser reintroducidos en el sistema económico y cumplan estos valores de creación de riqueza y ejemplarización sobre el indispensable valor de la honestidad para su obtención. Como apunta el profesor Parejo Alfonso (1986: 83) “el derecho subjetivo resultante del reconocimiento de la institución aparece funcionalizado en el interés general”.

El interés general¹⁴ entonces, es el concepto fundante para que el Estado pueda aplicar su corrección patrimonial constitucional, es decir, que no es para sancionar patrimonios que han desconocido el valor de la cláusula social de la propiedad, sino que, las actividades ilícitas han contaminado bienes que con el riesgo que se expanda esa ilicitud por el resto del sistema económico. Esto autoriza al Estado, por más que exista una cláusula expresa en la Constitución que contemple otra vía (vgr. como la Constitución venezolana con la confiscación), para que tome medidas y saque del comercio dichos bienes no tanto porque desconoce el derecho de propiedad, sino que, visto que fue adquirida de forma ilícita, jamás ese derecho de propiedad se consolidó en el titular aparente. En pocas palabras, no es eliminar el derecho de propiedad, sino es reconocer (certeza) que nunca existió, pues, para que nazca como derecho real en el titular aparente, se requiere licitud de origen.

El caso argentino, también nos sirve para ejemplarizar lo explicado hasta ahora sobre potestad de corrección patrimonial constitucional. Veamos un momento lo que contempla el texto constitucional de la nación austral. El artículo 17 de la Constitución de la Nación Argentina establece:

Artículo 17. La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indem-

¹⁴ La LOED venezolana contempla esta fórmula en su artículo 4, al establecer: La extinción de dominio sobre los bienes y efectos patrimoniales relacionados o derivados de actividades ilícitas es materia de interés general. Las disposiciones de esta ley son de orden público.

nizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

La expresión empleada por el constituyente de la nación austral es enfática: “la confiscación queda borrada para siempre”. Es decir, no puede activarse bajo ninguna situación la extinción de dominio o cualquier otro mecanismo análogo, como por ejemplo, el decomiso sin condena de UNCAC 2003 si atendiéramos a una interpretación taxativa del precepto. En Argentina se aprobó la extinción de dominio en 2019, y no se ha planteado allá cuestionamientos por inconstitucionalidad directamente sobre la extinción de dominio desde sectores académicos o jurídicos, sin embargo, mucha polémica política desde un ámbito del justicialismo¹⁵, por el Decreto de Necesidad y Urgencia, así como si ésta era la vía idónea constitucionalmente hablando, dictado por el entonces presidente Mauricio Macri.

Volviendo al caso venezolano, tomaremos como ejemplo una causal para poner en marcha una legislación de extinción de dominio, que a pesar de la evidente prohibición de la Constitución de 1999 (artículos 116 y 271), se aplica con preferencia el concepto de corrección patrimonial constitucional. En la actualidad, Venezuela vive los embates causados por lo que el profesor Román Duque Corredor (2023b) denominó “hipercorrupción”. Se estima que más de 300.000 millones de dólares, provenientes de las arcas públicas venezolana, hayan parado en manos de la corrupción, generando una paralización, como hecho notorio internacional, de todo un país. En este caso, el interés general presiona para que mecanismos como la extinción de dominio, actúen corrigiendo las desproporcionadas e injustificadas maneras de enriquecimiento patrimonial ilícito, no basado en trabajo honesto.

Por ello, sino existiera el concepto fundante de interés general de la propiedad sería prácticamente imposible perseguir y castigar patrimonialmente estos hechos gravísimos de corrupción solamente empleando la estrategia punitiva del Derecho penal liberal clásico; máxime, cuando desde hace algunos lustros, sumado a la incapacidad evidente del castigo penal, debemos luchar ante una realidad de desconstitucionalización del Estado (Brewer-Carías, 2014).

¹⁵ Al respecto, véase “Diputados opositores califican de inconstitucional el decreto de extinción de dominio”, en: *Telam Digital*, Buenos Aires, Edición del 21 de enero de 2019, en: <https://www.telam.com.ar/notas/201901/325110-diputados-opositores-califican-de-inconstitucional-el-decreto-de-extencion-de-dominio.html> También, véase Bullrich, Lucrecia. “Extinción de dominio: juristas alertan sobre la inconstitucionalidad del DNU”, en: *Diario La Nación*, Buenos Aires, edición del 22 de enero de 2019, en: <https://www.lanacion.com.ar/politica/extencion-dominio-juristas-alertan-inconstitucionalidad-del-dnu-nid2213190/>

Conclusiones

Como pudo explicarse en la apretada síntesis, el problema de la constitucionalidad de la extinción de dominio no es un tema de “mero trámite” o de razonamiento que de pasada puede verificarse o resolverse por una decisión de los altos tribunales constitucionales de nuestros países en América Latina. Es una situación estructural que merece el estudio pormenorizado, máxime, cuando estamos ante un instrumento de afectación al derecho mismo de propiedad, originado no por motivos civiles clásicos, sino por hechos tipificados como delictuales. Ante los desproporcionados mecanismos crecientes de la delincuencia económica, que se mimetiza con los patrimonios lícitos (públicos y privados), el defecto de organización termina por generar el peligro de contaminación de haberes patrimoniales que pongan en jaque a la economía de un Estado. Por ejemplo, ¿cuánto no pesa en el imaginario del empresario mexicano o de otro Estado, que ante la situación de desbordamiento de la corrupción y las medidas unilaterales coercitivas contra Venezuela, sea peligroso contratar con empresas venezolanas o de accionistas venezolanos?

Por ello, más que una postura apriorística y sin fundamento, que encasilla a la extinción de dominio en ámbitos lejanos a la constitucionalidad clásica, se requiere la apreciación objetiva de la realidad interna de nuestros países. El flagelo de la corrupción, que todos los años extrae grandes recursos que deben ser invertidos en programas sociales o de infraestructura para el interés general, no puede quedar impune solo por dificultades probatorias que exige un proceso penal con todas sus garantías constitucionales relacionadas a la presunción de inocencia, libre de toda duda razonable. El carácter de *actio in rem* de la extinción de dominio, no tiene ninguna vinculación con elemento alguno que lesione dicha presunción, puesto que, los bienes y patrimonios no son amparados en ninguna Constitución del mundo bajo ese principio que solo atañe a las personas y su libertad personal.

Sobre las tres versiones explicitadas en las páginas que preceden, asumimos la tesis ideal (valores constitucionales de la propiedad y potestad de corrección patrimonial del Estado), pues a pesar que el objeto del presente artículo, está centrado en describir sistemáticamente todas las opiniones al respecto emitidas por los diferentes sectores de la doctrina y la jurisprudencia comparada; es necesario establecer una base plausible y constitucional a los mecanismos como la extinción de dominio y el decomiso sin condena. Sea cual sea una de las tres versiones abordadas (dura, atemperada o ideal), lo importante es saber encuadrar a la extinción de dominio como un instituto de altísima eficacia y eficiencia, que ante las profundas consecuencias en la justicia patrimonial, merece ser abordado con suma delicadeza y conocimiento de sus más intrínsecas características.

Bibliografía

- Arteaga Sánchez, A. (2003). "Aspectos penales de la sentencia 1942", en: AAVV. *Sentencia 1942 v. Libertad de expresión: comentarios a la decisión de la Sala Constitucional referida a las leyes de desacato*, Caracas, Comisión Andina de Juristas.
- Aubry, Ch. y Rau, Ch-F. (1917). *Droit civil Français d'après la méthode de Zacherie*. París: Marchal et Godde, Successeurs.
- Ayala Corao, C. (2001). "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a Derechos Humanos y sus consecuencias", en: AAVV. *Bases y principios del sistema constitucional venezolano*, San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira.
- Bidart Campos, G. (2001). "Los derechos no enumerados en la Constitución", en: AAVV. *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Caracas, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia.
- Blanco Cordero, I. (2024). "La aplicación retroactiva del decomiso directo de ganancias", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 26-13, 1-38.
- _____. (2023). Hacia un modelo de Decomiso sin condena en la Unión Europea. Luchtman, M. (Edit.). *Of Sword and Shields: Due process and crime control in times of globalization. Liber Amicorum prof. Dr. J.A.E. Vervaele*. Chicago: Eleven International Publishing.
- Brewer-Carías, A. R. (2023a). "Confiscación, comiso y extinción de dominio. Comentarios a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de 18 de abril de 2023, particularmente sobre su fundamento constitucional y sobre algunas de sus incongruencias inconstitucionales". *Revista de Derecho Público*, 173-174, 322-337.
- _____. (2023b). *Propiedad privada y Derecho Administrativo. Estudios*. Caracas, Colección Biblioteca "Allan R. Brewer-Carías" del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 21.
- _____. (2016). *Dictadura judicial y perversión del estado de Derecho*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- _____. (2014). *Estado totalitario y desprecio a la ley*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- _____. (1980). *Urbanismo y propiedad privada*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Canova, A. (2013). El papel de la propiedad privada en el Derecho. Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Dir.). *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela*. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Choclán Montalvo, J. A. (2000). "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas", *Estudios de Derecho judicial*, N° 28, pp. 345-346.
- Domínguez Guillén, M.C. y Pérez Fernández, C. (2019). Notas acerca de los modos de perder la propiedad en el Derecho venezolano. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 12, 131-165.
- Duque Corredor, R.J. (2023a). *Poder punitivo del Estado de Extinción de Dominio y las garantías del régimen constitucional de la propiedad y del debido proceso*. Caracas: Fundación Alberto Adriani – Bloque Constitucional.
- _____. (2023b). *La hipercorrupción en Venezuela*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Ferrajoli, L. (2009). *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2023-2024

Galloti, A. (2015). La disminución progresiva del derecho de propiedad en Venezuela. Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Dir.) *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación. 1915-2015*. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

García Belaunde, D. (1994). "La interpretación constitucional como problema", *Revista de Estudios Políticos*, Nº 86, pp. 9-37.

Ghazzaoui, R. (2020). *Propiedad y expropiación. Un estudio comparado entre los ordenamientos de España y Venezuela*. Valencia: Ediciones Tirant Lo Blanch.

Guastini, R. (2018). *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Henao Ospina, M. (1981). "El comiso: análisis de la institución", en: *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 4, nº 15, p. 177.

Hernández, J.I. (2014). *La expropiación en el Derecho administrativo venezolano*. Caracas: Ediciones de la Universidad Católica Andrés Bello.

Jiménez Tapia, R. S. y Urbina Mendoza, E. J. (2023). Emilio J. *Introducción al estudio de la extinción de dominio y sus modelos globales*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, AVIPRI.

_____. (2021). *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Buenos Aires: Ediciones Olejnik.

_____. (2020). *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Lloredo Alix, L. M. (2013) "Rudolf von Jhering: nuestra tarea (1857). En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive", *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 4.

Locke, J. (1690). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Trad. Mellizo, C., 2010. Madrid: Editorial Tecnos.

Marienhoff, M. S. (1978). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot.

Martín Oviedo, J. (1972). *Formación y aplicación del Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

Martínez López-Muñiz, J.L. (2022). El interés general. *Revista de Derecho*, 23, 29-30.

Moreno Brandt, C. (2008), *El procedimiento en la Ley contra la Corrupción*, en: AAVV. *Comentarios a la Ley contra la Corrupción*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, pp. 199-200.

Nieto García, A. (1991). La administración sirve con objetividad los intereses generales.

Nikken, C. (2019). *Consideraciones sobre las fuentes del Derecho constitucional y la interpretación de la Constitución*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana - CIDEPE.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2011). *Ley Modelo de Extinción de Dominio*. Bogotá: Ediciones de Naciones Unidas.

_____. (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada trasnacional y sus protocolos*. Nueva York: Ediciones de las Naciones Unidas.

Parejo Alfonso, L. (1998). *Manual de Derecho administrativo*. Barcelona: Editorial Ariel.

_____. (1986). *Derecho urbanístico. Instituciones básicas*. Mendoza: Ediciones Ciudad Argentina.

Pillado González, E. y Farto Piay, T. (2023). *El tercero afectado por el decomiso y su intervención en el proceso*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

- Pipes, R. (2019). *Prosperidad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*. Boston: Epublibre.
- Rangel Lamus, A. (1938). La propiedad, función social. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 3, 1, 31-39.
- Rivero Evia, J. (2021). *El hecho ilícito como elemento de la acción de extinción de dominio. Derecho penal para civilistas*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Rodríguez-Arana, J. (2008). Un nuevo derecho administrativo: el derecho del poder para la libertad. *Revista de Derecho Público*, 116, 7-29.
- Roxin, C. (2003). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Ediciones del Puerto.
- Santander Abril, G. (2023). Distinciones esenciales para comprender el instituto de la extinción de dominio. Fiscalía General del Estado, República de Ecuador (Dir.) *EDAR. Extinción de dominio: Análisis y Reflexiones*. Quito: Dirección de Estudios Penales de la Fiscalía General del Estado.
- _____. (2017). "La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado", en: AAVV. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*. Washington D.C., Ediciones de la Organización de Estados Americanos (OEA).
- Silva Sánchez, J. (2011). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires, Euro Editores.
- Trapet, M. D. (2001). "L'hyphothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire", *Archives de Philosophie du Droit*, n° 47, pp. 117-135.
- Urbina Mendoza, E. J. (2023). "Los Modelos de Decomiso sin Condena y la Extinción de Dominio en el Derecho comparado Latinoamericano. Origen, tendencias y transformaciones por la Justicia Constitucional". *Estudios de Deusto*, Vol. 71, 259-299.
- _____. (2023). "La justicia constitucional y la extinción de dominio en América Latina. Una alta lección para su configuración, a propósito, de la sentencia 315 de 28.04.2023 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", *Revista de Derecho Público*, n° 173-174 (enero-junio), 339-362.
- _____. (2005). Neoliberalismo, filosofía liberal y derecho del siglo XXI. Parra Aranguren, F. (Edit.). *Filosofía del Derecho y otros temas afines. Homenaje a Juan Bautista Fuenmayor Rivera*. Caracas: Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia.
- _____. (2002). "Ética, hermenéutica y argumentación", en: Parra Aranguren, Fernando (Coord.) *Nuevos estudios de Derecho Procesal. Homenaje a José Andrés Fuenmayor*, Caracas, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia.

DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO O DE FONDO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999

Loiralith Margarita Chirinos Portillo*

Introducción

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 prevé, en el marco de los denominados derechos civiles, el debido proceso. En efecto, el artículo 49 de la norma constitucional preceptúa de manera expresa un conjunto de derechos, garantías y principios integrantes del debido proceso, considerado como una noción ampliamente reconocida tanto en el derecho interno como en el derecho internacional, el cual es operativo en todas las actuaciones judiciales y administrativas.

El debido proceso, debido procedimiento, debido proceso legal, proceso legal o proceso justo representa una noción básica en todo Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, puesto que implica la regulación y aplicación de normas adjetivas y normas sustantivas establecidas para toda persona que se encuentre en una relación procesal, cuyo propósito general es garantizar la vigencia del principio de seguridad jurídica, e impedir posibles arbitrariedades y vulneraciones de los derechos humanos.

La característica distintiva del debido proceso se aprecia en la conformación del mismo por una variedad de condiciones mínimas, configuradas en garantías y principios, que necesariamente deben estar presentes en todo proceso o procedimiento para asegurar, tanto el correcto trascurrid de las etapas procedimentales como el correcto pronunciamiento de una decisión justa.

Esta institución normalmente es asociada al Derecho Penal, pues ha tenido mayor énfasis de aplicación en la materia relacionada con los delitos y las penas, en el cual existe la posibilidad jurídica de limitar el derecho a la libertad, no obstante, también se encuentra relacionada con el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, el primero, respecto de su consagración en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, y, el segundo, respecto de los procedimientos administrativos en los cuales se encuentran incursos derechos e intereses de las personas. Por lo

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público “Dr. Humberto J. La Roche”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad del Zulia. ORCID 0000-0003-1601-8179. loiralithch@gmail.com.

tanto, el derecho al debido proceso encuentra perfecta cabida en el estudio del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo, razón por la cual el presente trabajo atiende, preminentemente, a esta noción bajo la óptica de estas dos ramas del Derecho Público.

La polémica suscitada con relación al debido proceso, tanto en el sector jurídico como en el sector académico encuentran su eje central en el reconocimiento del debido proceso como derecho humano, garantía jurídica o principio jurídico; la regulación del debido proceso conformado por un conjunto de atributos considerados en forma enunciativa y no taxativa; la existencia de elementos conformadores del debido proceso, relacionados con las formas procesales y la razonabilidad de las decisiones; y, la identificación de un conjunto de garantías y principios del debido proceso con sus elementos conformadores.

En específico, se identifican dos elementos conformadores del debido proceso: el adjetivo o formal, referido a las garantías y principios de las formas procedimentales; y, el sustantivo o de fondo, referido a las garantías y principios de la justicia y razonabilidad, precisamente sobre este último versa la presente investigación. En tal sentido, el objetivo de este trabajo es analizar el debido proceso sustantivo o de fondo en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. A tal efecto, se lleva a cabo una investigación documental, sustentada en el método analítico. Las fuentes para la recolección de información atienden a tres ámbitos: normativo, doctrinal y jurisprudencial. El ámbito normativo es la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. El ámbito doctrinal refiere a criterios y principios, tanto nacionales como foráneos, de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Penal. El ámbito jurisprudencial aborda sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional y en Sala Políticoadministrativa, entre los años 2000 y 2013.

El trabajo se relaciona con las líneas de investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia tituladas: Participación Ciudadana, Derechos Humanos, Comunidades y Organizaciones Sociales; Estado, Administración Pública, Políticas Públicas y Gerencia Social; y, Derecho Constitucional.

1. Aproximación conceptual al debido proceso

El ordenamiento jurídico venezolano reconoce al Estado de Derecho como su forma de organización jurídico política. Así, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 expresa: "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que procura como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación (...) la preeminencia de los derechos humanos (...)"¹, entre esos derechos se identifica al debido proceso, el cual es categorizado como esencia

¹ Gaceta Oficial N° 36.860 Ordinario. 30 de diciembre de 1999, artículo 2.

misma del Estado de Derecho, más propiamente de las relaciones procesales entre el Estado y las personas.

Históricamente, el debido proceso ha sido reconocido en disposiciones internas, como las Constituciones de la República, y en disposiciones externas, como los Tratados y Acuerdos Internacionales². El origen del debido proceso se remonta al siglo XIII con la Carta Magna Inglesa dictada por el Rey Juan, ratificado luego en el siglo XVI con la Constitución expedida por el Rey Eduardo III, denominando a esta figura con la expresión *due process of law*. El Derecho inglés le dio nacimiento al debido proceso, pero hay que “reconocer al Derecho norteamericano el que el debido proceso alcance, en razón de su positivización, un contenido de carácter material”³. En el ordenamiento jurídico venezolano el debido proceso, sin otorgarle esa denominación, es regulado por vez primera en la Constitución de Venezuela de 1811, pero asociado únicamente a los procesos o causas penales, que implicaban privación de libertad.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 preceptúa el derecho al debido proceso en su artículo 49, y plantea su aplicación a “todas las actuaciones judiciales y administrativas”. Por ende, la vigente constitución exige en el marco de todo proceso judicial o procedimiento administrativo, una serie de garantías y principios que en ningún momento deben considerarse como encasillados, taxativos o excluyentes de otros, por lo que, y a título ejemplificativo, el derecho al debido proceso involucra: derecho a la defensa y asistencia técnica; derecho a la tutela judicial efectiva; derecho a ser notificado; derecho al acceso de las pruebas; derecho a interponer recursos; presunción de inocencia; derecho a ser oído; derecho a intérprete; derecho al juez natural; tipicidad de los delitos, faltas o infracciones; derecho a no ser doblemente juzgado por los mismos hechos; derecho a ser indemnizado; entre otros. En efecto, el artículo 49 en extenso señala:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda

² Conferencia Internacional Americana No. IX, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (Bogotá: OEA, 30 de marzo de 1948), artículos XVIII, XXV, y XXVI; Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, (New York: ONU, 10 de diciembre de 1948), artículos 8, 9, 10 y 11; Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, (New York: ONU, 16 de diciembre de 1966), artículo 14; Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, (San José: OEA, 22 de noviembre de 1969), artículo 8.

³ Antonieta Garrido de Cárdenas, “El debido proceso en el Tribunal Supremo de Justicia y su repercusión en el campo del Derecho Procesal Administrativo”, en *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca, Volumen I*, ed. por Fernando Parra Aranguren (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004), 671.

persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley.

Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preeexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁴ prevé, de manera general, el derecho al debido proceso como el trámite que permite oír a las partes con el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas de la manera prevista en la norma jurídica, y dispone:

El derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución a favor de todo habitante de la República, comprende el derecho a defenderse ante los órganos competentes, que serán los tribunales o los órganos administrativos, según el caso. Este derecho implica notificación adecuada de los hechos imputados, disponibilidad de medios que permitan ejercer la defensa adecuadamente, acceso a los órganos de administración de justicia, acceso a pruebas, previsión legal de lapsos adecuados para ejercer la defensa, pre establecimiento de medios que permitan recurrir contra los fallos condenatorios (de conformidad con las previsiones legales), derecho a ser presumido inocente mientras no se demuestre lo contrario, derecho de ser oído, derecho de ser juzgado por el juez natural, derecho a no ser condenado por un hecho no previsto en la ley como delito o falta, derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, derecho a no ser obligado a declararse culpable ni a declarar contra sí mismo, su cónyuge, ni sus parientes dentro del segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad, entre otros⁵.

⁴ Sentencia N° 5 de fecha 24 de enero de 2001. Caso: Supermercado Fátima, S.R.L, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/05-240101-00-1323%20.htm>.

⁵ Sentencia N° 1745 de fecha 20 de septiembre de 2001. Caso: Servicio de Emergencias Médicas de Aragua SERMÉDICA C.A., <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1745-200901-01-1114.htm>.

Al respecto, Santofimio Gamboa⁶ afirma que el debido proceso está constituido por el “más amplio sistema de garantías que procura a través de la realización del derecho material la obtención de decisiones justas”, coherentes con el interés público y los intereses individuales presentes en una relación procesal, en “otras palabras, se busca equilibrio permanente en las relaciones surgidas del proceso y procedimiento administrativo, frente al derecho substancial y a los derechos fundamentales de las personas y la comunidad en general”⁷.

Las mencionadas garantías y principios constitutivos del derecho al debido proceso se mantienen incluso vigentes y son de plena aplicación en situaciones extraordinarias como es el caso de los estados de excepción, así el artículo 337 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 preceptúa:

En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.

Se evidencia entonces, que el derecho al debido proceso constituye piedra angular en todo tipo de proceso y/o procedimiento, por ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁸ ratifica que el debido proceso debe “aplicarse y respetarse en cualquier estado y grado en que se encuentre la causa, sea ésta judicial o administrativa”, dicha afirmación tiene como punto de partida el principio de igualdad ante la ley y que en materia procesal representa:

...igualdad de oportunidades para las partes intervenientes en el proceso de que se trate, a objeto de realizar –en igualdad de condiciones y dentro de los lapsos legalmente establecidos– todas aquellas actuaciones tendientes a la defensa de sus derechos e intereses.

Por ello, se confirma que el derecho al debido proceso no se encuentra limitado sólo a la sede judicial sino que se reconoce en sede administrativa⁹.

En sus orígenes el derecho al debido proceso estaba asociado únicamente a los casos de índole penal, pues la configuración del “derecho al

⁶ Jaime Santofimio Gamboa, “El derecho de defensa en las actividades administrativas”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”*. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo, ed. por Belén Ramírez Lanada (Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo), 262.

⁷ Ibid., 263.

⁸ *Sentencia N° 80 de fecha 1º de febrero de 2001. Caso: José Pedro Barnola y otros*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/80-010201-00-1435%20.HTM>.

⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, *Sentencia N° 568 de fecha 20 de junio de 2000. Caso: Aerolink International S.A.*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/568-200600-00-0751.HTM>; *Sentencia N° 795 de fecha 26 de julio de 2000. Caso: María Mata de Castro*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/795-260700-00-1003.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia, Políticoadministrativa, *Sentencia N° 242 de fecha 13 de febrero de 2002. Caso: José Lizardo Fernández Maestre*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00242-130202-14671.htm>.

debido proceso, encontró su causa en la necesidad de tutelar la libertad personal, siempre estuvo articulado a los juicios penales (...) Sin embargo, (...) la referida exclusividad ha sido superada¹⁰, dado que las garantías y principios constitutivos del derecho al debido proceso se extienden, por mandato constitucional, a cualquier tipo o clase de relación procesal. Se constata una ampliación material en cuanto a la aplicación del derecho al debido proceso, porque además de reconocerse que el mismo está formado por diversas garantías y principios, estos atributos encuentran recepción tanto en los procesos judiciales como en los procedimientos administrativos independientemente de la naturaleza de estos últimos, es decir, es aplicable a todo procedimiento administrativo y no solamente a aquellos de carácter sancionatorio. Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹¹, en sentencia N° 1028, expone:

El artículo 49 de la Constitución, alude a la noción del debido proceso y, seguidamente, explana en sus ocho numerales el conjunto de principios rectores que gobierna tal institución independientemente que el procedimiento sea llevado por un ente de la Administración Pública, o bien por un órgano jurisdiccional. Se erige así el mencionado artículo, en pilar fundamental del Estado de derecho y de justicia (...), pues reafirma la preeminencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, ante las manifestaciones autoritarias de los órganos del Poder Público, las cuales pueden ocurrir en los actos administrativos y en los jurisdiccionales.

En este orden de ideas, la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹² plantea que el derecho al debido proceso constituye un derecho complejo que “encierra dentro de sí un conjunto de garantías para el justiciable”, por esto, expresa:

Se denomina debido proceso a aquel proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva. Es a esta noción a la que alude el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas (...) Pero la norma constitucional no establece una clase determinada de proceso, sino la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva¹³.

El derecho al debido proceso tiene como fin último garantizar el acceso a la justicia y la obtención de tutela judicial efectiva, es por ello que “tiene un carácter operativo e instrumental que nos permite poner en práctica los denominados derechos de goce (...), es decir, su función última es garantizar

¹⁰ José Peña Solís, *Lecciones de Derecho Constitucional Venezolano. Los Derechos Civiles. Tomo I* (Caracas: Manuales Universitarios. Ediciones Paredes, 2012), 193.

¹¹ Sentencia N° 1028 de fecha 14 de agosto de 2000. Caso: Juan Alberto Solano en acción de amparo en contra del Fiscal General de la Repùblica,<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1028-140800-00-1255.HTML>.

¹² Sentencia N° 635 de fecha 30 de mayo de 2013. Caso: Santiago Barberí Herrera,<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/635-30513-2013-10-0133.HTML>.

¹³ Sentencia N° 29 de fecha 15 de febrero de 2000. Caso: Enrique Méndez Labrador,<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/29-150200-0052.HTML>.

el ejercicio de otros derechos materiales mediante la tutela judicial efectiva”¹⁴. La tutela judicial efectiva, regulada en el artículo 26¹⁵ de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, es un derecho que se caracteriza por la amplitud en la legitimación para el acceso a los órganos de administración de justicia, el dictado con prontitud de la decisión correspondiente y la efectividad en la protección de los derechos e intereses, sean éstos individuales, colectivos o difusos. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹⁶ estipula que la tutela judicial efectiva comprende:

...no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257).

Al efecto, Duque Corredor¹⁷ enseña que la tutela judicial efectiva se manifiesta mediante el proceso, considerado como garantía fundamental, la cual consiste en el derecho de lograr una decisión conforme a Derecho y, además, en obtener su ejecución oportuna, y “para asegurarlo se reconocen las garantías constitucionales del derecho a la acción y del derecho al debido proceso”.

Ahora bien, el derecho al debido proceso se relaciona no sólo con el derecho a la tutela judicial efectiva, sino también con el principio de legalidad, dado que el debido proceso representa tanto la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa, como la fiel observancia de los trámites y pasos que la norma jurídica prevé para todo tipo de proceso o procedimiento, y el principio de legalidad¹⁸ consiste en el sometimiento de todas las actuaciones estatales a las diversas normas del ordenamiento jurídico, independientemente de su rango y origen, es decir, se entiende por principio de legalidad “la necesaria conformidad de los actos producidos por la autoridades (...) con el ordenamiento jurídico en general”¹⁹; incluso de manera expresa el comentado artículo 49, numeral 6, de la Constitución de la República Boliva-

¹⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, *Sentencia N° 80 de fecha 1º de febrero de 2001. Caso: José Pedro Barnola y otros.*

¹⁵ “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. // El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

¹⁶ *Sentencia N° 1445 de fecha 2 de junio de 2003. Caso: Juan Carlos Borda León,* <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1445-020603-02-1617.HTM>.

¹⁷ Román Duque Corredor, “Constitucionalización del Proceso”, en *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público (1980-2005)*, ed. por Allan Brewer-Carías (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2006), 865.

¹⁸ “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” (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: artículo 137).

¹⁹ Gamboa, “El derecho de defensa en las actividades administrativas”, 270-271.

riana de Venezuela de 1999, consagra el principio de legalidad sancionatoria, referido a la regulación expresa y previa de los delitos, faltas e infracciones administrativas, en otras palabras, consagra la potestad sancionatoria penal y la potestad sancionatoria administrativa, expresiones ambas del *ius puniendi* del Estado.

Pereira Meléndez²⁰ prevé que el debido proceso constituye el “acumulado de garantías y derechos constitucionales” que protegen o salvaguardan al individuo incursio en todo tipo de proceso, que persiguen una justa administración de justicia “que le garanticen la independencia y seguridad jurídica, la coherencia y la motivación de los dictámenes conforme a Derecho”.

Garrido de Cárdenas²¹, entiende al debido proceso como un derecho fundamental que se manifiesta en materia procesal, dirigido a proteger, conforme al ordenamiento jurídico, los derechos de los individuos y garantizar una decisión justa, razonable y confiable. Por consiguiente, el debido proceso es un derecho constitucional de las personas que se encuentren en un proceso judicial o en un procedimiento administrativo:

...un derecho fundamental que cumple ante todo una función garantística de los otros derechos fundamentales, por lo que debe ser designado como una garantía constitucional del proceso, en tanto integra el sector jurídico constituido por todas las normas consagradas expresas o implícitamente en los preceptos de la Carta Fundamental que establece derechos subjetivos públicos dirigidos a que los justiciables puedan obtener las condiciones necesarias para la realización de una justa, eficaz y rápida impartición de justicia²².

En este marco de consideraciones, se aprecia que el derecho al debido proceso se caracteriza por presentar dos vertientes: un debido proceso adjetivo o formal y un debido proceso sustantivo o de fondo. El primero, refiere al conjunto de reglas, procesos y procedimientos que deben observarse para que la resolución de un conflicto se realice de manera válida; y, el segundo, refiere a la exigencia en la correcta y justa interpretación de las normas que se apliquen en cuanto a su contenido o materia, en otras palabras, existe “un debido proceso adjetivo que implica una garantía de ciertas formas procesales y un debido proceso sustantivo que implica una garantía de ciertos contenidos o materia de fondo justos”²³.

Esta doble vertiente encuentra justificación, pues la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, reconoce la existencia de los aspectos formales o procedimentales y los aspectos de fondo o sustanciales, incluso plantea el no sacrificio de la justicia por meros ritualismos for-

²⁰ Leonardo Pereira Meléndez, *La presunción de inocencia y el debido proceso penal* (Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2011), 107.

²¹ Garrido de Cárdenas, *El debido proceso en el Tribunal Supremo de Justicia y su repercusión en el campo del Derecho Procesal Administrativo*.

²² Carlos Urdaneta Sandoval, “Acerca del debido proceso en los procedimientos desplegados para el ejercicio de las funciones administrativas y legislativas”, en *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público* (1980-2005), ed. por Allan Brewer-Carías (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2006), 248.

²³ José Francisco Linares, *Razonabilidad de las leyes* (Buenos Aires: Astrea, Segunda Edición, 1970), 11-12.

males, al respecto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²⁴ manifiesta lo siguiente:

El Estado venezolano es, conforme a la vigente Constitución, un Estado de derecho y de justicia, lo que se patentiza en que las formas quedan subordinadas a las cuestiones de fondo, y no al revés (artículo 257 de la vigente Constitución) (...) Esto significa que en materia de cumplimiento de las normas constitucionales, quienes piden su aplicación no necesitan ceñirse a formas estrictas y a un ritualismo inútil, tal como lo denota el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por tanto, el debido proceso se conceptúa como un derecho humano constituido por diversas garantías y principios indispensables para la tutela judicial efectiva de derechos e intereses en todo proceso judicial o procedimiento administrativo, conformado por dos elementos: el adjetivo o formal, referido a las garantías y principios de las formas procedimentales; y, el sustantivo o de fondo, referido a las garantías y principios de la justicia y razonabilidad, con el objeto de limitar las actuaciones estatales y salvaguardar la seguridad jurídica.

En atención al concepto del derecho al debido proceso, a continuación, se pretende analizar de manera individualizada uno de sus elementos conformadores: el debido proceso sustantivo o de fondo.

2. Debido proceso sustantivo o de fondo

Es el elemento conformador del derecho al debido proceso constituido por las garantías y principios orientados a salvaguardar la justicia y razonabilidad en toda decisión judicial o acto administrativo, necesarias para la validez y eficacia de un proceso judicial o procedimiento administrativo, con el objeto de proteger los derechos humanos, evitar arbitrariedades estatales y asegurar el principio de seguridad jurídica.

Resulta insuficiente la expresión de formas procesales, requisitos y trámites para la garantía de un proceso debido y justo, es necesario, además, que se respeten "ciertos juicios de valor a los que se liga íntimamente la justicia en cuanto orden, seguridad, paz, etc., de lo que resulta un campo mínimo de libertad del individuo oponible al Estado mismo"²⁵. El debido proceso sustantivo o de fondo representa un instrumento fundamental para la realización de la justicia, en la medida de su relación con la autonomía del derecho procesal así como con el carácter constitutivo de la acción de los jueces o funcionarios públicos, al controlar tanto el mérito como la legitimidad del interés tutelado²⁶, por esta razón, se exige que los jueces o funcionarios públicos expliquen con coherencia y claridad, los motivos o causas que sirven de sustento o fundamento a la decisión respectiva, los cuales no

²⁴ Sentencia N° 440 de fecha 4 de abril de 2001. Caso: C. A Industria Técnica C.M.B (C.A Industria C.M.B), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/440-040401-00-2037.HTM>.

²⁵ Linares, *Razonabilidad de las leyes*, 12.

²⁶ José Manuel Delgado Ocando, "Consideraciones sobre el debido proceso sustantivo", en *Filosofía del Derecho y otros temas afines. Libro Homenaje a Juan Bautista Fuenmayor Rivero*, ed. por Fernando Parra Aranguren (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2005).

pueden ser obviados en ningún caso por el órgano decisor, sea juez o funcionario público, “por cuanto constituyen para las partes garantía de que se ha decidido con sujeción a la verdad procesal”²⁷.

El debido proceso se consolida con el aspecto sustancial del mismo, pues un proceso que se plantea para satisfacerse a sí mismo, que se consume en planteamientos sólo de índole procesal, debe ser depurado “con urgencia, aplicando los principios constitucionales previstos en los artículos 26 y 257, para lograr que el proceso cumpla sus fines tanto en sus fases de conocimiento como de ejecución”²⁸, por ello, se afirma que el proceso es el instrumento de aplicación del derecho sustantivo.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²⁹ plantea que además de la exigencia del cumplimiento de formalidades procedimentales resulta imprescindible la vigencia de la razonabilidad en la toma de decisiones, lo cual se corresponde con lo preceptuado en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, el cual estipula:

El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

La mencionada Sala, afirma que todo proceso, conforme al debido proceso sustantivo o de fondo, debe:

...garantizar a las partes y a todos los interesados en una determinada contención, que las decisiones que se dicten a los efectos de resolverla no sólo estén fundadas en el Derecho, en atención a lo alegado y probado en autos, sino también en criterios de justicia y razonabilidad que aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver, dado que, desde esta perspectiva, el debido proceso, más que un conjunto de formas esenciales para el ejercicio del derecho a la defensa (...), deviene, conforme al mencionado artículo 257, en derecho sustantivo, regulador de las actuaciones y fallos de los órganos jurisdiccionales en su misión constitucional de otorgar tutela efectiva a toda persona que vea amenazados o desconocidos sus derechos o intereses, sean éstos individuales o colectivos³⁰.

El debido proceso sustantivo o de fondo implica, entonces, la necesidad de que la decisión judicial o el acto administrativo dictado se realice conforme a la verdad que deben buscar tanto el órgano jurisdiccional como el órgano administrativo, es decir, debe existir la convicción real en cuanto a la aplicación justa y razonable del Derecho al caso concreto. De tal manera, la dimensión sustancial del debido proceso, expuesta por García Leal³¹ se

²⁷ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, *Sentencia N° 241 de fecha 25 de abril de 2000. Caso: Gladys Rodríguez de Bello*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/241-25-4-00-00-0019.HTM>.

²⁸ Duque Corredor, *Constitucionalización del Proceso*, 868.

²⁹ *Sentencia N° 881 de fecha 26 de junio de 2012. Caso: Alcaldía del Municipio Iribarren del Estado Lara y el Instituto Municipal de la Vivienda del Municipio Iribarren del Estado Lara*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/881-26612-2012-10-0782.HTML>.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Laura García Leal, “El debido proceso y la tutela judicial efectiva”, *Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, Vol. 10, N° 3 (2003): 115.

“vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad de los actos de poder, los que determinan la prohibición de cualquier decisión arbitraria, sin importar si ésta fue emitida dentro o fuera de un proceso o procedimiento formalmente válido”. Ello concuerda con la posición de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³² al afirmar, en relación a la importancia de la explicación o motivación de las decisiones que se producen en todo proceso, que su finalidad es el control ante posibles arbitrariedades por parte del órgano decisor, por ello, el dispositivo de toda decisión:

...debe ser el producto de un razonamiento lógico de todo lo probado y alegado en autos, ya que sólo a través de este razonamiento podrán establecer los verdaderos elementos que le sirvieron de fundamento para decidir, así como el derecho aplicable al caso en concreto, verificándose de esta manera la legalidad de lo decidido.

En consecuencia, la garantía de la razonabilidad y la justicia se identifican con el debido proceso sustantivo o de fondo, aplicado a todas las actuaciones estatales, esto es, a las diversas funciones estatales: ejecutiva, legislativa, judicial, electoral y ciudadana, independientemente se trate de un acto de carácter normativo o no, de efectos generales o particulares, pues se trata de un freno o límite a la posibilidad de arbitrariedad estatal. Al respecto, Gordillo³³ plantea que todo acto estatal para ser considerado como razonable debe tener como mínimo:

- a) Sustento fáctico suficiente (...) lo cual supone, desde luego, que los hechos invocados sean ciertos, no siendo nimios o insignificantes, estén suficientemente probados o acreditados, estén razonablemente apreciados; que no haya “error de hecho”; que no haya falsa invocación de hechos; que no se ignoren o desconozcan hechos ciertos que hacen a la cuestión, etc.
- b) El fin perseguido debe ser proporcionado a los hechos que lo sustentan, debe ser una conclusión razonada de tales hechos, que no incurra en falacias formales o informales, ni caiga en soluciones exageradas, desmedidas o despropósitos de cualquier naturaleza.
- c) Del mismo modo, los medios empleados deben ser congruentes y proporcionados tanto con el fin razonablemente perseguido como con los hechos ciertos y de entidad suficiente que los fundamentan.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, el debido proceso sustantivo o de fondo se encuentra representado en los siguientes numerales:

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario (...).
6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.
7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.
8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad

³² Sentencia N° 241 de fecha 25 de abril de 2000. Caso: Gladys Rodríguez de Bello.

³³ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Tomo I* (Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2001), VI-33.

personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

2.1. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario

El principio de presunción de inocencia representa una presunción *iuris tantum*³⁴, pues prevalece el carácter inocente de una persona señalada por la comisión de algún delito, falta o infracción administrativa, hasta tanto, de ser el caso, se demuestre lo contrario. Este principio, según Cassagne³⁵, impide que “una persona sea condenada sobre la base de una presunción, pues al carecerse de una prueba idónea que acredite el hecho cometido, el vacío no puede cubrirse mediante una deducción”, dado que ante una duda debe siempre elegirse la opción más favorable para la persona. Se destaca, que la presunción de inocencia es una garantía procesal que se aplica y reconoce en todo tipo de proceso judicial o procedimiento administrativo, en tal sentido, Thea³⁶ afirma:

...la interpretación amplia sobre el ámbito material de aplicación del debido proceso legal (...) permite concluir que todas estas garantías procesales, en cuanto sean compatibles, son exigibles no sólo en los procesos penales, sino también en todo tipo de proceso en que esté en discusión la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, ya sean de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Así, para que la presunción de inocencia pueda ser invalidada en cualquier tipo de proceso o procedimiento es necesario que se demuestre y compruebe conforme a Derecho la responsabilidad del particular, y esa demostración y comprobación conforme a Derecho sólo se evidencia mediante un proceso regular y justo, aplicando los elementos del debido proceso, puesto que la presunción de inocencia representa una “garantía (...) que protege al ciudadano que ingresa al ámbito de actuación de las normas procesales y penales”³⁷. En términos de la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia³⁸, la presunción de inocencia rige:

...para garantizar el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad. Se refiere, desde otra perspectiva, a una regla en cuanto al tratamiento del imputado o del sometido a un procedimiento sancionador, que proscribe que pueda ser tenido por culpable en tanto su culpabilidad no haya sido legalmente declarada, esto es, que se le juz-

³⁴ Carlos Climent Durán, *La Prueba Penal* (Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1999).

³⁵ Juan Carlos Cassagne, *Estudios de Derecho Público* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995), 91.

³⁶ Federico Thea, “Artículo 8. Garantías Judiciales”, en *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*, ed. por Enrique M. Alonso Regueira (Buenos Aires: Facultad de Derecho U.B.A, 2012), 146-147.

³⁷ Alberto Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, S.R.L, 1993), 122.

³⁸ *Sentencia N° 182 de fecha 6 de febrero de 2007. Caso: Levis Marín contra Contralor General de la República*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00182-6207-2007-2006-1933.html>.

gue o precalifique de estar incorso en irregularidades, sin que para llegar a esta conclusión se le dé la oportunidad de desvirtuar los hechos que se le atribuyen.

2.2. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes

En este numeral se regula el denominado principio de legalidad sancionatorio, consistente en la exigibilidad de preexistencia normativa de todo delito, falta o infracción administrativa que pretenda aplicarse: “implica la necesidad de que los presupuestos de la sanción o pena estén previstos en la ley”³⁹. Así, toda falta o delito y su correspondiente sanción, independientemente su naturaleza, deben estar prescritas de manera previa y expresa en la norma jurídica. El comentado principio se relaciona estrechamente con el principio de tipicidad, según el cual las conductas punibles o sancionables deben estar descritas por la norma jurídica respectiva, es decir, se requiere “tanto la descripción de los hechos que definen cada contravención como que se precisen las penas a aplicarse en cada supuesto típico”⁴⁰.

En tal sentido, Araujo-Juárez⁴¹ expresa respecto del principio de legalidad en su relación con el principio de tipicidad, que “la conducta antijurídica (...) y su sanción deben estar no sólo previstas en la norma preexistente de rango legal (...), sino descritas con la suficiente concreción de todos sus elementos, de modo que se excluya la interpretación analógica o las cláusulas abiertas”. En consecuencia, este principio de legalidad sancionatorio, conocido con el aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*, refiere, según Carrasco⁴² en:

...la existencia de una ley que determine de manera previa el contenido de la conducta antijurídica y de la sanción aplicable e implica que las actuaciones de la Administración, más concretamente el ejercicio de sus potestades sancionadoras, ameritan que la conducta del administrado haya sido calificada como susceptible de ser sancionada.

La vigencia de este principio resulta imperiosa para el conocimiento público de las conductas tipificadas como delitos, faltas o infracciones administrativas, pues permite la prevención personal y social en cuanto a la comisión de dichas conductas, de allí se desprende la necesidad de su normación anterior y previa a la comisión de las mismas, prohibiéndose la retroactividad de la norma sancionatoria⁴³, lo cual se relaciona, al mismo tiempo, con la necesidad de acatamiento de las normas preexistentes en

³⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Políticoadministrativa, *Sentencia N° 242 de fecha 13 de febrero de 2002. Caso: José Lizardo Fernández Maestre.*

⁴⁰ Juan Carlos Cassagne, *Estudios de Derecho Público*, 85.

⁴¹ José, Araujo Juárez, *Derecho Administrativo. Parte General* (Caracas: Ediciones Paredes., 2007), 719-720.

⁴² Alejandro Carrasco, “Comentarios al régimen disciplinario en la Ley del Estatuto de la Función Pública”, en *El régimen jurídico de la función pública en Venezuela. Homenaje a la Doctora Hildegard Rondón de Sansó. Tomo I*, ed. por Jesús Olivo Valverde (Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Centro de Investigaciones Jurídicas, 2003), 99.

⁴³ Araujo Juárez, *Derecho Administrativo. Parte General*.

todo el andar procesal, por esto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁴⁴ explica:

...tradicionalmente la idea del debido proceso se vincula al aforismo latino *nulla poena sine iudicio legale*, el cual expresa la dimensión procesal del principio de legalidad, es decir, la noción de sujeción del Estado y la sociedad a la Ley y, por ende, el obligatorio acatamiento por todos de las normas preexistentes, y de un juicio legal para poder determinar la comisión de un hecho punible y la responsabilidad penal de una persona.

2.3. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente

El principio *non bis in ídem* implica la imposibilidad del doble juzgamien-to y sanción de una persona por un mismo hecho de una naturaleza deter-minada, y se fundamenta en "la garantía de razonabilidad de los actos esta-tales (...), en virtud de que, al admitirse una segunda condena por un mismo hecho, se genera una evidente desproporción entre la falta o el delito come-tido y la sanción"⁴⁵. El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional⁴⁶, enseña que este principio:

...presenta una dimensión fundamentalmente sustancial o material, según la cual nadie debe ser sancionado más de una vez por la misma conducta con el mismo fundamento, ya sea que las sanciones sean simultáneas o sucesivas, y otra fundamentalmente adjetiva o procesal, en virtud de la cual nadie debe ser enjuiciado más de una vez por los mismos hechos, independientemente de que los enjuiciamientos sean coexistentes o no (...) En este orden de ideas, en aras de racionalizar aún más la potestad punitiva, se ha reconocido también que el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo jui-cio por los mismos hechos.

Lo anterior evidencia la noción de cosa juzgada⁴⁷, aplicable en el ámbito judicial y en el ámbito administrativo, pues la decisión con autoridad de cosa

⁴⁴ Sentencia N° 583 de fecha 30 de marzo de 2007. Caso: Konstadinos Spiropulos, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/178-9309-2009-08-1066.html>.

⁴⁵ Cassagne, *Estudios de Derecho Público*, 92.

⁴⁶ Sentencia N° 1786 de fecha 5 de octubre de 2007. Caso: Jimmy Rafael Holguin Alcivar, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1786-051007-07-1001.HTM>.

⁴⁷ "En lo que respecta a las sentencias definitivamente firmes que pueden ser objeto de revisión esta Sala ha sostenido lo siguiente: '...Sólo de manera extraordinaria, excepcional, res-tringida y discrecional, esta Sala posee la potestad de revisar lo siguiente: 1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país. 2. Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia. 3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las de-más Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en al-guna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional. 4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incu-rrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la

juzgada es el fin último de todo proceso o procedimiento, sin el cual "el proceso por sí mismo carecería de sentido, ya que satisface al mismo tiempo el interés individual comprometido por el litigio y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la actividad jurisdiccional"⁴⁸ o administrativa, por tal motivo, la cosa juzgada reviste tres aspectos fundamentales en un Estado de Derecho, como son: la inimpugnabilidad, consistente en el impedimento de revisión una vez agotado los recursos y/o el tiempo de interposición; la inmutabilidad, consistente en el impedimento de cambio o modificación de los términos de la decisión definitivamente firme; y la coercibilidad, consistente en el cumplimiento y acatamiento, incluso forzoso, de lo estipulado en la decisión⁴⁹.

No obstante, se destaca que ante un hecho que puede dar lugar a responsabilidades de distinta naturaleza, es jurídicamente válido la aplicación simultánea de sanciones también de distinta naturaleza, es el caso de un proceso penal en el cual se puede aplicar una pena como consecuencia de la comisión de un delito y, al mismo tiempo, un procedimiento administrativo sancionatorio, en el cual se puede aplicar una sanción administrativa como consecuencia de una falta o como pena accesoria, razón por la cual la imposibilidad derivada del principio estudiado se manifiesta es en la repetición de sanciones con identidad de sujeto, hecho y fundamento. Binder⁵⁰ puntualiza en cuanto a la procedencia del principio *non bis in idem* que es necesario la concurrencia de tres identidades o correspondencias: debe tratarse de la misma persona, debe tratarse del mismo hecho y debe tratarse del mismo motivo de persecución.

2.4. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados

Este atributo constitutivo del debido proceso sustancial o de fondo se encuentra reafirmado por el principio de responsabilidad patrimonial del Estado, previsto en el artículo 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. Conforme a esto, Soto Hernández⁵¹ expresa que la responsabilidad extracontractual o administrativa del Estado venezolano, está configurada por un sistema resarcitorio de daños provenientes de actuaciones lícitas o ilícitas del Estado en sus diversas manifestaciones:

Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional" (Sentencia N° 2574 de fecha 11 de noviembre de 2004. Caso: Procuradora General del Estado Anzoátegui. Caracas: TSJ/SC, 2004. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2574-111104-02-2480%20.HTM>).

⁴⁸ Sentencia N° 80 de fecha 1º de febrero de 2001. Caso: José Pedro Barnola y otros.

⁴⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1786 de fecha 5 de octubre de 2007. Caso: Jimmy Rafael Holguín Alcivar.

⁵⁰ Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*.

⁵¹ María Eugenia Soto Hernández, *El Proceso Contencioso Administrativo de la Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública Venezolana* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. Editorial Jurídica Venezolana, 2003).

Estado legislador, Estado ejecutivo, Estado judicial, Estado ciudadano y Estado electoral, así de las distintas funciones del Estado, entre ellas la función judicial y la función administrativa, se pueden derivar responsabilidades estatales. En este orden de ideas, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional⁵², estipula:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en muchos de sus artículos (140, 259, 281 numeral 2, 139, 30, 49 numeral 8, 255 *in fine*), consagra a favor de los particulares, la responsabilidad del Estado por los daños y perjuicios que puedan causársele en el ejercicio de funciones públicas y, así también, consagra la responsabilidad personal de los jueces "en los términos que determine la Ley" por retardo u omisiones injustificadas, error judicial, inobservancia sustancial de normas procesales, denegación de justicia, parcialidad, cohecho y prevaricación en que incurran en el ejercicio de sus funciones.

El presente numeral regula, por vez primera en el ordenamiento constitucional patrio, lo que se conoce comúnmente como responsabilidad del Estado Juez, lo cual implica la posibilidad de que el Estado responda por las actuaciones u omisiones de los órganos jurisdiccionales, es decir, se consagra la responsabilidad directa y objetiva del Estado por el funcionamiento anormal de la administración de justicia⁵³, salvaguardando el derecho de las personas de exigir la responsabilidad individual del juez respectivo. En referencia al artículo 49, numeral 8, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional⁵⁴, explica que en el mismo se regula:

...el derecho de exigir al Estado el restablecimiento y la reparación de una particular situación jurídica por error judicial, retardo u omisión injustificados, así como el derecho de exigir responsabilidad personal del funcionario y del Estado por los daños causados, sin referirse específicamente a infracciones de rango constitucional o legal.

Sin embargo, para la procedencia de ese restablecimiento o reparación de la situación jurídica infringida resulta condición *sine quo non* la existencia de un daño cierto, específico y anormal; la imputación de dicho daño a la actuación u omisión del órgano jurisdiccional; y, la relación de causalidad existente entre la conducta dañosa y el daño ocasionado, es decir, que sin lugar a dudas el daño sea consecuencia de la actividad lícita o ilícita desarrollada por el administrador de justicia.

El daño o lesión producido puede ser el resultado de: un error judicial insalvable o inexcusable, configurado por una errada y grave interpretación de la norma o de los hechos por parte del juez; un retardo injustificado, configurado por una duración o extensión exagerada de los lapsos procesales, que exceden los tiempos legalmente establecidos; o, una omisión injustifi-

⁵² Sentencia N° 576 de fecha 27 de abril de 2001. Caso: María Josefina Hernández Marsán, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/576-270401-00-2794.htm>.

⁵³ Manuel Rojas Pérez, 2005. "La responsabilidad del Estado Juez en Venezuela", Revista de Derecho, N° 15 (2005).

⁵⁴ Sentencia N° 444 de fecha 4 de abril de 2001. Caso: Papelería Tecniarte C.A, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/444-040401-00-2596.htm>.

cada, configurada en la inactividad o no acción del órgano jurisdiccional lo cual se deriva en un perjuicio para las partes.

Conclusiones

El derecho al debido proceso representa una pieza clave en el régimen constitucional venezolano, pues mediante sus atributos, garantías y principios se asegura una convivencia justa y pacífica al reconocer su aplicación en todo proceso judicial o procedimiento administrativo, lo cual permite a su vez, el cumplimiento y aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad de los actos estatales.

En general, la noción del debido proceso comporta la afirmación de derechos humanos en el marco de todo proceso judicial o procedimiento administrativo para la obtención de una decisión justa, en especial en un proceso o procedimiento que tenga como finalidad la aplicación de una sanción, regulando las conductas que configuran las faltas juzgables, las sanciones en que pueden incurrir los sujetos, y el proceso o procedimiento que asegure las garantías constitucionales y determinen la correspondiente responsabilidad.

Bajo el esquema constitucional venezolano, derivado del comentado artículo 49, el debido proceso se caracteriza por asumir dos elementos o vertientes, complementarias, no excluyentes e igualmente importantes: el debido proceso adjetivo o formal, referido a las garantías y principios de las formas procedimentales; y, el debido proceso sustantivo o de fondo, referido a las garantías y principios de la justicia y razonabilidad, con el objeto de limitar las actuaciones estatales y salvaguardar la seguridad jurídica.

El debido proceso sustantivo o de fondo previsto en el artículo 49, numerales 2, 6, 7 y 8, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, se manifiesta en los siguientes derechos, garantías o principios: presunción de inocencia (numeral 2); principio de legalidad sancionatoria (numeral 6); principio *non bis in idem*, carácter de cosa juzgada (numeral 7); responsabilidad del Estado por error, retardo u omisión judicial, responsabilidad individual del juez en ejercicio de la función judicial (numeral 8).

Los mencionados derechos, garantías o principios configurativos del debido proceso sustantivo o de fondo, representan puntos cardinales para que la razonabilidad en toda decisión judicial o acto administrativo esté arropada por criterios de justicia y legalidad, así como la coherencia y congruencia con el Estado democrático y social de derecho y de justicia, que se corresponde con uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico y actuación: la preeminencia de los derechos humanos.

En otros términos, la prevalencia judicial y administrativa de estos derechos, garantías o principios de naturaleza sustantiva del debido proceso constituyen, a su vez, una garantía del principio de seguridad jurídica que ha de regir en todas las relaciones jurídicas y actuaciones estatales, independientemente de la naturaleza de las mismas, pues representan la certeza de

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2023-2024

la correcta aplicación de la norma en los conflictos en cuales se involucren derechos e intereses de los ciudadanos.

EL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL

Magaly Vásquez González*

"La historia del proceso penal es la historia de la defensa" (Glasser)

Introducción

El sistema penal tiene la obligación de salvaguardar los derechos humanos, defender a la ciudadanía de las amenazas a su seguridad y fomentar el bienestar colectivo de manera justa, lo que obliga al Estado a diseñar y activar un mecanismo que enfrente esos peligros, sin que dicha preocupación por la seguridad justifique desatender los derechos fundamentales del acusado.

Por ello, sostiene justificadamente Rodríguez Hurtado¹, que la organización del proceso penal reclama cuidadoso equilibrio entre dos extremos en permanente tensión: la obligación y potestad del Estado de perseguir el delito y sancionar a sus autores, por un lado, y el respeto de los derechos y garantías de los incriminados, por el otro. Roto este equilibrio, se arruinan los elevados objetivos del proceso penal. "Sobredimensionar la persecución y la punición con argumentos de eficacia a ultranza conduce a la arbitrariedad; extremar las garantías –o hasta desnaturalizarlas– deja impotente al sistema".

La defensa aparece en sus orígenes íntimamente ligada a la posibilidad de acción, de actuación en pro de la tutela de un interés propio, que el sujeto considera digno de protección, pero con la esencial característica de que no se trata de una acción espontánea, sino motivada por la actuación previa de otro, que ha tomado la iniciativa, es decir, que se ha comportado como

* Abogada (UCAB, 1991); Doctora en Derecho (UCAB, 2016); Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas (UCAB, 2000); Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas (UCV, 1992-1994). Secretaria General de la UCAB (2015- actual). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

¹ Mario Pablo Rodríguez Hurtado. "La constitucionalización del derecho procesal y su repercusión en la reforma de la normatividad ritual (CPP) y el sistema de justicia penal", en *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho N° 71* (Perú: PUPC, 2013), 343, recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4906548.pdf>

agresor, que ha cometido una ofensa, que puede ser real o temida, y que es siempre la que motiva y justifica la defensa².

Históricamente, el derecho a la defensa ha evolucionado significativamente, adaptándose a los cambios en las sociedades y los sistemas jurídicos. Desde las primeras civilizaciones, donde la justicia se administraba de manera rudimentaria, hasta los modernos Estados de derecho, la defensa ha sido un componente esencial para asegurar juicios justos e imparciales, llegándose a sostener que "la historia del proceso penal es la historia de la defensa"³, pues si bien el derecho a la defensa se extiende a todos los ámbitos del derecho, su importancia se magnifica en el escenario penal. Aquí, donde la libertad y el patrimonio de una persona pueden verse comprometidos, la defensa adquiere una dimensión trascendental. No se trata simplemente de un trámite legal, sino de una garantía que asegure un juicio justo, manteniendo incólume la presunción de inocencia hasta que se demuestre lo contrario.

1. La defensa ¿derecho o garantía?

Mucho se ha escrito sobre la naturaleza jurídica de la defensa. Para Jauchen, la defensa es una *garantía* aplicable a toda clase de proceso, teniendo especial relevancia en el proceso penal en razón de la supremacía de los bienes jurídicos que en él están en juego, sin embargo, la define como el:

insoslayable *derecho* subjetivo individual, de carácter público, de intervenir en el proceso penal en todo momento, de probar y argumentar en él, por sí y por medio de abogado todas las circunstancias de hecho y fundamentos de Derecho que desvirtúen la acusación, con el propósito de obtener una declaración de eximición o atenuación de la responsabilidad penal atribuida⁴.

Por su parte, Binder⁵ sostiene que el derecho a defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal.

En criterio de Dino Caro⁶, desde una perspectiva amplia, se entiende por derecho a la defensa a la garantía constitucional que le asiste a toda perso-

² Alex Carocca Pérez, *Garantía constitucional de la defensa procesal* (Barcelona: Ediciones Jurídicas Olejnik, J.M. Bosch Editor, 1998), 14.

³ Esta expresión de atribuye a Glasser, c.p. Alex Arocca, p. 19.

⁴ Eduardo M. Jauchen, *Derechos del imputado* (Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005), 151.

⁵ Alberto Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires: Edit. Ad-Hoc, 1993), 155.

⁶ Quien afirma que entre las garantías procesales genéricas, vale decir, aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal, se incluye el derecho a la defensa. Dino Carlos Caro Coria, "Las garantías constitucionales del proceso penal", en

na que posea un interés directo en la resolución jurídica del proceso penal para poder comparecer ante los órganos de persecución pertinentes, a lo largo de todo el proceso, a fin de poder resguardar con eficacia sus intereses en juego, no obstante, es respecto de la persona perseguida que el derecho constitucional a la defensa presenta su mayor capacidad de rendimiento e importancia, pues si bien los distintos sujetos procesales se enfrentan entre sí, con sus propios medios, el imputado se enfrenta al Estado y a toda su maquinaria de persecución.

La defensa puede ser vista como derecho o garantía individual de cada litigante y como garantía objetiva para el desenvolvimiento del proceso⁷ y, por tanto, para su validez, lo que permite la concreción del principio *nemo iudex sine defensione*. En este sentido, en el Informe N° 35/96, caso 10.832 del 07/IV/98, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “nadie puede ser juzgado sino en virtud de un proceso que incluya tanto la actividad fiscal en la recopilación de evidencia incriminatoria y la actividad de la defensa en la refutación de dicha evidencia”.

En nuestro criterio, la defensa es un derecho fundamental⁸ reconocido internacionalmente en tanto corresponde a todas las partes en un proceso. Desde la posición de la persona acusada de un delito, es un derecho humano conforme al cual se le garantiza que tenga la oportunidad de presentar su versión de los hechos, acceder a un abogado y contar con los medios necesarios para defendérse adecuadamente. En esencia, el derecho a la defensa busca equilibrar la balanza de la justicia, asegurando que ningún individuo sea condenado sin haber tenido una oportunidad justa de refutar las acusaciones en su contra.

Además de ser calificada como derecho o garantía, a la defensa también se le puede considerar como la *actividad procesal* o reacción jurídica que desarrolla una persona como oposición a otra que amenaza sus intereses, pues a decir de Cafferata⁹, no hay defensa del imputado, ni siquiera genéricamente considerada, ajena a la idea de *resistencia* a cualquier pretensión de restricción de sus derechos que las leyes puedan autorizar como consecuencia de la *comisión* de un delito, o de la realización del proceso penal. Tal resistencia podrá ser activa o pasiva, y comprende la posibilidad de reclamar la vigencia de las otras garantías (de imparcialidad, juez natural, juicio previo, etc.).

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II, año 12 (Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2006), 1029, 1039, recuperado de: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/54279> consultado en fecha 28 de febrero de 2025.

⁷ Alex Carocca Pérez, ob. cit. 20.

⁸ Los derechos fundamentales además de derechos de los individuos, “son elemento esencial del ordenamiento” (Pedro Cruz Villalón. *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, España: Revista Española de Derecho Constitucional, N° 25, 1989, 46).

⁹ José Cafferata Nores, *Proceso Penal y Derechos Humanos* (Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Editores del Puerto, S.R.L., 2000), 103.

2. Derecho a la defensa y debido proceso

2.1. Ámbito internacional

La normativa supranacional que impone al Estado el deber de respetar los derechos humanos y asegurar su plena vigencia, se proyecta en la administración de justicia penal expresándose en garantías comunes para las víctimas de delitos y para los presuntos responsables de éstos o específicas para cada uno de ellos¹⁰. Entre tales garantías procesales tiene un rol protagónico el debido proceso, en el cual se han insertado o constitucionalizado, como es el caso venezolano, una serie de derechos procesales presentes en todas las fases del procedimiento que, “a pesar de su casuismo atendiendo al sistema en que se desarrollan, la doctrina y la jurisprudencia han tratado progresivamente de individualizar”¹¹.

En este sentido establece el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) que:

Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconoce como garantías judiciales (numeral 1) el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

En relación con el referido dispositivo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) afirmó en el *Caso Genie Lacayo v. Nicaragua*, sentencia de 29 de enero de 1997, que el artículo 8 de la Convención, que se refiere a las garantías judiciales, consagra los lineamientos del llamado “devido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”, que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera (párr. 74), señalando en el *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) v. Guatemala*, sentencia del 8 de marzo de 1998, que si bien el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por en-

¹⁰ José Cafferata Nores, Ob. cit., 16-17.

¹¹ Vigoritti, c.p. Alex Arocca, 165-166.

de, en ese tipo de materias el individuo igualmente tiene derecho al debido proceso que se aplica en materia penal¹².

En la misma línea, en el *Caso Ivcher Bronstein v. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, la CIDH ratificó que:

102. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

103. La Corte ha establecido que, a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes y, por ende, en éstos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo.

Igualmente, en el *Caso Ruano Torres y otros v. El Salvador*, sentencia de 5 de octubre de 2015, asentó:

151. La Corte ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa.

Como se puede advertir, en razón de lo que se ha denominado expansión horizontal del debido proceso, las garantías a que se refieren los instrumentos internacionales referidos, aplican no sólo a favor de la persona señalada de la comisión de un hecho punible sino también para la determinación de obligaciones de otra naturaleza por parte de cualquier persona. En tal sentido sostiene Víctor Rodríguez Rescia que el artículo 8 de la Convención Americana desarrolla extensamente el debido proceso o derecho general a la defensa, tanto en lo penal como en toda materia sancionadora o que pueda desembocar en la supresión o restricción de derechos subjetivos de las personas¹³.

Por tanto, de la jurisprudencia de la CIDH se puede concluir que esta ha desarrollado las garantías generales asociadas al artículo 8.1, aplicables en cualquier proceso jurisdiccional o administrativo, a saber, el derecho a ser

¹² Así se había asentado en la Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 28.

¹³ Víctor Manuel Rodríguez Rescia, “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 110 (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1998), 341.

oído¹⁴, el derecho a un tribunal independiente, imparcial y competente¹⁵, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable¹⁶, el derecho a una resolución motivada¹⁷ y el derecho a conocer la previsibilidad de la sanción.

2.2. Ámbito nacional

Dispone el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda

¹⁴ Este derecho, ante un órgano administrativo y ante un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, según el análisis de la CIDH implica, por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido (*Caso Barbani Duarte y otros v. Uruguay*, sentencia de 13 de octubre de 2011, párr. 122).

¹⁵ En el *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. panamá)*, sentencia de 2 de febrero de 2001, que declaró la responsabilidad internacional del Estado panameño por el despido arbitrario de 270 empleados públicos, así como a la falta de un debido proceso que amparara sus reclamos, la CIDH (párr. 130) declaró que si bien los directores generales y las juntas directivas de las empresas estatales no son jueces o tribunales en un sentido estricto, las decisiones adoptadas por ellos afectaron derechos de los trabajadores, por lo que resultaba indispensable que dichas autoridades cumplieran con lo estipulado en el artículo 8 de la Convención.

¹⁶ Ha reconocido la CIDH que este no es un concepto de sencilla definición, por lo que invoca para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales (*Caso Genie Lacayo v. Nicaragua*, sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 77, y en lo que respecta a Venezuela, *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") v. Venezuela*, sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 172; *Caso López Mendoza v. Venezuela*, sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 162; *Caso Familia Barrios v. Venezuela*, sentencia de 24 de noviembre de 2011, párr. 273; *Caso Uzcátegui y otros v. Venezuela*, sentencia de 3 de septiembre de 2012, párr. 224).

¹⁷ Las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias (Corte IDH, entre otras: *Caso Yatama v. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 152; *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") v. Venezuela*, sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 78; *Caso Chocrón Chocrón v. Venezuela*, sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 118; *Caso López Mendoza v. Venezuela*, sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 141).

persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.
3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.
4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.
5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.
7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.
8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

El señalamiento de una persona como posible autor o partícipe de la comisión de un hecho punible, vale decir, un delito o falta (como lo preceptúa el artículo 1 del Código Penal de Venezuela), conlleva a adquirir materialmente la condición de imputado¹⁸, lo que sin despojar a éste de los derechos inherentes a su condición de persona, los cuales pueden ser limitados en tanto sea estrictamente necesario para asegurar los fines del proceso, le otorga otra serie de garantías, derivadas del derecho a la defensa, con las que el Estado se autolimita en su función de persecución penal, al permitir que el imputado esté informado sobre los hechos que se le atribuyen, tenga acceso a representación legal y pueda ejercer su defensa activa desde las etapas iniciales del procedimiento. Tales derechos los enuncia el artículo 127 del COPP, en los términos siguientes:

El imputado o imputada tendrá los siguientes derechos:

1. Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan.
2. Comunicarse con sus familiares, abogado o abogada de su confianza, para informar sobre su detención.

¹⁸ Dispone el artículo 126 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP): "Se denomina imputado o imputada a toda persona a quien se le señale como autor o autora, o participe de un hecho punible, por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal conforme a los establecido en este código. // De igual forma se denomina imputado o imputada a la persona investigada a quien el fiscal del Ministerio Público le atribuye la comisión de un hecho punible en acto de imputación formal ante el fiscal. // Con la admisión de la acusación el imputado o imputada adquiere la condición de acusado o acusada. // La denominación de imputado o imputada podrá utilizarse indistintamente en cualquier fase del proceso".

3. Ser asistido o asistida, desde los actos iniciales de la investigación, por un defensor o defensora que designe él o ella, o sus parientes y, en su defecto, por un defensor público o defensora pública.
4. Ser asistido o asistida gratuitamente por un traductor o traductora o intérprete si no comprende o no habla el idioma castellano.
5. Pedir al Ministerio Público la práctica de diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formulen.
6. Presentarse directamente ante el Juez o Jueza con el fin de prestar declaración.
7. Solicitar que se active la investigación y a conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella haya sido declarada reservada y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongue.
8. Ser impuesto o impuesta del precepto constitucional que lo o la exime de declarar y, aun en caso de consentir a prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento.
9. No ser sometido o sometida a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de su dignidad personal.
10. No ser objeto de técnicas o métodos que alteren su libre voluntad, incluso con su consentimiento.
11. Solicitar ante el tribunal de la causa el sobreseimiento, conforme a lo establecido en este Código.
12. Ser oído u oída en el transcurso del proceso, cuando así lo solicite.

Señala Rodríguez Camacho, refiriéndose al caso de Ecuador, que, para la Corte Constitucional de este país, el derecho a la defensa que está inserto dentro del debido proceso, constituye su real sustento, pues a través suyo se articulan las demás garantías. En consecuencia, se puede sintetizar que el derecho a la defensa actúa dentro del proceso, de forma conjunta con las demás garantías, y adicionalmente se trata de la garantía que torna operativas a todas las demás; por ello este derecho no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales, sino que su inviolabilidad es la garantía crucial con la que cuenta el ciudadano, porque es la única que permite que las demás garantías tengan vigencia concreta dentro de cualquier tipo de proceso; es así que, si el derecho a la defensa no es cumplido debidamente, puede acarrear nulidades procesales¹⁹.

La fortuna del proceso penal depende del equilibrio que alcance entre los extremos en permanente tensión que atiende: la seguridad y eficacia ante el delito para restablecer la paz y tranquilidad por un lado, y las garantías o derechos fundamentales del incriminado por el otro, es menester nunca perder de vista o postergar los escudos protectores del justiciable que repudian la arbitrariedad y evitan que el drama procesal pierda su perfil democrático²⁰, por lo que el proceso penal ideal será aquél “que encuentra el punto de equilibrio entre la eficacia al servicio de la seguridad y los reclamos de paz y tranquilidad de la sociedad y de las víctimas frente al delito, y el

¹⁹ María Rodríguez Camacho, “La defensa penal eficaz como garantía del debido proceso en Ecuador”, en *Revista Universidad y Sociedad*, Vol.10, N° 1, versión On-line (Cienfuegos, marzo 2018), 36, recuperado de: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202018000100033.

²⁰ Mario Pablo Rodríguez Hurtado, ob. cit., 342.

respeto a los derechos fundamentales del imputado”²¹, siendo el derecho a la defensa el medio idóneo para asegurar ese equilibrio.

3. El derecho a la defensa como pilar fundamental de la justicia penal

En el proceso penal se evidencia de forma especial la peculiar concepción de la relación del Estado con el individuo, pudiendo reflejar una idea autoritaria de la misma o, por el contrario, otra de respeto a los valores de la personalidad, libertad y dignidad humana²². Existe una estrecha relación entre los derechos humanos y el proceso penal que se genera en la propia naturaleza de este tipo de proceso donde se compromete la libertad personal del imputado. Es allí donde se presentan mayores violaciones a los derechos fundamentales, especialmente, en la etapa investigativa al momento de recopilar la prueba. Si a ello se le suma la carencia de asistencia letrada en esa fase inicial, o si se obstaculiza la comunicación abogado-imputado, tenemos que es aquí donde los derechos procesales desarrollan su máximo potencial como derechos fundamentales²³.

Es también lógico –al ser el proceso penal el medio por el cual se investigan hechos delictivos– que para garantizar el resultado del mismo y su acervo probatorio, se permita establecer algunas restricciones a la libertad del procesado, pero dentro de ciertos límites previamente establecidos por la ley y teniendo siempre en mente el respeto al derecho a la libertad a partir del principio de presunción de inocencia. Ello ha justificado que se hayan establecido, para el proceso penal, una serie de garantías más amplias que para otro tipo de procesos en los que, por su propia naturaleza, no le serían aplicables²⁴.

Aunque la academia clasifica de diversa manera las garantías procesales y sostiene, por ejemplo, que son genéricas si guían todo el desenvolvimiento de la actividad procesal, o específicas si se refieren a aspectos concretos del procedimiento, a la estructura o actuación de los órganos penales; o les asigna el nombre de principios relacionados con la organización del sistema de enjuiciamiento o con la iniciación del procedimiento, la prueba y la forma de aquél; o, por último, las entiende orgánicas cuando atañen a la formación del juez y estrictamente procesales si tienen que ver con la formación del juicio, lo cierto es que todas bien pueden y deben ser conducidas hacia el gran objetivo de proteger al incriminado, quien sólo podrá ser vencido legítimamente si en el proceso no se ha desconocido su dignidad y los derechos que de ella emanan. Ha de quedar perfectamente claro que las garantías procesales no se estipulan para satisfacer los requerimientos oficiales del Estado, de sus aparatos fiscales, policiales y judiciales,

²¹ Ibid., 354.

²² Rafael Fernández Montalvo, *Garantías constitucionales del proceso penal*, recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1050508.pdf>, 60.

²³ Víctor Manuel Rodríguez Rescia, ob. cit., 342.

²⁴ Ibid., 328-329.

sino para que los destinatarios del servicio de justicia penal, la comunidad, los agraviados y procesados sean apropiadamente resguardados y satisfechos²⁵.

Las garantías procesales como escudos protectores de los derechos fundamentales de los individuos, posibilitan que el proceso penal se lleve a cabo de manera justa e imparcial. Sin estas garantías, existe un riesgo elevado de arbitrariedades y abusos por parte de las autoridades en la investigación del delito, lo que podría llevar a condenas injustas y a la erosión de la confianza en el sistema judicial. Por lo tanto, respetar y fortalecer las garantías procesales no solo es un deber legal, sino una piedra angular para la justicia y la protección de los derechos humanos, sin embargo, como afirma Rodríguez Rescia²⁶, la disyuntiva es mantener un justo equilibrio entre la triada libertad individual, interés general y derecho de las víctimas, por lo que las nuevas corrientes procesales tienden hacia un sistema acusatorio, en donde todas las partes puedan intervenir en el proceso.

Es claro que el derecho a la defensa es el mecanismo para operativizar las demás garantías propias del proceso debido, por ello, a decir de Cafferrata²⁷, el artículo 8.2 de la CADH garantiza la defensa de la persona que reclama justicia penal y la de aquella a quien se le atribuye un delito, como obligatoria para la validez de cualquier juicio, incluso considerando su prevención como un deber (subsidiario) del Estado.

3.1. Fundamento constitucional y convencional

La mayoría de las constituciones modernas consagran el derecho a la defensa como un derecho fundamental. Este derecho se encuentra estrechamente ligado a otros derechos como el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo.

En el ámbito internacional, varios instrumentos y tratados de derechos humanos han consolidado el derecho a la defensa. La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, establece importantes garantías para el derecho a la defensa, así en el artículo 11 se reconoce el derecho de toda persona acusada de un delito a ser presumida inocente hasta que se demuestre su culpabilidad en un juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Asimismo, el PDCP, contempla garantías específicas para la defensa en los procesos penales, en los términos siguientes:

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

²⁵ Mario Pablo Rodríguez Hurtado, ob. cit., 355.

²⁶ Ob. cit., 331.

²⁷ Ob. cit., 28.

- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
 - c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlos;
 - e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
 - f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
 - g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.
7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

En nuestra región, la CIDH ha desempeñado un papel crucial en la consolidación y protección del derecho a la defensa, desarrollando los principios del debido proceso. A través de sus decisiones, la Corte ha establecido importantes precedentes que fortalecen ese derecho y que apuntan “hacia un garantismo protecciónista del ciudadano frente a un poder casi ilimitado y más fuerte que él: el del Estado que realiza la función de investigar los actos que afectan la normal y armónica convivencia social”²⁸.

3.2. Garantías específicas del proceso penal

Si bien el numeral 1 del artículo 8 de la CADH enumera las garantías comunes a todo tipo de proceso, los numerales 2, 3, 4 y 5 son específicas del proceso penal y constituyen el mínimo que se debe asegurar a la persona sujeta de la persecución estatal penal:

- 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
 - c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

²⁸ Víctor Manuel Rodríguez Rescia, ob. cit., 330.

- d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Seguidamente se revisará el tratamiento de las garantías específicas del proceso penal alterando el orden de los numerales contenidos en el artículo 8.

3.2.1. Presunción de inocencia (8.2 CADH y 14.2 PDCP)

La presunción de inocencia es un principio fundamental del debido proceso que garantiza que toda persona acusada de un delito sea considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad mediante un juicio justo y conforme a las garantías legales. Este principio protege a los individuos contra condenas arbitrarias y abusos de poder, exigiendo que la carga de la prueba recaiga en la parte acusadora. Así, el imputado no tiene la obligación de probar su inocencia, pues se parte de la premisa de que es inocente hasta que se emita una sentencia firme en su contra. Adicionalmente, la presunción de inocencia está vinculada al respeto de los derechos humanos y a la dignidad de la persona, asegurando que esta no sea tratada como culpable de manera anticipada, tal como lo dispone el artículo 8 del COPP²⁹.

Según Rafael Fernández Montalvo³⁰, el derecho a la presunción de inocencia comprende:

- a. Que nadie pueda ser considerado culpable de una infracción hasta que así se declare en sentencia después de la oportuna sustanciación procesal, con la importante consecuencia de que las medidas cautelares que se adopten no puedan representar la imposición de penas anticipadas y deban responder, al menos primordialmente, al fin garantizador del resultado procesal que las justifica.

²⁹ Presunción de Inocencia. Artículo 8. Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presume inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme.

³⁰ Ob. cit., 103.

- b. Que la carga de la prueba corresponda a la parte acusadora, de manera que nadie se vea obligado a probar su inocencia, y que cualquier insuficiencia probatoria en la estimación judicial haya de suponer un pronunciamiento absolutorio.
- c. Que una sentencia condenatoria sólo pueda adoptarse si obra en el proceso una actividad probatoria válida en Derecho, que en alguna forma pueda entenderse de cargo o con sentido incriminador. La prueba ha de practicarse con las debidas garantías y, como regla general, en el juicio, para hacer posible de este modo la contradicción.

Sobre esta garantía judicial ha sostenido la CIDH en el Caso *Tibi vs. Ecuador*, sentencia de 07 de septiembre de 2004:

180. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos.

3.2.2. Non bis in idem (artículo 8.4 CADH)

Este principio, que prohíbe que una persona sea juzgada o sancionada más de una vez por los mismos hechos y bajo el mismo fundamento jurídico, protege al individuo frente a la duplicitud de procesos, garantizando la seguridad jurídica y evitando abusos del poder punitivo del Estado. El *non bis in idem* o *ne bis in idem* asegura que, una vez se haya emitido una decisión judicial firme, esta sea definitiva y vinculante en el caso concreto, lo que refuerza el debido proceso y la confianza en el sistema de justicia, al evitar procedimientos arbitrarios o repetitivos que podrían menoscabar la integridad del acusado. Su aplicación trasciende al ámbito nacional, ya que en el contexto del derecho internacional se busca prevenir que una persona sea sometida a procesos simultáneos o consecutivos por los mismos hechos en diferentes jurisdicciones³¹.

En el Caso *Loayza Tamayo v. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997, la CIDH declaró que este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos, precisando que a diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos

³¹ Así, por ejemplo, procede negar la extradición si la persona requerida ya fue juzgada por los mismos hechos.

Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la CADH utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima (párr. 66) y en el Caso *Mohamed v. Argentina*, sentencia de 23 noviembre de 2012, reiteró que el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 8.4 de la Convención, se sustenta en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada (párr. 125).

3.2.3. Derecho a un proceso público (artículo 8.5 CADH)

El derecho a un proceso público es una garantía fundamental que asegura la transparencia y legitimidad del sistema de justicia. Este principio protege al acusado y a las partes involucradas, al exigir que los procedimientos judiciales se desarrollen de manera abierta y accesible a terceros ajenos al proceso. Su objetivo principal es evitar prácticas arbitrarias o ilegales por parte de las autoridades judiciales, al someter las actuaciones procesales al escrutinio público y garantizar así el respeto al debido proceso. Además, fomenta la confianza de la sociedad en el sistema judicial, al mostrar que las decisiones se toman conforme a la ley y bajo estándares de imparcialidad. Este derecho incluye no solo la asistencia del público a las audiencias, sino también el posible acceso de los medios de comunicación, lo que fortalece el control social sobre el poder judicial.

Este derecho admite excepciones en casos donde sea necesario proteger la privacidad o seguridad de las partes o del Estado, así, el artículo 14.1 del PDCP, dispone que la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.

En el derecho interno, el COPP regula las excepciones al principio de publicidad que rige a partir de la fase de juicio en el artículo 316, el cual prevé que:

El debate será público, pero el tribunal podrá resolver que se efectúe, total o parcialmente a puertas cerradas, cuando:

1. Afecte el pudor o la vida privada de alguna de las partes o de alguna persona citada para participar en el.
2. Perturbe gravemente la seguridad del Estado o las buenas costumbres.
3. Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible.
4. Declare un menor de edad y el tribunal considere inconveniente la publicidad.
5. Cualquier otra circunstancia que a criterio del Juez o la Jueza, perturbe el normal desarrollo del juicio.

Por su parte, la CIDH se refirió al principio de publicidad en el Caso *Canal Benavides v. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000, al considerar probado que varias audiencias que se realizaron en el proceso ante el fuero común, fueron llevadas a cabo en el interior de establecimientos carcelarios (párr. 146), lo cual es suficiente para constatar que el proceso adelantado

por el fuero común contra el imputado, no reunió las condiciones de publicidad que exige el artículo 8.5 de la Convención (párr. 147).

En el *Caso Palamara Iribarne v. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, la Corte insistió en que una de las principales características que debe reunir el proceso penal durante su sustanciación es su carácter de público, pues el derecho a un proceso público se encuentra protegido por diversos instrumentos internacionales como elemento esencial de las garantías judiciales, así, la CADH en el artículo 8.5 establece que “[e]l proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia” (párr. 166). Este derecho es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público (párr. 167), por otra parte, la publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además de ser un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia, la publicidad hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros (párr. 168).

3.2.4. Derecho a la defensa

El derecho a la defensa es un principio fundamental en los sistemas de justicia penal contemporáneos. Este derecho garantiza que toda persona acusada de un delito tenga la oportunidad de hacerse oír, acceder a un abogado y contar con los medios necesarios para defenderse adecuadamente. Este derecho no solo es crucial para el acusado, sino que también fortalece la integridad y la legitimidad del sistema judicial en su conjunto. Un sistema de justicia que respeta el derecho a la defensa es uno que protege la presunción de inocencia, evita errores judiciales y asegura que las condenas se basen en pruebas sólidas y procedimientos justos.

Constitucionalmente se declara que la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso (artículo 49.1) y en nuestra legislación adjetiva penal (COPP) se contempla así:

Defensa e igualdad entre las partes. Artículo 12. La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso. Corresponde a los jueces y juezas garantizarlo sin preferencias ni desigualdades.

Los jueces y juezas, y demás funcionarios y funcionarias judiciales no podrán mantener, directa o indirectamente, ninguna clase de comunicación con alguna de las partes o sus abogados o abogadas, sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, salvo con la presencia de todas ellas.

La importancia del derecho a la defensa se refleja en varios principios fundamentales, como la igualdad de armas, el derecho a un abogado, y la oportunidad de presentar pruebas y refutar las acusaciones. Estos principios aseguran que el acusado tenga una oportunidad justa de defenderse y que el proceso penal sea equilibrado y contradictorio.

El derecho a la defensa, como una de las garantías constitucionales del proceso se extiende a la investigación penal, entendida, como el conjunto de diligencias practicadas por las autoridades competentes con objeto de lograr el esclarecimiento de unos hechos que revisten los caracteres de delito y de las circunstancias en que se produjeron, y el aseguramiento de la persona que aparezca como responsable de los mismos, del cuerpo del delito, piezas de convicción y la responsabilidad de los hechos que se persiguen³².

El ejercicio del derecho a la defensa se debe garantizar en todas las etapas del proceso y se extiende hasta la fase de ejecución penal. En efecto,

29. (...) Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención. En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.

30. Por todo ello, el artículo 8.2.b convencional rige incluso antes de que se formule una "acusación" en sentido estricto. Para que el mencionado artículo satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que la notificación ocurra previamente a que el imputado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública.

62. Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona (supra párr. 29), el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo (CIDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia de 17 de noviembre de 2009).

En el mismo sentido, en el Caso Ruano Torres y otros v. El Salvador, sentencia de 5 de octubre de 2015, ha ratificado la CIDH, que desde el inicio de las primeras diligencias de un proceso deben concurrir las máximas garantías procesales para salvaguardar el derecho del imputado a la defensa. Asimismo, deben concurrir los elementos necesarios para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos, lo cual implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio (párr. 52). Al mismo tiempo, el derecho a la defensa es un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo. El derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina

³² Víctor Moreno Catena, c.p. Rafael Fernández Montalvo, ob. cit., 89.

cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena (párr. 153).

En el caso venezolano, tal como está organizado el proceso y, específicamente, el procedimiento ordinario, queda claro que la fase del juicio es sólo una de las etapas del “proceso”, que éste está precedido por las fases preparatoria e intermedia, y que las fases impugnativa (en caso de sentencia definitiva) y de ejecución, le suceden temporalmente; ello implica que si el proceso se concibe como un todo, en cada una de sus partes debe estar presente la garantía de la contradicción. En la fase del juicio la garantía de la contradicción del proceso supone la posibilidad de que los medios de prueba en que se funde la sentencia deben haber sido controlados por la parte contra quien obran y en las demás fases del proceso constituye una garantía de las partes en el sentido de poder oponerse o controlar las actuaciones de la contraparte³³.

Sobre el derecho a la defensa de otros sujetos que intervienen en el proceso penal sostiene Jauchen³⁴, que el mismo se extiende al querellante de acción pública, quien goza de tal derecho porque es parte en el proceso y, porque como lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina, se trata del ofendido que tiene derecho a recurrir a la jurisdicción en procura de hacer valer sus derechos, de donde es sensato deducir que sería un contrasentido que el orden jurídico le otorgue al ofendido por el delito el derecho a ser parte en el proceso y el derecho a la jurisdicción pero le niegue el derecho de defenderse. Situación distinta acontece con el Ministerio Público o Ministerio Fiscal, como se le denomina en Argentina, pues este sujeto procesal, como órgano oficial, no ejercita ningún derecho ni interés subjetivo propio sino la acción penal en representación del Estado, para lo cual tiene conferidas por la ley facultades y atribuciones para el debido cumplimiento de su función específica de persecución penal. El derecho de defensa, por el contrario, está concebido como tutela de los particulares frente al poder estatal, y al mismo tiempo, como límite a dicho poder.

En definitiva, el derecho de defensa tiene manifestaciones concretas que son, entre otras, el derecho a declarar, a rendir prueba, a participar en el procedimiento y a contar con un abogado defensor que le proporcione la asistencia técnica necesaria. Al mismo tiempo, el derecho a la defensa implica otros derechos, a saber: derecho a la asistencia de un abogado, derecho a ser puesto en libertad o a ser conducido ante un juez en un plazo perentorio en los casos de detención; derecho del detenido a conocer de qué se le acusa; derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; y derecho a la confidencialidad y al secreto del abogado³⁵.

³³ Magaly Vásquez González *Derecho Procesal Penal Venezolano* (Caracas: Abediciones, 2019), 42.

³⁴ Ob. cit., 152-153.

³⁵ Ramón García Odgers, cit. p. Oscar Cruz Barney, “Derecho a la defensa y abogacía en México”, en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx>

3.2.4.1. Derecho de asistencia de un traductor o intérprete (artículo 8.2.a CADH y 14.3.f PDCP)

Edwards³⁶, diferencia ambas figuras, precisando que el intérprete es la persona que relata en el idioma nacional del tribunal que conoce la causa, el contenido de la declaración que presta el imputado que no habla dicho idioma, en tanto que el traductor es el que expresa en el idioma oficial el contenido escrito de un documento formulado en otra lengua.

Este derecho está íntimamente relacionado con el del derecho a la información sobre la asistencia consular, desarrollado por la CIDH en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, en la que decidió que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos y que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la citada Convención, permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del PDCP, precepto que establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales –como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares– que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.

A este respecto es pertinente referir el caso decidido por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (expediente 2007-16349-33-RHC de fecha 24 de septiembre de 2007)³⁷, en el que este órgano judicial revisó un caso de hábeas corpus en el que el recurrente, cuya lengua materna es el portugués, alegó no haber contado con un intérprete durante su detención y procesos judiciales. El Tribunal analizó el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete según el artículo 8 de la CADH, destacando que este derecho es esencial para el debido proceso, permitiendo al imputado entender las actuaciones procesales y comunicarse eficazmente con su abogado y el juez; no obstante, en el caso específico se determinó que el recurrente comprendía y hablaba suficientemente el español, por lo que no se consideró necesaria la designación de un intérprete.

En esta línea, en el *Caso Vélez Loor v. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010, la CIDH asentó:

152. La Corte observa que los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar de modo tal de asegurar que la persona extranjera detenida disfrute de un verdadero acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas. Para alcanzar sus objeti-

³⁶ C.p. Rodríguez Rescia, ob. cit., 344.

³⁷ Recuperado de: <https://www.derechoteca.com/jurisprudencia-constitucional-boliviana/bolivia-expediente-constitucional-2007-16349-33-rhc-fecha-ingreso-2007-07-19>

vos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.

3.2.4.2. Comunicación previa y detallada de la acusación formulada o principio de intimación y de imputación (artículo 8.2.b CADH y 14.3.a PDCP)

El acusado debe ser informado de manera clara y precisa sobre los cargos que se le imputan. La ambigüedad o la falta de información vulneran su capacidad de defensa.

El ejercicio del derecho de defensa en un proceso penal presupone que la persona sea debidamente informada del inicio del procedimiento, pues solo así podrá disponer de una efectiva posibilidad de defensa frente al delito que se le imputa. De este modo, este derecho posibilita contradecir no solo los hechos imputados, sino también la virtualidad probatoria de los medios de prueba utilizados por la autoridad, por lo que el conocimiento del material probatorio constituye una exigencia ineludible derivada del principio de igualdad de armas³⁸. En este sentido, la CIDH en el *Caso Tibi v. Ecuador*, sentencia de 07 de septiembre de 2004, declaró (párr. 187) que el artículo 8.2.b de la CADH ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración, por cuanto sin esta garantía, se vería conculado el derecho de aquél a preparar debidamente su defensa.

Tal criterio fue ratificado en el *Caso Acosta Calderón v. Ecuador*, sentencia del 24 de junio de 2005 (párr. 118), en el que la Corte declaró que la presunta víctima no tuvo conocimiento oportuno de la acusación formulada en su contra, al no estar mencionada en el auto cabeza del proceso la legislación que contenía el tipo penal aplicable en su caso, obviando el Tribunal la especificación de la ley supuestamente violada, “sino que solamente se limitó a señalar la base fáctica del arresto” (párr. 119).

En el *Caso Barreto Leiva v. Venezuela*, sentencia del 17 de noviembre de 2009, la CIDH insistió (párr. 28) en que la puntual observancia del artículo 8.2.b es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa, por lo que para satisfacer tal dispositivo convencional, el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracte-

³⁸ Salvador Herencia Carrasco, Ob. cit., 365.

rización legal que se da a esos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos.

En el Caso *J. v. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 2013, la CIDH recordó que para garantizar el derecho a la defensa es necesario que en la formulación de una acusación criminal se expongan todos los fundamentos probatorios de ésta (párr. 293) y en el Caso *Maldonado Ordoñez v. Guatemala*, sentencia de 3 de mayo de 2016, agregó que el derecho a contar con comunicación previa y detallada de la acusación en materia penal contempla que debe realizarse una descripción material de la conducta imputada que contenga los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan (párr. 80).

En cuanto a la calidad “detallada” de la notificación que exige la norma, la misma se refiere a que el contenido de la acusación debe ser completo, es decir, expresar claramente las razones y los delitos/faltas por las cuales se pretende atribuir responsabilidad al individuo. Tal principio se viola, si la comunicación que notifica los cargos, sólo hace referencia a los hechos sobre los que se sustenta la acusación, sin identificar la normativa que se imputa violada y los fundamentos probatorios en que se basa³⁹.

En definitiva, el derecho a conocer los términos de la acusación es un derecho, inherente al sistema acusatorio y de debate contradictorio, que tiene un desarrollo progresivo a lo largo de las distintas fases del procedimiento, y su observancia en el momento de la formulación definitiva de la acusación tiende a delimitar el objeto del proceso, hacer posible una defensa adecuada y fijar los límites de la sentencia⁴⁰.

3.2.4.3. Oportunidad y medios adecuados para la preparación de la defensa (artículo 8.2.c CADH y 14.3.b PDCP)

El derecho a disponer de medios adecuados para la defensa es un pilar esencial del debido proceso y una garantía fundamental para cualquier persona imputada en un procedimiento penal. Este derecho asegura que el acusado tenga acceso a las herramientas necesarias para argumentar su caso de manera efectiva, incluyendo la asistencia de un abogado de su confianza o, en su defecto, un defensor público. Además, garantiza el acceso a

³⁹ Francisco Javier Ferrer Arroyo “El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 14, N° 1 (Buenos Aires: mayo 2015), 173, recuperado de: https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N1_06.pdf

⁴⁰ Rafael Fernández Montalvo, ob. cit., 84.

pruebas, documentos y la posibilidad de solicitar investigaciones que puedan favorecer su posición frente a las acusaciones. Este derecho también se extiende a contar con traducción o interpretación si no comprende el idioma del proceso, eliminando barreras lingüísticas. Su propósito es equilibrar la relación de poder entre el acusado y las autoridades, protegiendo la igualdad de condiciones en el juicio.

En el Caso *Castillo Petrucci y otros v. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, declaró la CIDH que uno de los inculpados fue condenado en última instancia con base en una prueba nueva, que el abogado defensor no conocía ni pudo contradecir (párr. 40). Después de invocar (párr. 139) lo previsto en el numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares pertinentes para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, estableciendo que a toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial y que estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación, estimó que la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo quedaron demostradas en ese caso, por cuanto:

141. (...) los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada.

En el mismo sentido, en el Caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, consideró la Corte (párr. 156) que una de las garantías inherentes al derecho de defensa es contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, lo cual obliga al Estado a permitir el acceso del inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra.

Esta garantía convencional es un mecanismo para favorecer la eficacia de la defensa, por lo que en el proceso debe existir la posibilidad real de las partes de proponer y discutir sobre la prueba. Es necesario, según ha dicho la CIDH, que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos, lo que implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradicción. Para que ello sea un derecho eficaz, es determinante que el imputado y su defensor tengan posibilidades reales de investigar el caso y proponer pruebas, lo que supone no solo la facultad legal de tener instancias y momentos procesales específicos para hacerlo, sino la posibilidad real de realizar investigaciones para hallar esos elementos de prueba. Tanto en el caso de la abogacía privada, como en el caso de los cuerpos de abogados de la defensa pública, ello constituye aún hoy una

dificultad difícil de superar. Si bien las distintas legislaciones incluyen cláusulas de “auxilio”, a cargo del Ministerio público o los jueces, en la actualidad continúa siendo un problema de difícil solución⁴¹.

3.2.4.4. Defensa material y defensa técnica (artículos 8.2.d y 8.2.e CADH y 14.3.d PDCP)

Contemplan el artículo 8.2.d de la CADH y 14.3.d del PDCP como garantía para la persona inculpada de delito, poder defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección, ello implica el reconocimiento, por una parte, de la autodefensa o defensa material que puede ejercer el propio imputado o acusado y, por otra la defensa técnica o formal recaída en un abogado de su elección, lo que no puede interpretarse como excluyentes, pues la asistencia de abogado es un derecho irrenunciable (artículo 8.2.e CADH).

A este respecto la CIDH en la Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos) decidió:

25. Los literales d) y e) del artículo 8.2 expresan que el inculpado tiene derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que si no lo hiciere tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna. En estos términos, un inculpado puede defenderse personalmente, aunque es necesario entender que esto es válido solamente si la legislación interna se lo permite. Cuando no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección. Pero en los casos en los cuales no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna. Es así como la Convención garantiza el derecho de asistencia legal en procedimientos penales.

Si bien la CADH establece que defensa puede ser llevada a cabo personalmente por el propio imputado, la Corte señaló en el *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago* (sentencia del 21 de junio de 2002, párr. 152.b), la importancia de contar con un patrocinio jurídico a fin de poder ejercer eficientemente los recursos judiciales disponibles en el ordenamiento jurídico interno, pues el derecho a contar con un abogado, persigue la defensa de la persona contra el poder punitivo del Estado, impiadiendo que se trate al individuo como un objeto del proceso, debiéndose tratar, siempre como un verdadero sujeto del proceso (*Caso Chocrón Chocrón v. Venezuela*, sentencia del 1 de julio de 2011, párr. 121), por tanto, no basta con tener un abogado defensor, sino que también debe garantizarse que éste podrá ejercer efectivamente la defensa del imputado, pues no alcanza con su mera presencia formal durante el juicio (*Caso Chaparro Álvarez*

⁴¹ Alberto Binder, Ed Cape y Zaza Namoradze *Defensa penal efectiva en América Latina* (Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, México, Perú: ADC/ Cerjusc / Conectas / Dejusticia / IDDP / ICCPG / IJPP / INECIP, 2015), 90-91.

y *Lapo Íñiguez v. Ecuador*, sentencia del 21 de noviembre de 2007, párr. 158)⁴².

Como aspectos generales el derecho de defensa en materia penal, debe ser no sólo formal, sino también material, es decir, ejercido de hecho, plena y eficazmente, lo cual implica, además, el derecho a hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin exponerse a sanción ni censura algunas por ese ejercicio, así como la necesidad de garantizar respeto al imputado y a su defensor. Al primero, en virtud de su estado de inocencia hasta no haber sido condenado por sentencia firme; al segundo, por su condición de instrumento legal y moral al servicio de la justicia, cualquiera que sea la persona que defienda y el tipo de causa o la gravedad de los hechos que se le atribuyan⁴³.

La autodefensa designa la vía natural de ejercicio de las facultades que le confiere la garantía, mientras que la defensa técnica constituye un medio de ejercicio de las facultades de la defensa, complementario a la autodefensa⁴⁴, por tanto, la defensa técnica no es una garantía distinta o independiente sino una de las dos formas de ejercicio de las facultades que aquélla confiere a todas las partes en cualquier clase de juicio⁴⁵.

La defensa material consiste en la actividad que el imputado puede desenvolver personalmente haciéndose oír, declarando verbalmente o por escrito en descargo o aclaración de los hechos que se le atribuyen, proponiendo y examinando pruebas, y participando según el caso en los actos probatorios y conclusivos, o bien absteniéndose de realizar cualquiera de estas actividades. El correcto ejercicio de ella exige su intervención efectiva en el proceso y presupone su conocimiento de la imputación⁴⁶, por lo tanto, implica “una intervención directa y personal del imputado en el procedimiento, para ejercitar su derecho fundamental a la defensa”⁴⁷.

La figura del abogado defensor se erige como un pilar fundamental. Este profesional del derecho, con su conocimiento y experiencia, debe, como principales funciones, asesorar al imputado sobre sus derechos y opciones legales, asistirlo durante todo el proceso penal, representarlo en actos que no requieran su comparecencia, solicitar la práctica de diligencias de investigación y pruebas que contribuyan a desvirtuar su autoría o participación en los hechos que se le atribuyen y participar en las de cargo que ofrezca el acusador, elaborar la estrategia defensiva, discutir el encuadramiento jurídico de los hechos que se le imputan a su defendido y la sanción que se le pretende imponer, velar por la legalidad del proceso, denunciar posibles irregularidades y recurrir en su interés.

⁴² Francisco Javier Ferrer Arroyo, ob. cit., 174-175.

⁴³ Víctor Manuel Rodríguez Rescia, ob. cit., 342-343.

⁴⁴ Alex Carocca Pérez, ob. cit., 492.

⁴⁵ Ibid., 493.

⁴⁶ Cafferata, ob. cit., 110.

⁴⁷ Moreno Catena c.p. Aex Arocca, ob. cit., 447.

Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados aprobados el 7 de septiembre de 1990 en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, relativos específicamente a las salvaguardias en los asuntos penales, preceptúan que:

5. Los gobiernos velarán por que la autoridad competente informe inmediatamente a todas las personas acusadas de haber cometido un delito, o arrestadas, o detenidas, de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección.
6. Todas esas personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho, siempre que el interés de la justicia así lo demande, a que se les asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les presten asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios.
7. Los gobiernos garantizarán además que todas las personas arrestadas, o detenidas, con una acusación penal o no, tengan acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención.
8. A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.

El derecho a un abogado incluye varios aspectos importantes. En primer lugar, garantiza que el acusado tenga el derecho de ser representado por un abogado de su elección y a comunicarse privadamente con él. En caso de que el acusado no pueda pagar un abogado, el sistema judicial debe proporcionar asistencia legal gratuita para asegurar que el derecho a la defensa no dependa de la capacidad económica del acusado. Además, el derecho a un abogado asegura que el acusado tenga tiempo y recursos suficientes para consultar con aquél y preparar su defensa de manera adecuada.

Es abundante la jurisprudencia de la CIDH en relación con el desarrollo de la garantía de la asistencia técnica y lo que ella comporta, así en el Caso *Suárez Rosero v. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, consideró la Corte que el Ecuador violó el artículo 8.2.c, 8.2.d y 8.2.e de la CADH, al no garantizar la comunicación previa entre imputado y abogado (párr. 83), pues debido a la incomunicación del señor Suárez Rosero durante los primeros 36 días de su detención, no tuvo la posibilidad de preparar debidamente su defensa, ya que no pudo contar con el patrocinio letrado de un defensor público y, una vez que pudo obtener un abogado de su elección, no tuvo posibilidad de comunicarse en forma libre y privada con él.

En el Caso *Tibi v. Ecuador*, sentencia de 07 de septiembre de 2004, se refirió la Corte a la exigencia de intervención efectiva del defensor, al advertir que, pese a lo previsto en la Constitución ecuatoriana, el señor Daniel Tibi no tuvo acceso a un abogado durante su primer mes de detención y un día después de ésta rindió su declaración preprocesal ante el fiscal, sin contar con la asistencia de un abogado defensor (párr. 193), pues quedó demostrado que en el auto cabeza del proceso que declaró abierta la etapa de sumario, el Juez designó un abogado de oficio para el señor Daniel Tibi y los

otros sindicados, pero ese abogado no visitó a la presunta víctima ni intervino en su defensa. Si bien el señor Tibi logró comunicarse posteriormente con un abogado particular, no pudo contratar sus servicios por falta de recursos económicos, lo que hizo que durante el primer mes de detención no contara con asistencia de un abogado impidiéndole disponer de una defensa adecuada (párr. 194).

Adicionalmente, la Corte observó (párr. 195) que el señor Tibi, como detenido extranjero, no fue notificado de su derecho de comunicarse con un funcionario consular de su país con el fin de procurar la asistencia reconocida en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, señalando que el derecho individual del nacional de solicitar asistencia consular a su país “debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo”, por lo que concluyó que la inobservancia de este derecho afectó el derecho a la defensa, el cual forma parte de las garantías del debido proceso legal.

En el Caso *Castillo Petrucci y otros v. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, la CIDH estimó (párr. 141), que la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo quedaron demostradas en el caso, pues los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia, por lo que la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales, de allí que no se podía sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada.

Y en el Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, sentencia de 17 de noviembre de 2009, la Corte sostuvo que la acusación puede ser enfrentada y refutada por el inculpado a través de sus propios actos, entre ellos la declaración que rinda sobre los hechos que se le atribuyen, y por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien asesora al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas (párr. 61).

El COPP venezolano no regula de manera autónoma la figura del defensor como un sujeto procesal, lo cual se explica en que no se concibe la intervención del imputado sin la debida asistencia técnica. En tal sentido, establece en el artículo 139 que:

El imputado o imputada tiene derecho a nombrar un abogado o abogada de su confianza como defensor o defensora. Si no lo hace, el Juez o Jueza le designará un defensor público o defensora pública desde el primer acto de procedimiento o, perentoriamente, antes de prestar declaración.

Si prefiere defenderse personalmente, el Juez o Jueza lo permitirá sólo cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica.

La intervención del defensor o defensora no menoscaba el derecho del imputado o imputada a formular solicitudes y observaciones.

Lo anterior significa que desde la imputación material derivada de la realización de algún acto de procedimiento por parte del Ministerio Público o de los órganos de policía como autoridades de persecución penal, surge para el señalado el derecho a defenderse directamente y designar a un profesional del Derecho como su abogado de confianza, sancionándose con nulidad absoluta la declaración que rinda el imputado sin la presencia de su defensor⁴⁸; no obstante, la práctica forense dista mucho de lo que contempla el texto adjetivo penal, pues en los tribunales no se da curso a la designación y solicitud de juramentación de abogado que formule el imputado hasta tanto no conste la citación realizada por el Ministerio Público para el acto de imputación formal, práctica con la que se pospone sin justificación alguna, el ejercicio de los derechos que para el imputado contempla el Código en referencia.

Así, no se satisface la garantía convencional y constitucional con el nombramiento o designación de defensor pues la defensa que éste ejerza debe ser efectiva.

La defensa penal efectiva requiere que una persona sospechosa o acusada sea capaz de participar en los procesos que le conciernan, entienda lo que se le dice y que otros la entiendan, reciba información relativa al supuesto delito o la supuesta acusación, sea informada sobre las razones de las decisiones que se toman, tenga acceso a la carpeta del caso o a las pruebas, disponga de tiempo y recursos que le permitan responder a las acusaciones y prepararse para el juicio, sea capaz de presentar información y pruebas a su favor, sea tratada de tal forma que no se le ponga en situación de desventaja y pueda apelar las decisiones relevantes que se tomen en contra de sus intereses⁴⁹.

En el Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007, la CIDH se refirió a esta exigencia advirtiendo que la actitud de la defensora pública asignada al señor Lapo fue claramente incompatible con la obligación estatal de proporcionar una defensa adecuada a quien no pudiera defenderse por sí mismo ni nombrar defensor particular. En especial, la Corte resaltó que la asistencia letrada suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas, por lo que consideró que el Ecuador violó en perjuicio del señor Lapo el derecho de contar con un defensor proporcionado por el Estado consagrado en el artículo 8.2.e) de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma (párr. 159).

En el Caso *Ruano Torres y Otros v. El Salvador*, sentencia de 5 de octubre de 2015 en el que se alegó la deficiente actuación de la defensoría pública, esto es, que la defensa técnica provista por el Estado no habría actuado de forma eficiente, la Corte decidió que el derecho a la defensa se proyecta en dos facetas dentro del proceso penal: por un lado, a través de los propios actos del inculpado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una

⁴⁸ Último aparte, artículo 132 COPP.

⁴⁹ Alberto Binder, Ed Cape y Zaza Namoradze, ob. cit., 9.

declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas (párr. 153).

Continuó señalando la Corte en ese mismo fallo, que si bien el artículo 8.2 contempla diferentes alternativas para el diseño de los mecanismos que garanticen el derecho, cuando la persona que requiera asistencia jurídica no tenga recursos ésta deberá necesariamente ser provista por el Estado en forma gratuita, pero en casos que se refieren a la materia penal en la cual se consagra que la defensa técnica es irrenunciable, debido a la entidad de los derechos involucrados y a la pretensión de asegurar tanto la igualdad de armas como el respeto irrestricto a la presunción de inocencia, la exigencia de contar con un abogado que ejerza la defensa técnica para afrontar adecuadamente el proceso implica que la defensa que proporcione el Estado no se limite únicamente a aquellos casos de falta de recursos (párr. 155), de allí que la Corte haya considerado (párr. 157), que nombrar a un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados y se quebrante la relación de confianza. A tal fin, es necesario que la institución de la defensa pública, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de todo imputado de delito de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio, por tanto, la Corte ha reconocido que para cumplir con este cometido el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas, entre ellas, contar con defensores idóneos y capacitados que puedan actuar con autonomía funcional.

En la aludida sentencia hizo suyo la Corte el criterio explanado por el perito Binder (párr.158), quien sostuvo que el derecho de defensa comprende un carácter de defensa eficaz, oportuna, realizada por gente capacitada, que permita fortalecer la defensa del interés concreto del imputado y no como un simple medio para cumplir formalmente con la legitimidad del proceso, resaltando que:

La relación de confianza debe ser resguardada en todo lo posible dentro de los sistemas de defensa pública [por lo que d]eben existir mecanismos ágiles para que el imputado pueda pedir que se evalúe el nivel de su defensa y [n]ingún defensor público puede subordinar los intereses de su defendido a otros intereses sociales o institucionales o a la preservación de la “justicia”.

Por lo que cualquier forma de defensa aparente resultaría violatoria de la CADH, y concluyó precisando la CIDH en el referido *Caso Ruano Torres y Otros v. El Salvador* (párr. 166), que una discrepancia no sustancial con la estrategia de defensa o con el resultado de un proceso no será suficiente para generar implicaciones en cuanto al derecho a la defensa, sino que deberá comprobarse una negligencia inexcusable o una falla manifiesta. En casos resueltos en distintos países, los tribunales nacionales han identifica-

do una serie de supuestos no exhaustivos que son indicativos de una vulneración del derecho a la defensa y, en razón de su entidad, han dado lugar como consecuencia la anulación de los respectivos procesos o la revocación de sentencias proferidas: i) No desplegar una mínima actividad probatoria, ii) Inactividad argumentativa a favor de los intereses del imputado, iii) Carencia de conocimiento técnico jurídico del proceso penal, iv) Falta de interposición de recursos en detrimento de los derechos del imputado, v) Indebida fundamentación de los recursos interpuestos, vi) Abandono de la defensa.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Caso *Gallardo*⁵⁰ ha sostenido que:

Si bien no es obligación de la asistencia técnica del imputado fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan, a su entender, mínimamente viables, ello no lo releva de realizar un estudio serio de las cuestiones eventualmente aptas para ser canalizadas por las vías procesales pertinentes, máxime porque se trata de una obligación que la sociedad puso a su cargo.

Es claro que entre las garantías que conforman el derecho a la defensa que gozan los ciudadanos, el enfoque principalmente es la prerrogativa de contar con un abogado de libre elección para la defensa de los intereses y derechos, en el caso de que la persona acusada tenga los recursos para pagarlo y de un defensor público cuando carezca de dicha posibilidad, pero recalando siempre que cualquiera que sea la defensa –particular o pública– ésta debe de ser eficaz⁵¹, situación esta que no tiene lugar en Venezuela en casos con alguna relevancia política. En efecto, tal como se refleja en el Informe de la *misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela* de fecha 19 de septiembre de 2024 (párr. 68), la referida misión observó la práctica de negar a las personas detenidas el derecho a la libre elección de abogado, imponiéndoles la defensa pública. Entre las decenas de casos investigados, la misión solo identificó diez casos en los que los detenidos pudieron designar abogados privados. Numerosas fuentes coincidieron en señalar que las defensoras y los defensores públicos se inhibieron de prestar una asistencia legal adecuada y diligente por temor a represalias o por directivas políticas expresas al interior de la Defensa Pública.

El aseguramiento de la efectividad de la defensa exige de parte del tribunal una actitud comprometida que avance sobre los obstáculos que afectan a la plenitud de la debida asistencia técnica; la actuación del tribunal en este sentido no debe ser percibida como atentatoria de su imparcialidad, sino como una reafirmación de ella, pues de no verificarse implicaría una complicidad con un desequilibrio del proceso favorable a la acusación. Ello sólo significa que el tribunal debe velar por que se asegure la defensa efectiva, no por asegurarla por sí, supliendo al órgano de la defensa⁵².

⁵⁰ C.p. Jauchen, ob. cit., 160-161.

⁵¹ María Rodríguez Camacho, ob. cit., 36.

⁵² Avel Fleming y Pablo López Viñals, *Garantías del Imputado* (Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2007), 306.

3.2.4.5. Acceso a las pruebas de cargo y posibilidad de combatirlas (artículo 8.2.f CADH)

El principio de igualdad de armas es esencial para garantizar un juicio justo, por lo que debe asegurarse que el acusado no se encuentre en una posición de desventaja frente a la acusación y que pueda defenderse de manera efectiva.

La igualdad de armas implica que el acusado debe tener acceso a la misma información y evidencia que la acusación, y que debe contar con los recursos necesarios para preparar su defensa. Además, este principio asegura que el acusado tenga la oportunidad de presentar pruebas y testigos en su favor que desvirtúen la acusación o que atenúen su responsabilidad, y que pueda interrogar a los testigos de la acusación en igualdad de condiciones.

En relación con este derecho la CIDH en el *Caso Lori Berenson Mejía v. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004 señaló, como lo ha hecho la Corte Europea, que el inculpado tiene derecho a examinar a los testigos que declaran en su contra y a su favor, en las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa (párr. 184), por lo que la imposición de restricciones a éste y al abogado defensor, vulnera ese derecho, reconocido por la Convención, así como el de hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (párr. 185).

En el *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*, sentencia de 29 de mayo de 2014, la Corte ratificó el pronunciamiento contenido en decisiones precedentes acerca de violaciones del derecho de la defensa en casos ventilados ante la jurisdicción penal militar que imponían una absoluta restricción para contrainterrogar testigos de cargo, otros en los que había no sólo “testigos sin rostro” sino también “jueces sin rostro”, y otro relativo a un juicio político celebrado ante el Congreso en el cual a los magistrados inculpados no se les permitió contrainterrogar a los testigos en cuyos testimonios se basó su destitución (párr. 241). Reiteró la Corte que el literal f) del artículo 8.2 de la Convención consagra la “garantía mínima” del “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”, la cual materializa los principios de contradictorio e igualdad procesal, recordando que ha señalado que entre las garantías reconocidas a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. La reserva de identidad del testigo limita el ejercicio de este derecho puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada (párr. 242).

3.2.4.6. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (artículo 8.2.g CADH)

El derecho a no declarar contra sí mismo, también conocido como el principio de *non self-incrimination*, protege al acusado de ser obligado a proporcionar información que pueda incriminarlo en el curso de un proceso penal, salvaguardando así su integridad y dignidad. Su reconocimiento asegura que el proceso judicial no se base en prácticas coercitivas o en confesiones forzadas, preservando el principio de presunción de inocencia. Esta protección, que se traduce en la posibilidad del acusado de guardar silencio sin que ello implique una presunción de culpabilidad ratifica que la declaración del imputado es un medio de defensa, quedando superada la consideración, propia del sistema inquisitivo, de tal acto como un medio de prueba.

En Venezuela, este derecho está contenido en el numeral 5 del artículo 49 Constitucional extendiéndose incluso a los parientes cercanos del imputado.

En la jurisprudencia de la CIDH se identifican varios casos en los que se ha desarrollado el alcance de este derecho, entre ellos:

Caso *Cantoral Benavides v. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000, en la que se estableció que el procesado fue sometido a torturas para doblegar su resistencia psíquica y obligarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas (párr. 132).

En el Caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, la Corte observó que la regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante la tortura o tratos crueles e inhumanos reconocida por diversos tratados y órganos internacionales de protección de derechos humanos, ostenta un carácter absoluto e inderogable (párr. 165), por lo que la anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de una violación a las garantías judiciales, recalándose que la regla de exclusión no se aplica sólo a casos en los cuales se haya cometido tortura o tratos crueles (párr. 166). Adicionalmente señaló la Corte que las declaraciones obtenidas mediante coacción no suelen ser veraces, ya que la persona intenta aseverar lo necesario para lograr que los tratos crueles o la tortura cesen, por lo que constituye una infracción a un juicio justo, la aceptación u otorgamiento de valor probatorio por parte del Tribunal, de declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona o a un tercero, y que el carácter absoluto de la regla de exclusión se ve reflejado en la prohibición de otorgarle valor probatorio no sólo a la prueba obtenida directamente mediante coacción, sino también a la evidencia que se desprende de dicha acción (párr. 167).

Y en el Caso *Ruano Torres y otros v. El Salvador*, sentencia de 5 de octubre de 2015, la CIDH reiteró que la Convención Americana rodea de garantías específicas el ejercicio tanto del derecho de defensa material, por ejemplo, a través del derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (ar-

título 8.2.g) o las condiciones bajo las cuales una confesión pudiera ser válida (artículo 8.3), como de la defensa técnica (párr. 153).

3.2.4.7. Derecho a recurrir

El derecho del imputado a recurrir constituye una garantía procesal fundamental que asegura el acceso a una revisión judicial de las decisiones emitidas en su contra. Este derecho permite que cualquier persona sometida a un proceso penal pueda impugnar una resolución que considere injusta o irregular, fomentando así la corrección de errores judiciales y el respeto al debido proceso. El derecho a recurrir promueve la equidad y transparencia del sistema judicial, al otorgar al imputado la oportunidad de que un tribunal superior examine la validez de los actos procesales previos. Este recurso también fortalece la confianza pública en el sistema de justicia, al garantizar que las decisiones no sean definitivas hasta haberse sometido a un escrutinio adicional. En contextos donde predomina la desigualdad o la falta de independencia judicial, el derecho a recurrir es una herramienta esencial para proteger los derechos fundamentales del acusado y prevenir arbitrariedades.

En el Caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, la CIDH asentó que el derecho de recurrir del fallo consagrado por la Convención, es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada, con lo que se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona (párr. 158). Por otra parte, este derecho no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al imculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso, pues para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto, subrayando que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia (párr. 159).

En definitiva, del desarrollo de las garantías precedentemente referidas, queda claro que el derecho a la defensa debe proteger al acusado desde el momento en que se presume su autoría o participación en la comisión de un hecho punible, hasta la resolución final del conflicto penal. Este derecho lo acompaña durante la investigación preliminar llevada a cabo por la policía y dirigida por el Ministerio Público, hasta la fase de ejecución penal, lo cual explica que el COPP venezolano haya contemplado como primer artículo del Libro Quinto, referido a la ejecución penal, la norma (470) intitulada defensa, con el siguiente contenido:

El condenado o condenada podrá ejercer, durante la ejecución de la pena, todos los derechos y las facultades que las leyes penales, penitenciarias y reglamentos le otorgan.

En el ejercicio de tales derechos el penado o penada podrá solicitar por ante el tribunal de ejecución la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cualquier fórmula alternativa de cumplimiento de la pena y la redención de la pena por el trabajo y el estudio, conforme a lo establecido en este Código y en leyes especiales que no se opongan al mismo.

Conclusiones

En el entramado del sistema jurídico, el derecho a la defensa emerge como una garantía inalienable, un escudo protector que resguarda a todo individuo frente al poder punitivo del Estado. Se trata de la facultad esencial que permite a cualquier persona, inmersa en un proceso legal, disponer del tiempo y los recursos necesarios para presentar su versión de los hechos, establecer estrategias y para contrarrestar los señalamientos o acusaciones que se le formulan.

En el ámbito penal, el derecho a la defensa operativiza las garantías derivadas del debido proceso que limitan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Su alcance es amplio e incluye varios aspectos esenciales. En primer lugar, abarca el derecho del acusado a ser informado de las acusaciones en su contra de manera clara y detallada, lo que le permite comprender la naturaleza y el motivo de las acusaciones, y preparar una defensa adecuada. En segundo lugar, incluye el derecho a acceder a pruebas y evidencias, lo que asegura que el acusado pueda evaluar y refutar las pruebas presentadas por la acusación. Además, el derecho a la defensa garantiza que el acusado tenga la oportunidad de presentar pruebas y testigos en su favor, así como el derecho a interrogar a los testigos de la acusación.

Otro aspecto importante es que el derecho a la defensa contribuye a la transparencia y la legitimidad del sistema judicial. Cuando los procesos son regulares, transparentes y se respetan los derechos de los acusados, la confianza de los ciudadanos en el sistema de justicia se fortalece. Esto es especialmente relevante en sociedades como la venezolana donde la desconfianza hacia las instituciones es alta, ya que un sistema judicial percibido como justo puede ser un factor clave para la estabilidad y mantenimiento de la democracia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desempeñado un importante papel en la protección del derecho a la defensa en América Latina. A través de sus decisiones, la Corte ha establecido importantes precedentes que fortalecen este derecho y propician su efectiva garantía en los países de la región.

A pesar de la importancia del derecho a la defensa, la situación en Venezuela presenta desafíos significativos. Existen casos documentados en los que los imputados o acusados no pueden ejercer el derecho a una defensa adecuada debido a la influencia de factores externos, como la presión política o la falta de independencia de los jueces y de la defensa pública.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ. El derecho a la defensa en el proceso penal

Esto crea un ambiente en el que el derecho a la defensa se convierte en un mero formalismo, en lugar de una garantía efectiva.

El derecho a la defensa no solo es un pilar fundamental del debido proceso, sino que lo materializa en la práctica. Juntos, ambos derechos garantizan que el procedimiento penal respete la dignidad y los derechos humanos protegiendo a los ciudadanos contra abusos y arbitrariedades.

TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA Y CONSTITUCIÓN. DERECHOS CIUDADANOS Y REINSTITUCIONALIZACIÓN

Argenis S. Urdaneta G.*

Introducción

Este trabajo contiene una reflexión sobre la perspectiva de transición a la democracia, consecuencia del agotamiento del régimen autoritario; lo que sirve de marco para revisar la situación de los derechos ciudadanos en la actualidad, y contribuir a definir parámetros para su tratamiento.

Atendiendo a la reinstitucionalización a realizarse en el proceso de transición planteado, se hace una revisión de esos derechos y la Constitución.

Se parte de un análisis inter y transdisciplinario que reúne elementos jurídicos, políticos y sociológicos, en una perspectiva abierta a lo internacional o global.

Unas necesarias consideraciones preliminares anteceden al contenido fundamental que consta de tres partes. Ellas son: i) Democracia y Constitución en Venezuela; referida a la experiencia de la segunda mitad del siglo XX y su culminación luego de una crisis mal atendida que condujo a otra Constitución. ii) Experiencia del siglo XXI, que es una revisión del tránsito hacia el régimen autoritario, con especial atención a la ciudadanía y los DDHH y al deterioro del Estado de derecho. iii) Perspectivas de cambio y transición; en la que se observa la necesidad de reconstrucción o restablecimiento en diversas áreas, con atención a la situación de los derechos ciudadanos en ese proceso y la incidencia externa que pudiera haber en ello.

1. Preliminares

1.1. Estado de derecho

La pluralidad de valores, creencias, estilos de vida y opiniones caracteriza a la sociedad, y ese contexto diverso debe ser respaldado por un sistema

* Abogado, Magíster en Ciencia Política, Doctor en Ciencia Política. Profesor Jubilado de la Universidad de Carabobo. Profesor invitado en área de Postgrado en otras Universidades. Presidente Honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional. Publicaciones: libros y revistas arbitradas e indizadas.

ma legal. Mientras que el Estado debe ser concebido como servidor del ciudadano, por lo que su intervención debe ser limitada, previsible y calculable, en ello la ley cumple un papel muy importante como base para la crítica y el control ciudadano de la acción estatal.

El reconocimiento mutuo de ciudadanos permite la expansión de derechos y capacidades, generando espacios de participación política. De esa manera, el ejercicio de ciudadanía conduce a una necesaria inscripción de derechos en el sistema legal, siendo que su efectiva protección requiere el establecimiento del Estado de derecho; lo que servirá de cauce normativo para lo que sea producido por la presión social y política, organizada en ejercicio del derecho de asociación y con el desarrollo de los respectivos acuerdos.

Tanto en lo jurídico como en lo político, la evolución histórica del Estado nos indica que en un comienzo surgió el Estado Policía, que era expresión de paternalismo estatal y funcionaba sin limitación, siendo la dominación la base del ejercicio del poder político. Más adelante, se pasa al Estado de Legalidad, basado en la superioridad de la ley, siendo que los actos del Poder Público eran impugnables de conformidad con la normativa. Y posteriormente surge el Estado de Derecho, fundado en la preferencia del gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres, con la primacía del derecho sobre la política; y se crea un marco para la actividad política, siendo que los cambios o modificaciones se realizan conforme a la normativa y a principios jurídicos existentes. Lo que también implica respeto y obediencia a principios constitucionales, declaraciones de derechos, garantías individuales.

El Estado de derecho se sostiene en los siguientes principios: i) Reserva de la ley (publicidad y participación); ii) Prioridad jurídica y política del poder legislativo (primacía de la ley sobre los demás actos del Estado); iii) Supremacía de la ley como expresión de la voluntad general (aprobada por el pueblo y no por persona, grupo o partido alguno); iv) Independencia de los jueces (en el marco de la separación y equilibrio de poderes); v) Reconocimiento de derechos individuales.

En su evolución histórica, sin que haya habido una estricta sustitución, el Estado de derecho ha sufrido modificaciones. Así, el surgimiento del Estado democrático de derecho no implica una contradicción con el Estado liberal, ambos conceptos se complementan al darse contenido democrático a principios liberales, especialmente con la ampliación de derechos participativos y el alcance del pluralismo. Mientras que el Estado constitucional de derecho no significa la adhesión ideológica al contenido de la Constitución, sino la subordinación de la Ley a la Constitución, el control jurisdiccional de la constitucionalidad y el funcionamiento del Poder Público conforme a la Constitución. Y finalmente ha surgido el Estado social de derecho, cuya novedad es la intervención estatal para corregir desigualdades en la sociedad y la economía, y satisfacer demandas; por lo que el Estado es concebido como gestor y suministrador de servicios públicos diversos. Y también significa: i) reforzamiento de facultades normativas del Ejecutivo, ii) Legislativo y

Ejecutivo tienen obligaciones de hacer, en cuanto a satisfacción de derechos sociales y económicos, iii) la cláusula social afecta los fines del Estado y no su estructura.

Hoy se le denomina Estado democrático y social de derecho, y también Estado democrático, constitucional y social de derecho.

El concepto de Estado de derecho también está vinculado al de soberanía popular. Por lo que se ha apreciado una cierta conjunción dialéctica “en una democracia del Estado de derecho (...) y un Estado de derecho democrático” (Pérez Luño 1995, 205). Asimismo, hay que advertir sobre el riesgo de un “peligroso equivoco de considerar Estado de derecho a cualquier Estado que de hecho establece y funciona a través de unos cauces jurídicos” (Pérez Luño 1995, 239).

Con un Estado de derecho eficiente se puede lograr la solidez de la democracia y la estabilización de los régímenes democráticos. Ello implica la protección efectiva de los derechos ciudadanos y humanos, y “un desarrollo económico duradero y socialmente equilibrado” (Horst Schönbohm 1994, 5).

1.2. Ciudadanía y República

Ciudadanía y República son conceptos históricamente vinculados, los que a su vez, se relacionan con institucionalidad política, gestión de lo público, responsabilidad en el desempeño de la política; también con la moralidad pública y las virtudes.

Los orígenes del concepto de ciudadanía los tenemos en la antigua Roma y en la Grecia clásica, en la primera vinculada a la *civitas* y en la segunda a la *polis*. Por restricciones propias de la antigüedad, en ellas se daba una participación limitada.

El sentido moderno del concepto se vincula a los derechos civiles, políticos y sociales, y se considera la libertad y la igualdad como partes de una misma realidad (Gorka Moreno Márquez 2007).

En la actualidad se habla de la crisis de la ciudadanía y del Estado de bienestar, así como de la crisis y debilitamiento de libertad e igualdad; y la respuesta a esa crisis tendría que “pasar por el reforzamiento de la fraternidad, (...) la responsabilidad social y (...) la solidaridad” (Moreno Márquez 2007). Y en ese sentido, Touraine (1998, 243-248) asume un concepto integrador de democracia que combina las exigencias complementarias de libertad e igualdad, que da al pluralismo una gran importancia, teniendo tanta significación el respeto a la minoría como el gobierno de la mayoría; siendo que el sentido de la libertad está en reconocer la pluralidad de intereses, y la igualdad va “más allá de las realidades sociales, siempre marcadas por la desigualdad”, mientras que la fraternidad (solidaridad) “es la expresión concreta de la ciudadanía”.

La ciudadanía y los derechos a ella asociados son una conquista histórica, y son afectados por transformaciones que sufren las sociedades en el

tiempo, incidiendo en su desarrollo, produciendo avances y retrocesos, consolidaciones y crisis. De tal manera que las condiciones de la sociedad actual obligan a la adaptación o reconstrucción de ciudadanía y derechos, para dotarlos de sentido y significación conforme a las nuevas realidades. Siendo que en el ámbito de la legalidad, se requiere la ampliación de los sujetos de ciudadanía y de los derechos a ella asociados. Mientras que en el ámbito de la política se requeriría la recuperación del espacio político y superar el concepto de ciudadano como mero sujeto de derechos y deberes, lo que también implica la redefinición de la esfera pública y la promoción de nuevos modelos de participación en el marco de las nuevas tecnologías, con el debido cuidado ante el mal uso o abuso de esos medios.

Además, las condiciones actuales conducen al surgimiento de un nuevo concepto de ciudadanía asociado a la globalidad; siendo que su definición tiende a variar conforme a nuevos escenarios y prácticas sociales en constante transformación, desarrolladas tanto en el ámbito local como en el global (la aldea global).

1.3. Institucionalidad y Constitución

En el tratamiento del tema institucional hacemos referencia preferente a las instituciones normativas, ello colide con una clasificación teórica que distingue instituciones reglas e instituciones organismos, e implica trascender algunas consideraciones de técnica jurídica relacionadas con el uso tradicional del vocablo, refiriéndose indistintamente a las normas que rigen en un contexto determinado y a las organizaciones que actúan en esos contextos.

De allí la relevancia de aclarar que partiendo de la concepción de Douglas North (2001), entendemos que las instituciones son las reglas de juego, y que los actores juegan según esas reglas. Y ello también obliga a tener en cuenta conocimientos derivados de la teoría de juegos y de la teoría de sistemas aplicados a los estudios sociales y políticos.

En términos generales, se considera que el funcionamiento de la sociedad y del Estado es manejado mediante las reglas de juego, y su ausencia es conocida como anomia. Ello derivaría en una sociedad anómica, la que resultaría ser una sociedad infuncional y hasta inviable, aunque en ocasiones puedan presentarse situaciones de anomía de efectos parciales. Y con relación al Estado de derecho, este derivaría en Estado de hecho o un Estado anómico, como lo considera Peter Waldmann (2003).

A los fines del tema aquí tratado, es importante recordar que la perdurable es característica fundamental de las instituciones, lo que está fundado en la capacidad de adaptarse a los cambios, a las nuevas situaciones, a las nuevas realidades. De manera que, ante situaciones diversas, el marco normativo deberá transformarse para que haya eficacia en la regulación, lo que se produciría no sólo con cambios o sustituciones en las reglas formales, sino también con nuevas interpretaciones en la aplicación de las mismas. Pero, hay que advertir que eso está reñido con el exceso normativo o

creación ilimitada de normas, expresada tanto en cantidad de reglas como de materias reguladas (situaciones, objetos, temas), lo que se traduce en limitación fáctica a la actuación ciudadana.

También es importante señalar que en los ámbitos social y jurídico existen las reglas formales o escritas y las no formales o no escritas, siendo que ambas afectan tanto el comportamiento de los particulares como la actuación de los entes públicos.

La complejidad del sistema normativo incluye la existencia de reglas generales y particulares, siendo que la Constitución es la norma más general y es el marco regulatorio de todo el sistema normativo. Su contenido enmarca y orienta la funcionalidad de las reglas de juego en lo social y lo político; siendo que la Constitución puede ser asumida como el “estatuto organizador de los poderes públicos y los derechos fundamentales” (Pablo Lucas Verdú 1986, 389).

1.4. Democracia

Según David Held (2001, 20) las dificultades para la elaboración del concepto de democracia, se derivan de su historia confusa, pues sigue siendo “en gran medida una historia activa y (...) las cuestiones [relacionadas con democracia] son muy complejas”. De allí la necesidad de vincular el tema al liberalismo, republicanismo, derechos humanos, pluralismo. Y Danilo Zolo (1994, 141) destaca que la evolución de las sociedades democráticas pasa de la afirmación revolucionaria del derecho a sufragio universal a la protección constitucional de los derechos sociales, a lo que se agrega las amenazas derivadas de la crisis del Estado de bienestar y la involución a la democracia autoritaria y tecnocrática.

Además, tenemos el fenómeno de la “espectacularización” creciente de la política, actitud y orientación que conducen a formas virtuales, digitales y televisivas de legitimación y de liderazgos, incidiendo en nuevas formas de despotismo político, más refinadas y complejas, que dependen más de la persuasión que de la represión y el adoctrinamiento; siendo más preocupante que “la capacidad persuasiva de los medios masivos tiene mucha más efectividad en los países de democracia pluralista (y de economía de mercado) que en los totalitarios” (Zolo 1994, 211-213).

Pero, la crisis de la democracia está en sus cimientos, es inmanente a su existencia, su progreso suele ir acompañado de dificultades para la propia democracia. De tal manera que la necesidad de neutralizar el poder trastoca en sospecha estructural de arbitrariedad, y los fundamentos jurídicos se enfrentan a los históricos y políticos, y como suprema paradoja “se vuelve antipolítica” (Gauchet 2008, 13-54). Esto pareciera tender a agravarse en el corto plazo, aunque podría pensarse en la posible superación de la presente crisis de crecimiento, en el largo plazo, de allí las expectativas de mejoría de la democracia para próximas décadas (Gauchet 2008, 62).

Esa amenaza implícita de la crisis democrática requiere ser atendida de manera previsiva, reduciendo la incertidumbre y manejando la conflictividad,

en lo que la institucionalidad juega un papel importante (Adam Przeworski 1999). Y ello está vinculado a la necesidad de conseguir oportunidades en las amenazas, y entender que las situaciones críticas representan oportunidades. Es en ese marco de reflexión que se inscribe lo planteado en este trabajo.

2. Democracia y Constitución en la Venezuela del siglo XX

En este punto, hacemos una referencia específica a la experiencia democrática iniciada en 1958 y su derivación en la experiencia política que hemos tenido en lo que va de siglo XXI. Con dos Constituciones (1961 y 1999). En esa revisión o exploración tenemos en cuenta tanto la normativa fundamental como la experiencia política.

2.1. Constitución democrática

La Constitución de 1961 tiene una significativa relevancia histórica en tanto que es la de mayor duración de las veintiséis Constituciones. Desde enero de ese año hasta diciembre de 1999.

Asimismo, tiene la relevancia histórico-política de haber sido el marco normativo general y la base de institucionalidad de la experiencia democrática de la segunda mitad del siglo XX.

La aprobación de esta Constitución no se dio en el marco de la convocatoria a una Asamblea constituyente. Fue el Congreso elegido en 1958 que asumió el rol del poder constituyente, en un ambiente de entendimiento y acuerdos que permitió el tránsito de la caída del régimen autoritario hacia el establecimiento de un régimen democrático.

Fue la visión crítica sobre los errores de los años 40 lo que condujo a un comportamiento político más equilibrado. Ello implicó pasar de la imposición de la mayoría expresada en el llamado trienio al acuerdo de factores diversos en torno a intereses comunes o compartidos.

De manera que el debate y aprobación de la Constitución se dio en el marco de un pacto constituyente, lo que se reflejó en la integración de la Comisión de Reforma Constitucional sin pretensión hegemónica del partido mayoritario. Es un acuerdo diferente al denominado Pacto de Puntofijo, pacto de gobernabilidad en el cual hubo la exclusión del Partido Comunista por razones estratégicas relacionadas con la bipolaridad internacional de ese momento. La Constitución fue aprobada por parlamentarios de todo el espectro político. Ese acuerdo implicó trabajar en torno a un interés común: el establecimiento de la institucionalidad básica de un régimen democrático y, por tanto, de la coexistencia de adversarios políticos.

El carácter democrático de esta Constitución es claramente definido en su Preámbulo, en el cual se señala como propósito "sustentar el orden democrático como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la

dignidad de los ciudadanos, y favorecer pacíficamente su extensión a todos los pueblos de la tierra"; lo que se expresa en su contenido normativo, especialmente en los artículos 110 al 116, referidos a los derechos políticos.

2.1.1. Experiencia de cuatro décadas

Con esa base normativa se fue construyendo un sistema y un régimen democrático que subsistió hasta el final del siglo XX (cuatro décadas); de allí que haya habido la tendencia a identificarlo como los cuarenta años.

La orientación política amplia y equilibrada incidió en los necesarios acuerdos político-institucionales, de los que podemos destacar tres fundamentales. El primero es el Pacto de Puntofijo, cuyo objetivo fue crear las necesarias condiciones de gobernabilidad en la fase inicial de la experiencia democrática; lo que se tradujo en el cogobierno de tres partidos fundamentales. Su desarrollo se dio en un corto tiempo, pues se produjo la salida de URD, por diferencias en la política internacional. Pero no se extinguie el ánimo de los acuerdos.

En segundo lugar, el entendimiento que permitió el debate y la aprobación de la Constitución en 1961, firmada por todos los factores políticos.

Y cuando por primera vez se produce un cambio de gobierno con la alternancia de un partido a otro, surge un nuevo convenio, conocido como Pacto Institucional (A. Urdaneta 2012, 26); con el cual se definen los acuerdos relacionados con la elección de la Directiva del Congreso (Senado: partido de gobierno; Diputados: oposición), y la designación de cargos importantes (Corte Suprema de Justicia, Fiscal General, Contralor General y Consejo Supremo Electoral). Pacto que, no obstante no haber sido firmado, fue asumido hasta el final de la experiencia democrática, incluida la elección de la Directiva del Congreso en 1999.

Si bien, en su inicio, ese pacto implicó la participación de los dos partidos principales, fue ampliado en los 80 y 90, con motivo de una nueva correlación en la integración del parlamento. Esa ampliación permitió que la última Corte Suprema de Justicia fuera la mejor integrada, en este caso hubo la combinación de amplitud con calidad.

Esa institucionalidad sirvió de marco para una dinámica democrática con un Estado que, por la renta petrolera y el paternalismo estatal derivado de ella, desarrolló una forma de capitalismo de Estado, lo que incidió en la relación Estado–sociedad y la forma de atender a la satisfacción de las demandas de la sociedad, al punto de producir beneficios sociales, por medio "del gasto público y (...) la generalización de subsidios" (Kornblith 2002, 171).

De esa manera se respondió al reto de toda democracia de generar las reglas de juego para manejar adecuadamente las diferencias (Kornblith 2002, 147-148). Y ello tiene su soporte subjetivo o anímico en un "compromiso solidario de sostener las instituciones por encima de las diferencias partidistas, las defensas de las libertades y de los derechos humanos y el

compromiso social, inseparable del derecho y el deber de gobernar" (R. Caldera 2008, 127-129).

En esas condiciones se desarrolló la evolución del sistema, el que con sus debilidades y fortalezas, creció en la necesidad de alcanzar una mayor y mejor democracia, demanda que derivó en expresión de crisis.

2.1.2. Crisis en su evolución

Tal como lo hemos señalado antes, la democracia lleva en sus cimientos la posibilidad de caer en situación de crisis, es algo inmanente a su existencia; por lo que en su evolución, aun cuando se trate de situación de progreso, se presentan dificultades para su propio desarrollo. Y en el caso venezolano, fue en la segunda mitad de esa experiencia que se presentó un conjunto de situaciones que derivaron en una crisis de crecimiento.

Es en las elecciones de 1968 que se produce la alternancia de partido, siendo que para garantizar la funcionalidad y subsistencia del sistema se adoptan medidas y acuerdos entre los principales actores políticos inaugurándose una relación de bipolaridad entre los dos principales partidos, manteniendo la presencia de otros partidos, incluso con posibilidades de cierto crecimiento, lo que se traducía en condiciones de estabilidad. Al mismo tiempo, se mejoraba la situación de las relaciones Estado–sociedad, con expectativas de participación ciudadana, aunque en el marco del capitalismo rentístico y el paternalismo estatal.

De tal manera que crecían las expectativas por una mejor democracia, surgiendo la necesidad de estudiar las posibilidades de modificaciones institucionales que permitieran conducir el crecimiento del sistema en condiciones de gobernabilidad. Lo que, en este contexto, implicaba discutir sobre las reglas de juego de un nuevo modelo (M. Kornblith 2002, 148).

No obstante, hubo rigidez en el sistema e incapacidad de adaptación, determinadas por una actitud conservadora fundada en la fortaleza de lo creado, concebido como modelo, reflejando lo que Naim y Piñango (1986, 551) denominaron la "ilusión del edificio". Esto va acompañado de la derivación de la experiencia consensual en un deficiente manejo del conflicto de manera positiva, justa, ordenada y cívica. Así se asumió como suficiente la tutela de la dirección política, con un ánimo que fue descrito como "ilusión de armonía" (Naim y Piñango 1986, 559-560).

El consenso, asumido como forma de evitar conflictos perdió la fuerza y eficacia de la que gozaba como regla de juego no escrita. Esa norma informal y emblema del sistema fue afectada con tal magnitud por la crisis que derivó en defecto e insuficiencia sistémica.

Esto generó en algunos actores la expectativa de la construcción de un "edificio" con la Constituyente como arquitecto, la que fue asumida más tarde por factores antipolíticos y no democráticos (A. Urdaneta 2012, 41-42). De manera que las críticas a las reglas de juego que sirvieron de soporte al sistema, llevaron a esos sectores a dudar de la viabilidad de la democracia y

a "la búsqueda de opciones no democráticas de manera abierta o soterrada" (Kornblith 2002, 181).

2.2. Constituyente y nueva Constitución

El desarrollo sistémico de la experiencia democrática de la segunda mitad del siglo XX requería tomar previsiones con respecto a las necesarias reformas. Es en ese sentido que en 1984 es creada la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE) con el objetivo de presentar un proyecto de reforma integral del Estado, incluyendo en sus estudios una revisión constitucional. Mientras que en 1989, en ambiente previo a la conmemoración del trigésimo aniversario de la Constitución de 1961, en el Congreso se crea una Comisión Bicameral Especial de Revisión de la Constitución, presidida por el Senador vitalicio Rafael Caldera (R. Combellás 1991, 87), en el trabajo de ambas instancias hubo la participación de estudiosos del tema constitucional.

De manera que para mediados de los 90 había un trabajo, suficientemente avanzado, en torno a las necesarias reformas institucionales y constitucionales a ser atendidas por el parlamento.

No obstante, la crisis de esa experiencia democrática incidió en la toma de decisiones en los órganos del Estado, siendo que la élite política no fue capaz de asumir las propuestas de reforma sobre las que se venía trabajando institucionalmente. De manera que el Congreso no asume la tarea de aprobar una reforma constitucional que permitiera las condiciones institucionales para seguir avanzando en el desarrollo del sistema democrático.

Como consecuencia de ello, la necesaria reforma constitucional es asumida como bandera central por un nuevo liderazgo que se había conformado en torno a esa crisis de la democracia.

Ese cambio constitucional es asumido con la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, siendo que el debate en su seno fue orientado de forma mítica, y en el Preámbulo se indica que el constituyente actuó "con el fin supremo de refundar la República"; otra refundación en nuestra historia, lo que permite referirse a Venezuela como el país que siempre nace (Kosak Rovero 2008).

2.2.1. Constitución y Estado de derecho

Con cierta continuidad, en la Constitución de 1999 se asume el Estado democrático y social de derecho ya reconocido en la de 1961.

Pero, el constituyente añade el Estado de justicia, expresión sobre la que se puede tener diferencias en tanto que la justicia es un fin del Estado de derecho y, sobre todo del Estado democrático de derecho; por lo que no implica una nueva forma de Estado de derecho, como si lo fue pasar del Estado liberal al democrático de derecho, así como la definición de Estado constitucional de derecho, en tanto que significa el sometimiento de la ac-

tución política del Estado a la ley y a la Constitución como marco normativo superior, tal como se señala en los preliminares de este trabajo.

Esa calificación encierra un sentido ideológico y el objetivo de crear un modelo de Estado en el que el juez cumple un rol discrecional en la interpretación de la norma y su aplicación; lo cual se intentó consolidar normativamente con la fallida propuesta de reforma constitucional de 2007 (Flavia Pesci Feltri 2012, 5-32). Ese “modelo” derivó en formas de politización de la justicia.

Asimismo, se considera importante que el constituyente haya remarcado su identificación como Estado social de derecho, en tanto que el sometimiento a la legalidad se impregna de un sentido valorativo relacionado con el bienestar general o común, que es producto de un avance histórico relacionado con el movimiento de los trabajadores, pero que se extiende a la diversidad de componentes de la sociedad.

De acuerdo a lo señalado en la Exposición de Motivos, se entiende que el calificativo social lleva a que la intencionalidad del constituyente sea remarcar el establecimiento de una sociedad democrática en conjunto con el Estado democrático, siendo que a los actores sociales corresponde el “ejercicio de sus derechos y (...) el cumplimiento de sus deberes, mientras que el Estado es un instrumento para la satisfacción de tales fines”. Y esto tiene que ver con los derechos ciudadanos.

2.2.2. Constitución y derechos humanos

La Constitución de 1999 dedica su Título III a los derechos humanos, garantías y deberes, y su contenido implica una significativa ampliación de la lista comprendida en la Constitución anterior (1961), en lo que se puede destacar la inclusión formal de los derechos ambientales y de los pueblos indígenas; siendo que los primeros son expresión o reflejo del tratamiento global acerca de la protección del ambiente, mientras los segundos expresan un cambio de perspectiva, con una nueva visión asumida por el constituyente de 1999 al concebir la nación venezolana con un “carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe”, según lo expresado en la Exposición de Motivos. Posición acorde con movimientos producidos en otros lugares de Latinoamérica, pero que en sentido estricto no se corresponde con la realidad histórica cultural de Venezuela que es una sociedad mestiza. No obstante, la existencia de esos pueblos es una realidad que requiere atención.

El contenido de la normativa constitucional sobre los derechos humanos expresa una perspectiva garantista, por lo que en su Exposición de Motivos se resalta que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros” y que “la falta de ley reglamentaria (...) no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

En razón de lo antes señalado, para garantizar el ejercicio de la ciudadanía se requerirá el respeto a lo establecido en el Título III de la Constitución (artículos 19 al 134), referido a los derechos humanos, garantías y de-

beres. Pero, a los efectos del presente trabajo, ponemos especial atención a lo previsto en algunos de sus artículos.

Así tenemos que, en términos generales, el artículo 39 nos indica que los ciudadanos “son titulares de derechos y deberes políticos”, mientras el 40 nos señala que “Los derechos políticos son privativos de los venezolanos (...) salvo las excepciones establecidas en esta Constitución”.

En la Sección Primera del Capítulo IV del Título III se hace referencia a los derechos políticos. Así se prescribe (art. 62) que “los ciudadanos (...) tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos”, y que corresponde al Estado como obligación y a la sociedad como deber “facilitar la generación de las condiciones más favorables” para la efectiva participación “en la formación, ejecución y control de la gestión pública”. Con respecto a la condición de elector, se considera el sufragio como derecho, a ser ejercido en “votaciones libres, universales, directas y secretas” (art. 63).

3. Experiencia en el siglo XXI

3.1. De la democracia hacia el autoritarismo

En lo político, la Venezuela del siglo XXI se caracteriza por una transición con sentido de retroceso.

El paso de la democracia al autoritarismo hoy reinante se dio en un proceso que implicó una primera fase en la que, con exceso de retórica sobre democracia, se fue instaurando un régimen híbrido. Así, se procedió a gobernar con cierto respeto de algunas formas democráticas, especialmente las relacionadas con el sufragio, en tanto que no afectase ni la estabilidad ni la preservación en el poder. Ese aparente comportamiento democrático iba acompañado de una tendencia, cada vez más evidente, al uso de mecanismos e instrumentos propios del totalitarismo.

La apariencia democrática se combinó con un ejercicio del poder sostenido con elementos de dominación a la población en general y en sectores particulares, afectando de manera importante los derechos ciudadanos. Esta dominación estatal produce como efecto la disminución de ciudadanía, pues todo régimen totalitario requiere de la existencia del individuo-masa. Ese individuo es el blanco de la acción emblemática de la propaganda, lo que implica la repetición de mentiras para convertirlas en verdad. Durante la experiencia de ese régimen híbrido hubo el control de medios de comunicación, requerido para esos fines.

El sostentimiento de esa experiencia tuvo que ver con las características carismáticas del líder principal, quien actuando como Presidente, con una comunicación permanente y forzada con la gente, lograba el apoyo suficiente para la gestión estatal; pero, además, diversos errores de la oposición al régimen contribuían a su preservación en el cargo; siendo que la peor situación fue la vivida en los años 2002–2003.

Este proceso ha derivado en una experiencia política que ha producido como efecto el deterioro y destrucción no sólo en el ámbito político, sino en el social y económico. Lo que va acompañado del deterioro del Estado de derecho.

Con el tiempo, esas prácticas de control y dominación contribuyeron a la progresiva consolidación de su carácter autocrático, derivando en la conformación de un régimen definitivamente autoritario. Lo que también se expresa en la posible consolidación de un sistema electoral no democrático, adaptado a las decisiones centrales del poder autoritario.

De tal manera que ese relativo respeto a formas democráticas se transformó en apariencia y discurso retórico; lo que se trata de mantener en la actualidad pero con menos eficiencia, y ha generado preocupación por el intervencionismo estatal y su reacción ante una inevitable derrota electoral.

No obstante lo antes señalado, se puede asegurar que ha habido una variación en las condiciones para la preservación en el poder, pues el Presidente actual no tiene las mismas características ni ejerce igual liderazgo que el anterior. A lo que se añade las graves condiciones del deterioro del país, que ha terminado afectando al propio régimen, a lo que se añade una importante recuperación de la oposición.

3.2. Ausencia de ciudadanía y desconocimiento de los derechos humanos

Ese deterioro del Estado de derecho ha estado marcado por el irrespeto de los derechos fundamentales, lo que se ha realizado con la acción material y directa en la gestión pública, mediante el desconocimiento expreso y efectivo de los derechos en la actuación diaria. Ello no se agota en la acción represiva contra la disidencia política, sin cumplimiento de forma alguna; sino que se manifiesta en las graves condiciones de educación y salud de la población en general, así como en la situación del factor trabajo, especialmente en el sector público.

Pero también ha habido un desconocimiento formal, mediante algunas leyes o proyectos de leyes inconstitucionales y la creación de otras normas de menor rango dictadas por el Ejecutivo Nacional; y el uso indiscriminado de la delegación legislativa prevista en la Constitución.

Entre las leyes (o proyectos) inconstitucionales podemos destacar la Ley contra el odio, la Ley de fiscalización de las ONG y la Ley contra el fascismo, neofascismo y expresiones similares. Con la primera se busca castigar la discrepancia, el desacuerdo y la disidencia considerada como una expresión de odio en contra de la orientación gubernamental; la segunda es una forma de controlar la actuación de las organizaciones sociales; y la tercera es una expresión de neofascismo gubernamental que califica como “fascista” a la disidencia política. Con la aplicación de tales cuerpos normativos se tiende a violar lo previsto en los artículos 52, 53, 57, 61, 62, 67 y 68 de la Constitución.

El desconocimiento formal y el irrespeto material de los DDHH se ha convertido en una preocupación en el ámbito internacional, por lo que desde 2019 el Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos (ACNUDH), en conformidad con lo dispuesto en la resolución 42/25 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, ha estado investigando las graves violaciones a los derechos humanos que ha habido en nuestro país. Asimismo, se ha creado la Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos (MDH) sobre Venezuela, para atender a esa situación. Siendo que ambas instancias han corroborado la continuidad en esas violaciones a los derechos humanos, y el rol fundamental que en ello cumple el sistema de justicia, con una importante participación del Ministerio Público, el Fiscal General de la República; con lo cual se pretende dar una apariencia de legalidad.

También queda claro en esas investigaciones que se ha producido una relevante restricción del espacio cívico, afectando a la ciudadanía; de allí que haya habido la preocupación por el Proyecto de Ley de Fiscalización, Regularización, Actuación y Financiamiento de Organizaciones No Gubernamentales y Afines, con la que se podría afectar la entrega de ayuda y asistencia humanitaria vital; por lo que hacen un especial llamado a las autoridades venezolanas de abstenerse de aprobarlo.

Ambas instancias han corroborado el aumento de tales restricciones, abusos y violaciones; y han solicitado la liberación de defensores de derechos humanos detenidos arbitrariamente y sometidos a un proceso judicial injusto y sin garantías.

De igual manera, la Corte Penal Internacional (CPI) ha procedido a la apertura de una investigación formal de esas violaciones a los derechos humanos, luego de superada la fase del examen preliminar, habiendo detectado la ausencia de la debida investigación de las autoridades internas competentes. Y así, Venezuela se convierte en el primer país de América Latina al que se le abre una investigación como ésta. Con esta investigación la CPI buscará determinar la veracidad de crímenes de lesa humanidad cometidos en Venezuela desde 2017, y el establecimiento de las responsabilidades individuales que hubiere.

Estas y otras restricciones forman parte de lo que Michelle Bachelet, ha identificado como el “cierre del espacio cívico” (Acceso a la Justicia 2022).

3.3. Estado de derecho

3.3.1. Progresivo deterioro y deformación institucional normativa

En lo institucional, se ha producido un deterioro que ha implicado pasar del Estado de derecho existente a finales del siglo pasado, a un Estado de hecho, al que también se le ha considerado como Estado fallido y Estado forajido; hay quienes hablan de narco-Estado y hasta pudiéramos pensar en

un Estado anómico, si tenemos en cuenta lo estudiado por Waldmann (2003).

Todos esos calificativos están justificados con el accionar del régimen, en tanto que hay un deterioro que tiende a la ausencia del Estado de derecho. Se trata de un Estado que el régimen pone al servicio de relaciones que se dan en el ámbito de la delincuencia, creando condiciones para una actuación delictiva no reprimida en el territorio nacional, siendo que la preservación en el poder está relacionada con objetivos de apropiación que son frecuentes en la delincuencia. Asimismo, se ha establecido alianzas con otros Estados que se mueven en lo delictivo o apoyan a organizaciones terroristas, convirtiéndose en problema internacional.

Pero además, este régimen actúa sin ajustarse a reglas de juego claras, y atendiendo a otras que son cambiadas a menudo o mediante el uso excesivo de reglas informales; lo que afecta importantemente las relaciones Estado-sociedad y el ejercicio de ciudadanía, en tanto que esa ausencia de reglas se observa en los ámbitos estatal y social; lo que nos permitiría referirnos a una situación de anomia en la sociedad y en el Estado (Waldmann 2003).

Asimismo, se observa un funcionamiento distorsionado de los órganos del Poder público, con arreglo a un paralelismo institucional, siendo que los órganos del poder legislativo y judicial actúan a las órdenes del Ejecutivo, o en favor de lo decidido por este poder. Esto se evidencia en la aprobación de leyes inconstitucionales conforme al interés del Ejecutivo; pero también con decisiones judiciales que transforman el sentido original de normas constitucionales y legales, en procura de objetivos definidos por el Ejecutivo, intervención irregular que implica la politización de la justicia, más que la judicialización de la política.

Así, la Sala Constitucional del TSJ, en su actuación, ha pasado por encima de la Constitución, ha interpretado el texto constitucional desviándose de la intencionalidad del constituyente, lo que se puede observar en cuanto al tema de la prevalencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos (art. 23 constitucional), siendo que en sentencia del 17-10-2011 consideró que ese artículo “no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango ‘supraconstitucional’ (...) [y que] correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería [la norma] aplicable” (Claudia Nikken 2012, 87); de manera que este tribunal se ubica por encima de los tratados, y hasta podríamos decir que se asume como una especie de *Sala constituyente*.

Ese paralelismo también se ha expresado en el abuso de la delegación legislativa, que es una fórmula excepcional y temporal prevista en el último aparte del artículo 203 constitucional, cuyo texto define a las leyes habilitantes. De tal manera que, la habilitación del Ejecutivo para legislar pasó de ser una medida excepcional (según la norma) a una “regla de uso corriente” en la práctica. Y el caso extremo lo tenemos en la Ley Habilitante del 01-02-2007, que se tradujo en la aprobación de veintiséis Decretos con rango, valor y fuerza de ley.

Otra distorsión a señalar es la situación de inseguridad jurídica derivada de las irregularidades en la publicación de Gaceta Oficial de la República, siendo que hay un número importante de Gacetas no publicadas o perdidas (Acceso a la Justicia 2023); además de proyectos de ley cuyas discusiones no han concluido, y que son asumidas como amenaza para los posibles afectados.

De manera que estamos en una situación en la que la ley y la Constitución no están sirviendo de marco a la actuación política, y por tanto se está ejerciendo el poder estatal sin las reglas formales del juego político. Prevalen las reglas de juego no formales e impuestas por el actor estatal. No hay Estado de derecho.

En la dinámica de un Estado democrático, se requiere de la deliberación entre factores políticos, pero también entre ciudadanos y entre éstos y los actores políticos. Es lo propio de un sistema democrático que haya debate entre los diferentes, en un dialogo y discusión de ideas. Pero en el funcionamiento del Parlamento venezolano se ha producido una distorsión importante, en tanto que ha habido casos de censura por las divergencias expuestas, lo que se expresa en sanciones internas a quienes difieren de las posiciones de la Directiva, las que son coincidentes con las del régimen. De manera que pudiera calificarse como un parlamento no democrático, lo que resulta contradictorio con su esencia.

En estas condiciones, en 2022, Venezuela aparece en el último lugar de 140 países evaluados en cuanto al respeto de las garantías y principios del Estado de Derecho. La situación de control de la justicia penal por parte del Gobierno y la ausencia de límites y contrapesos al poder estatal explican, entre otros aspectos, esta mala calificación, como lo reseñamos en su oportunidad (Acceso a la Justicia 2023).

3.3.2. Necesario restablecimiento

Como lo hemos señalado, el deterioro y destrucción que se ha ocasionado incluye al Estado de derecho, produciéndose su ausencia como marco normativo que rige la acción política desde el ejercicio del poder. Esta ausencia se expresa en la actual existencia de un Estado de hecho.

Ello significa un riesgoso vacío institucional. Situación que debe ser atendida con los cambios políticos necesarios, en busca de la restitución de la democracia; lo que requerirá, entre otras cosas, el restablecimiento del Estado democrático y social de derecho, de conformidad con el artículo 2 constitucional, en el cual se destaca la preeminencia de los derechos humanos como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

Para que haya democracia se requiere que la actuación política se desarrolle conforme a las reglas del juego democrático. Es por ello que se ha planteado la reinstitucionalización como una tarea fundamental.

El posible paso del régimen autoritario hacia la democracia obliga a una acción equilibrada y manejada inteligentemente, con el objetivo de avanzar

en ese proceso atendiendo a sus circunstancias y condiciones, manejando diferencias, produciendo acuerdos, en un mar pleno de contradicciones y dificultades; por lo que esa reinstitucionalización no puede ser asumida como una tarea formal, en tanto que habrá reglas de juego para el proceso de cambios, que serán de carácter necesariamente transitorio, al tiempo que se irá atendiendo a la restitución de reglas y la creación de las nuevas. Ello obliga a una actuación equilibrada con miras a garantizar el retorno a la democracia (en el Estado y en la sociedad), al tiempo que se vaya reconstruyendo el Estado democrático y constitucional de derecho. Por lo que su restablecimiento no puede ser declarado, ya que también se trata de un proceso. Y esto se corresponde con la complejidad de momentos políticos como éste.

4. Perspectivas de cambio y transición

En Venezuela ha existido la expectativa sobre la posibilidad de una transición a la democracia, la que se correspondería con la aspiración de un cambio político que permitiera asumir la reconstrucción del país, lo que incluye el restablecimiento del Estado de derecho y la redemocratización.

En los momentos actuales existen perspectivas, cada vez más definidas, acerca de la posibilidad de esa transición. Perspectivas que podrían tener su asiento en la iniciativa asumida por sectores de la oposición democrática, llevando a la realización exitosa de unas elecciones primarias el 22 de octubre de 2023, en las que hubo una respuesta favorable de cerca de tres millones de venezolanos que acudieron a ese llamado, a pesar de las dificultades, eligiendo a una candidata a la Presidencia con una muy alta votación de ese universo de electores.

Ese evento y sus resultados inciden en un ánimo de esperanza de los ciudadanos; siendo que se plantea que las elecciones a celebrarse el 28 de julio de 2024 constituyen un escenario probable (más que posible) de la realización de un cambio político y el inicio de un proceso de transición a la democracia; lo que se produciría como efecto de sus resultados, con la elección de un nuevo Presidente, quien tendrá la mayor responsabilidad de dirección en esa transición.

4.1. La transición es un proceso

A los fines de atender a la perspectiva antes señalada, es importante tener claro que la transición es un proceso; ella no se declara ni se decreta, sino que se realiza de conformidad con las condiciones contextuales. Por ello, la experiencia en otros tiempos y espacios sólo puede servir de referencia comparativa, más no como guía o recetario para su realización. Asimismo, las diversas posiciones teóricas podrán orientar la actuación en ese proceso, más no determinarla.

Todo proceso se desarrolla en un conjunto de fases o etapas diversas, las cuales se van produciendo conforme a las circunstancias de la realidad

específica. Siendo que los actores fundamentales han de ser lo suficientemente flexibles en su desenvolvimiento como dirigentes del proceso; pues deberán atender a la conflictividad con sentido de resolución positiva, lo que implica disposición a entendimientos y acuerdos que sean necesarios.

En la Venezuela de hoy ese proceso estará dirigido al restablecimiento del Estado de derecho con la preservación de los valores señalados en el artículo 2 constitucional, con especial atención a la preeminencia de los derechos humanos; lo que se dará en el marco de los fines estatales señalados en el artículo 3 constitucional y la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, en busca de la prosperidad y el bienestar general. Y la actuación del Estado tendrá como marco la soberanía popular, conforme a lo previsto en el artículo 5 constitucional.

No obstante, es importante tener en cuenta las circunstancias prácticas que condicionan la fase inicial de este proceso. Así tenemos que se ha convocado a unas elecciones presidenciales adelantadas, quedando un lapso inusual entre ese momento (julio 2024) y la toma de posesión (enero 2025). De igual manera, surgen interrogantes en cuanto a la justicia transicional y los posibles entendimientos y acuerdos para una posible convivencia. Lo extenso de ese lapso ha contribuido a que se piense en posibles dificultades para alcanzar el objetivo de la transición, pero ello no se ha traducido en pesimismo. En todo caso ese semestre formaría parte del proceso, como fase previa a la acción de gobierno.

4.2. Expectativas de restablecimiento y perspectivas de transición democrática

Aunque ha habido un proceso de deterioro y destrucción, que hemos estado viviendo durante lo que va de siglo XXI, se ha generado expectativas de restablecimiento de las condiciones favorables al bienestar común, acorde con el desarrollo económico y social asentado en las riquezas del país y su apropiado manejo, así como en la existencia de una sociedad democrática. Se trata de una aspiración del venezolano agobiado por los efectos de ese deterioro, quien desea una realidad social que permita la posibilidad de vivir con dignidad.

Ello requiere una necesaria reconstrucción en diversos ámbitos. De manera que la restauración en lo económico y social irá acompañada del restablecimiento de condiciones políticas para la redemocratización, lo que incluye la reinstitucionalización como tarea fundamental. Siendo que la restauración económica y social requerirá de la acción combinada de factores de la sociedad y órganos del Estado, con base en los recursos existentes y las posibilidades de crecimiento; por lo que para el desarrollo de esta tarea es importante que, en el marco institucional, se fijen reglas de atención racional al conflicto de intereses en la posibilidad de compartir costos y beneficios de los cambios (Ayala Espino 2003, 38).

4.2.1. Cambio de régimen

Lo que está planteado, con la estrategia de las elecciones presidenciales de 2024, va más allá del cambio de gobierno. El objetivo es asumir un cambio de régimen a partir del nuevo gobierno; por lo que surge como tarea crear las condiciones que sirvan de base para la reconstrucción económica, social y política, emprendiendo el proceso de transición a la democracia.

Es el paso de un régimen autoritario a un régimen democrático; siendo que, en la construcción sistémica de esa democracia, se tendrá como referencia lo ocurrido en el pasado de la manera más equilibrada posible. También, implica el cambio de una orientación autoritaria y autocrática con rasgos de totalitarismo, por una orientación democrática; lo que incluye sustituir la represión y control de ciudadanía por el impulso de la ciudadanía activa, con la deliberación y participación de diversos sectores de la sociedad.

En cuanto a la orientación general de la actuación política estatal, ese cambio ha de ser asumido con independencia de la orientación de los diversos actores políticos.

4.2.2. Reconstrucción social y económica

En tanto que en el venezolano se ha reactivado la esperanza, y ante los efectos del deterioro y destrucción en los ámbitos económico y social, en la sociedad venezolana ha surgido una expectativa por la reconstrucción de la economía y el restablecimiento de condiciones para un efectivo desarrollo de la convivencia social, en busca del bienestar general.

Ello implicará la elaboración de un plan de gestión que incluya como objetivo la recuperación de la economía, atendiendo a garantizar la libre participación en la actividad económica sin intervencionismo estatal, procurando crear las condiciones para el desarrollo, con el debido equilibrio en las relaciones entre los diversos actores, ya sean empresarios, trabajadores o consumidores.

De igual manera, se atenderá a garantizar la protección de la familia, institución social gravemente afectada en lo que va de siglo XXI; así como la atención a niños, adolescentes, jóvenes y ancianos. Asimismo, será necesaria la definición de estrategias de garantía a los derechos de salud y trabajo.

En términos generales la recuperación económica y social será uno de los efectos de la democratización y la reforma institucional del Estado, para lo que será determinante la participación de actores sociales y económicos en un proceso complejo de acuerdos y entendimientos con efectivo manejo de las diferencias (Ayala Espino 2003, 114-115).

4.2.3. Redemocratización y reinstitucionalización

En el ámbito político, el restablecimiento de la democracia como sistema y como régimen puede ser definido como redemocratización, lo que no

significa restaurar la experiencia democrática de la segunda mitad del siglo pasado, sino la instauración de una república democrática para cuyo desarrollo se tenga en cuenta las bondades de aquella experiencia, así como evitar la repetición de sus errores; asumiendo, también, las lecciones de la atención errada de su crisis.

La redemocratización incluye la tarea de la reinstitucionalización. Entendida ésta como el restablecimiento de la institucionalidad democrática, tanto en sentido orgánico como normativo. En lo orgánico habrá de atenderse a la organización estatal y a los mecanismos e instrumentos que garanticen las conexiones democráticas del Estado con la sociedad; así como a las relaciones entre los actores políticos. En lo normativo se atenderá a la creación de las reglas del juego democrático, lo que se relaciona con la legalidad y la restauración del Estado de derecho; siendo necesario definir estrategias de creación normativa. Para esta tarea es importante atender a los planteamientos de Giovanni Sartori (2000) en cuanto a la ingeniería constitucional, incluyendo la posibilidad de una reingeniería sin la pretensión de un cambio total. Y entendiendo la Constitución como Carta Política, se podría considerar la aprobación de una Declaración de Derechos como texto separado que se asumiría de manera semejante a lo previsto en el artículo 23 constitucional (A. Urdaneta 2012, 296).

Pero más allá de esas modificaciones, esta tarea implica avanzar en nuevos patrones de relación Estado–sociedad, viabilizar las potencialidades de la sociedad civil y desarrollar la participación ciudadana (Bernardo Kliksberg 1996, 10). Lo que requiere la necesaria interacción entre los ámbitos social y político, que permita “hacer de los ciudadanos los verdaderos protagonistas del proceso democrático” (Juan Manuel Ros 2001, 208), entendiendo que la democratización comprende tanto al Estado como a la sociedad.

De igual manera, a los fines de esa reinstitucionalización, al definir las condiciones de un marco normativo general es importante tener claro que la Constitución de 1999, no obstante sus defectos y deficiencias, es un marco normativo para el desarrollo de un sistema democrático; y esta condición permite entender por qué, para los fines de desarrollar un régimen autoritario como éste, los actores involucrados hayan optado por diversas formas de incumplimiento de la Constitución, incluida entre ellas la mutación; derivando así en una Constitución fachada (M. Pérez Campos 2009, 33).

Esa violación de la Constitución ha pasado por una experiencia de paralelismo institucional, con el que se concentró poder en el Ejecutivo nacional, especialmente amparado en decisiones del Tribunal Supremo de Justicia; y ha producido lo que podría considerarse como la coexistencia de “dos Constituciones”, la formalmente vigente y otra no formal (A. Urdaneta 2012, 283).

En razón de lo anterior, es importante que se asuma la Constitución formalmente vigente como marco normativo general de la redemocratización y, por tanto, como soporte de las decisiones a tomar en el proceso de transición. Lo que implica diferir las necesarias modificaciones constitucionales para otro momento, en el que se den las condiciones de promover las

propuestas de modificación, derivando en el respectivo debate, el que se asumiría con participación ciudadana.

En este momento, la instrumentación de modificaciones a la Constitución podría contribuir a desviar esfuerzos, afectando las condiciones del proceso de transición, lo que pudiera derivar en resultados negativos.

De manera que el tema de los derechos ciudadanos en la transición debe ser abordado con la premisa de asumir la Constitución de 1999 como marco. Para esto se requiere atender a la elasticidad con la que se deberá asumir la necesaria adaptación institucional normativa, que permita su aplicación en un proceso complejo; flexibilización que podría reforzarse con "la idea de Constitución abierta, evolutiva (...) [que] permitió algunos desarrollos normativos y jurisprudenciales progresivos" en la España postfranquista (Gerardo Pisarello 2016, 13). Y, en nuestro caso, ello incluiría la inaplicación de leyes inconstitucionales.

4.3. Ciudadanía y derechos ciudadanos en la transición

En términos globales, ante la situación actual de crisis de la ciudadanía, vinculada a la crisis del Estado de bienestar, y a la crisis y debilitamiento de libertad e igualdad, es necesario el impulso de una ciudadanía activa, la que estaría unida al desarrollo del principio de fraternidad y a la participación ciudadana. Esto significaría reivindicar la garantía del estatus institucional de ciudadano, impulsando la participación activa asentada en la virtud cívica (Moreno Márquez 2007). Lo que también requiere que la pluralidad política sea entendida como "valor fundamental para la convivencia pacífica", y en el contexto de transición implica "procurar instituciones que (...) permitan enfrentar, comprender, aprovechar, respetar y resolver nuestras diferencias" (Álvarez y Balza Guanipa 2014, 312).

Para una mejor comprensión de lo antes planteado es importante "asumir que los derechos humanos son eslabones que postulan un universo interconectado cuyo atributo más notorio es la interdependencia" (Pérez Luño 1995, 542); lo que podemos vincular a la diversidad en la integración social y al necesario equilibrio para la convivencia de diferentes, en procura del bienestar general.

En el caso venezolano, el tránsito de un régimen democrático a otro autoritario estuvo caracterizado por el funcionamiento inicial de un régimen híbrido, con un relativo respeto a algunas formas democráticas, derivando en un régimen definitivamente autoritario y con rasgos de dominación total; ese proceso ha afectado de manera significativa al ciudadano, transformándolo en individuo componente de la masa. No obstante, en los últimos dos años (2023-2024) se aprecia ciertos cambios anímicos que revelan una recuperación de la esperanza que había sido afectada por la acción del régimen.

Hay que tener en cuenta que para la transición que está planteada será necesario el restablecimiento de la ciudadanía como soporte de la república democrática, lo que deberá tener la educación como principal herramienta,

convirtiéndose en tarea prioritaria; tarea que pudiera tener un soporte en cierto revivir ciudadano en estos dos años.

El restablecimiento de la ciudadanía incluye la restitución de los derechos ciudadanos, lo que deberá producirse desde la fase inicial de la transición, creando las condiciones para la atención al ciudadano y su participación en ese proceso. Ha de ser una dinámica de interacción entre quienes orientan y dirigen la transición y los ciudadanos; los primeros, asumiendo el restablecimiento del Estado de derecho, respetando los derechos fundamentales y promoviendo la participación ciudadana; los segundos, participando de manera efectiva, ejerciendo sus derechos y cumpliendo sus deberes, al tiempo que reclamando el respeto a los derechos ciudadanos.

Por su naturaleza, en ese proceso de transición se centrará la atención en los derechos políticos, pero se deberá garantizar el ejercicio de los derechos civiles, sociales, culturales y económicos, así como diseñar políticas con respecto a los derechos ambientales y de los indígenas. Todo ello tendría como referente general el principio de igualdad ante la ley, lo que se expresaría en medidas contra la discriminación, así como la protección de sectores marginados y vulnerables y de aquellos que “se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”, tal como se señala en artículo 21 de la Constitución.

Con respecto a los derechos políticos es importante generar condiciones favorables a la participación ciudadana (art. 62), mediante los diversos medios previstos (art. 70); así como garantizar el ejercicio del derecho al sufragio en las condiciones señaladas en los artículos 63, 64 y 65 de la Constitución. También es importante garantizar el ejercicio de derechos como el de asociarse con fines políticos (art. 67) y manifestar pacíficamente (art. 68). Y desde el Estado se impone el cumplimiento del deber correlativo de rendir de cuentas a los ciudadanos (art. 66).

En cuanto a los derechos civiles, en tiempos de transición adquieren relieve el derecho a la vida (art. 43), a la libertad personal (art. 44), a la integridad física, psíquica y moral (art. 46), al debido proceso (art. 49), al libre tránsito (art. 50), de asociación con fines lícitos (art. 52), y la libre expresión del pensamiento (art. 57).

En razón del deterioro que ha sufrido la sociedad venezolana, en cuanto a los derechos sociales, ha de hacerse énfasis en los referentes a la salud, entendida como “derecho social fundamental (...) que [el Estado] (...) garantizará como parte del derecho a la vida” (art. 83), siendo importante atender a la gestión del rescate del “sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo (...) regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad” (art. 84), sistema que deberá ser financiado por el Estado, el cual “regulará las instituciones públicas y privadas de salud” (art. 85), así como el cumplimiento de la obligación estatal de gestionar el sistema de seguridad social, en garantía del derecho a ese servicio público (art. 86). En esta materia tiene una relevante importancia la obligación estatal de garantizar a los trabajadores del sector público y privado un salario mínimo vital, a ser ajustado

tado anualmente, teniendo como referencia “el costo de la canasta básica” (art. 91).

En atención a los derechos educativos será necesario definir una estrategia que permita garantizar el “derecho a una educación integral de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades” (art. 103), lo que se vinculará al desarrollo de programas de educación ciudadana conforme a lo previsto en la Constitución, especialmente en los artículos 102 y 103. Ello incluirá el diseño de políticas de sostenibilidad de institutos públicos de educación, en sus diferentes niveles, acompañado de la estimulación al desarrollo de mecanismos e instrumentos para atender la gestión de su propia sostenibilidad.

Y con respecto a la reconstrucción de la economía, es necesaria la definición de una estrategia para el desarrollo, sin la intervención excesiva y directa del Estado en la actividad económica, y que permita el cumplimiento de lo previsto en el Capítulo VII del Título III de la Constitución, lo que implicará el desempeño equilibrado del Estado, actuando como regulador y promotor.

4.4. Incidencia externa, riesgo y oportunidad

El ámbito de las relaciones internacionales es de gran importancia en este proceso de transición.

El debate político sobre la posibilidad de cambio y transición como derivación de los posibles resultados de las elecciones a la celebrarse en julio de 2024, ha tenido como marco referencial de legitimidad la búsqueda de acuerdos entre los adversarios de esa contienda electoral, mediante la contribución de terceros mediadores. Lo que va acompañado por el rol que cumplen terceros con interés, mediante el respaldo a las partes.

Ese ambiente, vivido en torno a la realización del evento comicial, se transferirá al contexto de la transición que se iniciaría como consecuencia de los resultados electorales; pues todo proceso de transición incluye la posibilidad de acuerdos y entendimientos que aminoren los riesgos de violencia y autocratización. De allí la necesidad de revisar las posibles situaciones de riesgo y las oportunidades que pudieran surgir.

En ese sentido, en el contexto actual hemos de tener en cuenta la incidencia de una marcada tendencia global a la autocratización, como riesgo y amenaza para la transición democrática en Venezuela. Al mismo tiempo valoramos la importancia de inscribir las estrategias de esa transición, en el cumplimiento del décimo sexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS-ONU / Agenda 2030), con el que se aspira alcanzar la paz, justicia e instituciones sólidas, así como el alcance de las metas respectivas. Con ello se debe revisar las condiciones o circunstancias que podrían expresarse como una oportunidad para enfrentar amenazas y riesgos, y superar las debilidades.

Siendo que la globalización contribuye a la transmisión de experiencias externas y sus efectos, las experiencias autoritarias pueden reflejarse de alguna manera en la realidad local. Y en nuestro caso debemos añadir el papel que están cumpliendo dirigentes y organizaciones estatales con tendencia al autoritarismo, bien como orientación política o por la experiencia propia. Tales actores han incidido en la situación de conflicto de la Venezuela de hoy y actúan como terceros con interés, cumpliendo el rol de aliados al régimen autoritario venezolano.

La influencia anímica de esa tendencia global se expresa con fuerza en la orientación de las actividades del régimen, mientras que en lo fáctico, el respaldo de los aliados lo ayuda a enfrentar los efectos de la tendencia democratizadora, expresada en la actuación de terceros externos, así como reforzar sus posiciones en conversaciones mediadas por terceros sin interés. Esa fortaleza del régimen es un riesgo para la redemocratización.

Pero, en el ámbito internacional, también se dan elementos que favorecen a la tendencia democratizadora, en sentido global y local. Siendo que las decisiones de los organismos y organizaciones internacionales juegan un importante papel, así como el rol cumplido por terceros con interés con el apoyo a los factores democráticos internos, y terceros sin interés que asumen actividades de mediación o expresan posiciones respecto al conflicto venezolano; y es en ese sentido que, también, hay que prestar atención a decisiones de organismos internacionales como la CIDH y organizaciones internacionales como el G7.

Tales actuaciones pueden ser asumidas como una oportunidad para crear condiciones que permitan enfrentar los riesgos antes señalados, creando fortaleza (anímica y práctica) en los factores democráticos.

Para contribuir a lograr ese objetivo se requiere crear condiciones de paz interna y procurar la paz externa; lo primero requiere medidas políticas dirigidas a la solución pacífica de las controversias, lo segundo implica mantener posición equilibrada en el manejo de las relaciones internacionales.

Lograr esas condiciones de paz interna pasa por la creación de normativas que garanticen el ejercicio de los derechos y que haya independencia en la actuación de los tribunales, lo que se corresponde con la necesidad de superar las incertidumbres de la gestión pública, garantizando la efectiva existencia de las instituciones, con base constitucional (Alejandro Herrera 1999, 18).

Conjuntamente con esa consistencia de la institucionalidad orgánica estatal, se deberá promover el desarrollo de instituciones privadas cuya solidez descance en el respeto a las leyes y el equilibrio en las relaciones interinstitucionales. Además, deberá haber condiciones para la participación ciudadana en los asuntos públicos.

A los fines de este trabajo, y con sentido orientador, se destaca cuatro de las metas del ya mencionado objetivo (ODS-ONU). La Meta 16.3 (Promoción del Estado de Derecho, acceso a justicia) se refiere al marco general para la actuación pública y las garantías de acceder a la justicia, la que va

estrechamente ligada a la independencia de los tribunales. La 16.B (Promoción y aplicación de leyes y políticas / DDHH) es fundamental, en tanto que implica el ejercicio efectivo de los derechos ciudadanos. En el proceso de transición o redemocratización, ambas metas deberían formar parte del marco estratégico de la actuación del gobierno de transición.

Las otras dos tienen un sentido menos genérico. Por lo que la 16.2 (Erradicación del maltrato, trata y explotación infantil) implicaría la definición de una política de atención a los sectores más vulnerables, en aplicación del principio de tolerancia y respeto de las diferencias, con especial atención a la infancia y la adolescencia. Mientras que la 16.10 (Acceso a información y libertades fundamentales) requerirá de la definición de una política dirigida a garantizar las libertades fundamentales, con especial atención al derecho a la información, lo que en el ámbito público deja abierta la posibilidad de instrumentar mecanismos de gobierno abierto, con una política de fluidez comunicacional e informativa desde el Estado y del ciudadano con el Estado.

El cumplimiento de este objetivo ONU sería un referente para diversos apoyos de carácter internacional, lo que daría cierta fortaleza a la gestión de un gobierno de transición.

La instrumentación de esas políticas puede derivar en la oportunidad de condiciones para la democratización. De allí la importancia de garantizar los derechos ciudadanos mediante la gestión pública; lo que en el proceso de transición se daría con el cumplimiento de la Constitución y obviando la legislación inconstitucional, pero también creando las leyes que se requieran.

Consideraciones finales

Hemos partido de una somera revisión de nuestra experiencia democrática y su crisis, así como la experiencia de la vuelta a un régimen autoritario, asumiendo esas consideraciones como necesario asiento de la perspectiva de una transición a la democracia. Y siendo que este número del anuario está dedicado al examen de la situación del Estado constitucional de Derecho en Venezuela en 2023-2024, lapso en el cual se han acrecentado las perspectivas acerca de esa transición, habiendo la posibilidad de producirse la fase inicial de ese proceso en la segunda mitad del 2024, examinamos la necesaria atención a los derechos humanos y el espacio cívico en la complejidad de esas condiciones.

La preocupación central de este trabajo es contribuir a la instrumentación de mecanismos y medios para garantizar los derechos humanos en un momento de mayor incertidumbre, en el cual se podría desarrollar un proceso en el que haya que poner una atención especial a la tarea de la reinstitucionalización; de allí la referencia específica a algunas disposiciones constitucionales.

En ese sentido, se considera muy importante priorizar aquellos aspectos de los derechos fundamentales relacionados con el restablecimiento de la ciudadanía y el objetivo de alcanzar el bienestar general; pues habrá democracia si hay ciudadanía, y habrá mejor democracia si se expresa como ciudadanía activa.

Asimismo, se considera que la promoción de la participación ciudadana y el esfuerzo por crear condiciones de vida que deriven en bienestar general es una obligación de quienes gestionarán la acción de gobierno en ese momento.

Y siendo que la previsión sobre lo que pueda suceder no debe asumirse como un decreto ni un recetario, las propuestas que se hacen en este trabajo consisten en señalar aspectos de esos derechos, que se consideran prioritarios para tales objetivos.

Los medios e instrumentos específicos que se requieran, tanto orgánicos como normativos, será cuestión por resolver en su debida oportunidad por los actores respectivos.

Referencias bibliográficas

- Alarcón Deza, Benigno, coord. 2014. *El desafío venezolano: continuidad revolucionaria o transición democrática*. Centro de Estudios Políticos UCAB. Caracas.
- Álvarez E., Ángel y Balza G., Ronald. 2014. "Conclusiones, balance y perspectivas". En *El desafío venezolano: continuidad revolucionaria o transición democrática*, coord. Benigno Alarcón Deza, Caracas. Centro de Estudios Políticos UCAB.
- Ayala Espino, José. 2003. *Instituciones para mejorar el desarrollo. Un nuevo pacto social para el crecimiento y el bienestar*. México. FCE.
- Caldera, Rafael. 2008. *De Carabobo a Puntofijo. Los causahabientes*. Caracas. Editorial Libros marcados.
- Combellas, Ricardo. 1991. "El Estado social de derecho, la Constitución de 1961 y la reforma del Estado en Venezuela". En *Constitución y reforma. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho*. Caracas: COPRE.
- Comisión Presidencial para la Reforma del Estado. 1991. *Constitución y reforma. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho*. Caracas: COPRE.
- Elster, Jon y Rune Slagstad, coord. 1999. *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Gauchet, Marcel. 2008. *La democracia: de una crisis a otra*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- Held, David. 2001. *Modelos de democracia*. Madrid. Alianza Editorial.
- Herrera, Alejandro. 1999. "Estudio introductorio". En *Constitucionalismo y democracia*, coord. Jon Elster y Rune Slagstad. México: Fondo de Cultura Económica.
- Kliksberg, Bernardo. 1996. *Rediseño del Estado. Una perspectiva internacional*. Comp. México. INAP, FCE.
- Kornblith, Miriam. 2002. *Venezuela en los noventa. Las crisis de la democracia*. Caracas. IESA, UCV.

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2023-2024

- Kosak Rovero, Gisela. 2008. *Venezuela, el país que siempre nace*. Caracas. Alfa.
- Lucas Verdú, Pablo. 1986. *Curso de derecho político*. Madrid. Tecnos.
- Moreno Márquez, Gorka. 2007. La ciudadanía como meta de la tríada republicana. *Argumentos* (México, DF) vol. 20 N° 53 (enero-abril): 35-52.
- Naim, Moisés y Piñango, Ramón. 1986. *El caso Venezuela. Una ilusión de armonía*. Caracas. Ediciones IESA.
- Nikken, Claudia 2012. "La justicia constitucional y el paso insensible de una Constitución a otra". En: *Justicia constitucional*. Tomo II. Caracas. ACIENPOL – Acceso a la Justicia – FUNEDA – UNIMET.
- North, Douglas 2001. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Pérez Campos, Magaly. 2009. *Los derechos humanos en la definición de la política democrática*. Caracas. Universidad Metropolitana.
- Pérez Luño, Antonio E. 1995. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 5^a ed. Madrid: Editorial Tecnos.
- Pesci Feltri, Flavia. 2012. Hacia la implantación inconstitucional del Estado de justicia (1999-2012). En *Justicia constitucional*. Colección Estado de derecho. Tomo II. Caracas. ACIENPOL – Acceso a la Justicia – FUNEDA – UNIMET.
- Pisarello, Gerardo. 2016. *Procesos constituyentes*. Madrid. Editorial Trotta.
- Przeworski, Adam. 1999. La democracia como resultado contingente de conflictos. En *Constitucionalismo y democracia* coord. Jon Elster y Rune Slagstad. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ros, Juan Manuel. 2001. *Los dilemas de la burocracia liberal*. Barcelona. Editorial Crítica.
- Sartori, Giovanni. 2000. *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Schönbohm Horst. 1994. *Derechos humanos. Estado de derecho. Derecho social*. Caracas. Konrad Adenauer Stiftung / CIEDLA / Editorial Panapo.
- Touraine, Alain. 1998. *¿Podemos vivir juntos?* Buenos Aires. FCE.
- Urdaneta G., Argenis S. 2012. *Crisis institucional y gobernabilidad democrática en Venezuela*. Caracas. Los Libros de El Nacional.
- Urdaneta G., Argenis S. 2017. *Conflictos y crisis en Venezuela. Perspectivas de cambio y transición*. Colección la sociedad y sus discursos. Universidad de Carabobo – Libros en un click; enlace: <https://bit.ly/43n9zNG>.
- Urdaneta G., Argenis S. 2023. "Reconstrucción, redemocratización y reinstitucionalización, con miras al restablecimiento del Estado de Derecho. Rol del legislativo y su relación con otros órganos". *Estudios Constitucionales y Parlamentarios. Anuario 2021-2022*: 247-271.
- Waldmann, Peter. 2003. *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*. Caracas. Nueva Sociedad.
- Zolo, Danilo. 1994. *Democracia y complejidad. Un enfoque realista*. Buenos Aires. Ediciones Nueva Visión.
- Recursos electrónicos**
- ONU 2023. "Objetivos de desarrollo sostenible. Objetivo 16". <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>.

Acceso a la Justicia 2023. "Cinco razones para preocuparse por el proyecto de Ley de Extinción de Dominio impulsado por el oficialismo en Venezuela".
<https://accesoalajusticia.org/cinco-razones-preocuparse-proyecto-ley-extencion-dominio-impulsado-oficialismo-venezuela/>.

Acceso a la Justicia 2022. "El cerco normativo al espacio cívico en Venezuela".
<https://accesoalajusticia.org/cerco-normativo-espacio-civico-venezuela>.

VOTO EN EL EXTRANJERO BAJO CONDICIONES EXTREMAS: TRANSICIONES DEMOCRÁTICAS, SITUACIONES POSCONFLICTO, MIGRACIONES FORZOSAS Y AUTORITARISMOS. ANÁLISIS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL Y BUENAS PRÁCTICAS ELECTORALES A NIVEL COMPARADO

Daniela Urosa Maggi*

Introducción

El voto en el extranjero es una tendencia global que afianza el carácter universal del derecho al voto con independencia de la ubicación del elector, quien no pierde su condición de ciudadano aun fuera de las fronteras de su país de origen.

Esa tendencia global adquiere especiales matices cuando se trata de procesos electorales ocurridos en condiciones extremas: en casos de migraciones forzosas masivas, transiciones democráticas y situaciones posconflicto. También adquiere particulares características cuando se trata de elecciones extraterritoriales de países bajo regímenes autoritarios, las cuales son elecciones contenciosas en condiciones extremas. En estos contextos tanto las razones que justifican el voto en el exterior como la operatividad práctica del mismo difieren al menos parcialmente del esquema convencional de sufragio extraterritorial.

Así, se trata de procesos electorales que suelen ocurrir en países que se encuentran bajo extrema polarización, en el contexto de crisis políticosociales, consecuencia de lo cual el índice de estado de derecho y de capacidad institucional es bajo o muy bajo, y que han dado lugar a situaciones de movilidad humana forzosa de grandes dimensiones.

Frente a esas circunstancias, las modalidades convencionales de ejercicio del voto en el extranjero se aplican con ciertos matices, pues se hace necesario flexibilizar las condiciones de elector, en especial respecto del requisito de residencia, modo y documentos requeridos para el empadronamiento. Asimismo, se hacen necesarias ciertas garantías adicionales durante el desarrollo del ciclo electoral, como son las fases de votación, escrutinio, campaña electoral y resolución de conflictos a fin de garantizar

* Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello y de Boston College Law School.

su efectividad y transparencia, para lo cual resulta crucial contar con observación electoral, mecanismos de cooperación y acuerdos institucionales con organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales y terceros países donde se realizará la elección.

El objetivo de este artículo es analizar el voto extraterritorial sujeto a circunstancias extremas, los escenarios en los que opera y la relevancia del sufragio en estos casos; asimismo se hace referencia al régimen jurídico especial del derecho al voto de refugiados y personas en situación de movilidad forzosa y la operatividad del voto extraterritorialidad, todo ello a la luz de positivas experiencias recientes de votaciones en el extranjero en casos de transiciones democráticas o posconflicto.

Conviene advertir que el presente trabajo no tiene por finalidad analizar el voto en el extranjero en Venezuela, aspecto al que nos hemos referido en anteriores oportunidades¹. Ello no obsta para señalar que una de las graves deficiencias en términos de condiciones electorales en Venezuela, en especial en las últimas elecciones presidenciales, fue precisamente la ausencia de garantía del voto de la diáspora venezolana, lo que constituyó, en criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), una violación a los derechos políticos². Nuestro objetivo, se insiste, es analizar desde el Derecho Internacional y desde las buenas prácticas del Derecho Comparado cómo dar operatividad al voto en extranjero bajo condiciones extremas y cómo en estos contextos extremos el voto de la diáspora adquiere especial significación, incluso más allá del ejercicio individual del derecho al sufragio. Tales consideraciones podrían eventualmente aportar algunas ideas al cómo y por qué es fundamental garantizar el voto extraterritorial en una futura transición democrática en Venezuela.

1. Escenarios y particular relevancia del voto extraterritorial en condiciones extremas

1.1. Escenarios del voto extraterritorial en condiciones extremas

En contraste con el escenario ideal del voto extraterritorial en condiciones óptimas en el cual el Estado facilita el ejercicio de los derechos políticos de sus ciudadanos que se encuentran fuera de sus fronteras, bien por razones de servicio público, académicas o profesionales, en ocasiones el voto en el extranjero opera en escenarios extremos: migraciones forzosas masivas, transiciones democráticas y situaciones posconflicto. En estos casos, tanto las razones que justifican el voto en el exterior como la operatividad práctica

¹ Urosa Maggi, Daniela, "Marco jurídico del voto en el extranjero en Venezuela. Principales deficiencias y desafíos en términos de derechos políticos e integridad electoral", Ramón Guillermo Aveledo, Jesús María Casal y Daniela Urosa Maggi (coordinadores), *Estudios Constitucionales Y Parlamentarios. Anuario 2021-2022*, IEPFT, CIDEPE, Abediciones, Caracas, 2023, pp. 347 y ss.

² CIDH, Reporte Venezuela: *Graves violaciones a los derechos humanos en el contexto electoral*, OEA/Ser.L/V/II Doc. 253/24, enero 2025, pp. 19 y ss.

del mismo y los retos o dificultades de éste difieren al menos parcialmente del esquema ideal de sufragio extraterritorial.

El primer escenario de voto en el extranjero en condiciones extremas es el que opera en países que se encuentran en situaciones de crisis o de conflictos civiles o políticos, como es el caso de Sudáfrica en 1994, Camboya en 1993 y Bosnia y Herzegovina en 1996, entre otros. El segundo escenario es el de países que han padecido intensos régímenes autoritarios y se encuentran en período de transición a la democracia, como sucedió en las elecciones de Iraq en 2004 o Libia en 2010.

Ambos escenarios tienen en común graves crisis humanitarias, económicas y políticas que llevan a masivos fenómenos de movilidad humana forzosa en el que miles o millones de personas dejan sus hogares buscando abruptamente mejores condiciones de vida fuera de las fronteras nacionales. Asimismo, ambos casos tienen en común que la pacificación o transición a fin de lograr el retorno a la institucionalidad suele estar acompañado de procesos electorales de las máximas autoridades del Poder Ejecutivo y Legislativo, o bien de procesos de referendo para la adopción y aprobación de nuevos textos constitucionales o acuerdos de pacificación.

Tales procesos electorales deben ser universales, y por ende deben incluir a todos los ciudadanos del país, tanto residentes dentro de sus fronteras como aquéllos de la diáspora conformada por migrantes forzados que eventualmente podrán decidir retornar a su país. Sin embargo, las masivas proporciones de esa diáspora, la debilitada institucionalidad electoral y de gobierno que suele ocurrir en estos escenarios extremos y la posible polarización política dificultan enormemente el voto en el extranjero.

También es importante revisar las elecciones extraterritoriales que se realizan en régímenes autoritarios o con niveles bajos o muy bajos de estado de derecho y de integridad electoral que cuentan con diásporas de importantes dimensiones, como es el caso de Turquía (2017), Egipto (2018), Bolivia (2009) y Siria (2021) cuya comparación puede resultar útil frente al similar caso venezolano.

Conviene señalar que no existe un patrón uniforme de estos escenarios. En muchos de ellos el proceso electoral es consecuencia de la firma de acuerdos de paz, como sucedió en Bosnia y Herzegovina, y en otros es precisamente ese proceso electoral el que podrá dar lugar al viraje político que pueda desencadenar la transición o vuelta a la democracia.

1.2. Especial relevancia del voto en el extranjero en condiciones extremas

El voto extraterritorial implica del ejercicio del derecho fundamental al sufragio, el cual debe garantizarse de manera universal a todos los ciudadanos o nacionales de un Estado, con independencia de su lugar de residencia y se trata además del reforzamiento de los valores democráticos como pilar fundamental del constitucionalismo occidental y del estado de derecho.

Ahora bien, en el caso del voto en el extranjero bajo condiciones extremas hay razones adicionales para garantizar el ejercicio de ese derecho. Se debe permitir el voto y participación política de todos los sectores y ciudadanos, sin importar su residencia o estatus, para establecer un nuevo orden político, re legitimar las instituciones, procurar la reunificación nacional y fomentar la repatriación.

Así, en elecciones posconflicto y transiciones democráticas o democracias emergentes, para que el proceso político tenga legitimidad y transparencia es fundamental que sea incluyente y que admita el voto universal, abarcando a los refugiados y migrantes forzados al igual que al resto de la diáspora que frecuentemente crece durante estos períodos. Además, esa elección debe tener entre sus objetivos la reunificación sociopolítica, lo que permitiría a la diáspora la posibilidad de retornar al país de origen en especial cuando ha sido una migración forzada.

En algunos casos la propia diáspora ha presionado para lograr la garantía de su derecho al voto, como sucedió en como Botsuana, República Dominicana, México, y Filipinas³, de modo que el voto en el extranjero se convierte en una forma renovada de participación política y surgimiento de nuevos liderazgos, más allá del solo ejercicio del derecho al voto fuera de las fronteras. Es además común que las fuerzas políticas emergentes en la situación posconflicto vea en la diáspora un importante apoyo político y puente de enlace con la comunidad internacional, otorgando legitimidad a un nuevo gobierno y tomando distancia del régimen autocrático previo⁴. En otros casos, como en el Perú, el voto en el extranjero formó parte de los acuerdos políticos y electorales de 1978 y se estableció expresamente en la Constitución de 1979 como parte del proceso de retorno a la institucionalidad democrática para poner fin a doce años de dictadura militar⁵.

2. Derecho al voto de migrantes y refugiados en el Derecho Internacional

2.1. El voto en el exterior es siempre un voto migrante. Diferencias entre el voto extraterritorial convencional y en condiciones extremas

El voto en el extranjero es en esencia un voto migrante o, más específicamente, un voto emigrante⁶. Salvo los casos de personal diplomático, consular o personas que cumplen estancias de estudio, academia o profesionales a tiempo determinado en el exterior, todo el que reside fuera de su país,

³ Brand, Laurie A. "Authoritarian States and Voting From Abroad: North African Experiences", *Comparative Politics* 43, nº 1, 2010, p. 85.

⁴ Ibid., p. 87.

⁵ Navarro, Carlos, "El voto en el extranjero", *Derecho Electoral Latinoamericano*, Nohlen, Valdés y Zovatto (comp.), Fondo de Cultura Económica et. al, México, 2019, p. 299.

⁶ Finn, Victoria. "Migrant voting: here, there, in both countries, or nowhere", *Citizenship Studies* 24 (6), 2020, 730–750.

con independencia de su estatus o condiciones es migrante y por ende, cuando ejerce su derecho al voto en el exterior, se habla de un voto migrante.

Una de las razones del auge en la tendencia global de reconocer voto en el extranjero es el aumento del flujo migratorio y la necesidad de garantizar el ejercicio de los derechos políticos de la diáspora, bajo un concepto de ciudadanía global. Ahora bien, cuando se trata del voto en el extranjero en condiciones extremas, los electores migrantes incluyen una diáspora compuesta mayoritariamente por personas en situación de movilidad forzosa, es decir, personas que inevitablemente han tenido que dejar sus hogares huyendo de graves crisis humanitarias, políticas y económicas e incluso actos de intimidación y persecución.

Esa diáspora puede ser de masivas proporciones, en ocasiones de millones de personas, muchos de ellos protegidos por reglas especiales de Derecho Internacional, referidas a refugiados, desplazados, personas que solicitan asilo o protecciones complementarias para atender su situación de vulnerabilidad y facilitar el ejercicio de sus derechos y su adaptación en el país receptor.

En efecto, los refugiados y demás personas en situación de movilidad forzosa se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, lo cual implica ciertas obligaciones de los Estados regidas por el Derecho Internacional de los derechos humanos para garantizar el ejercicio de sus derechos, incluido el derecho al voto.

En otras palabras, tienen derecho al voto como todo migrante, pero bajo condiciones reforzadas más flexibles como consecuencia de su situación de vulnerabilidad. Por ende, ese derecho debe ser garantizado por el Estado de origen y facilitado por el Estado receptor incluso mediante acciones afirmativas que garanticen el derecho a la igualdad y no discriminación de los grupos vulnerables, establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos como se explica de seguidas.

2.2. Derecho al voto de refugiados y demás personas en situación similar de vulnerabilidad de acuerdo con el Derecho Internacional

2.2.1. Alcance del concepto de refugiado

Sin ánimo de extendernos en precisiones teóricas y terminológicas, importa saber qué se entiende por “migrante forzoso” y por refugiado a los fines de analizar su derecho al sufragio.

Por migrante forzoso se entiende la persona que se ve en la necesidad de desplazarse o movilizarse de su Estado de residencia, bien de forma directa en virtud de órdenes de expulsión o bien de manera indirecta para

proteger su vida, libertad o seguridad o la de su familia⁷. Esa movilidad forzosa puede ser interna, es decir, dentro del mismo Estado de residencia como es el caso de los desplazados internos, o bien externa, a otro Estado como es el caso de los refugiados y solicitantes de asilo. El concepto de migrante forzoso abarca el de refugiado, solicitante de asilo y desplazado interno.

Por refugiado se entiende el migrante forzoso que huye de su Estado por graves perturbaciones al orden público, como se dijo antes, buscando resguardar sus bienes jurídicos esenciales; puede diferenciarse del solicitante de asilo, que es aquel migrante que solicita protección en el Estado receptor ante persecuciones políticas en su Estado de origen o residencia. El desplazado interno es aquél que huye de su lugar de residencia habitual por razones de conflicto armado o catástrofe natural pero se mantiene dentro del mismo Estado⁸. A los fines del voto en el exterior nos interesa analizar los dos primeros casos, en tanto que el desplazado interno no ejercería, formalmente, voto extraterritorial.

Ahora bien, en el Derecho Internacional puede conseguirse una noción restrictiva y otra más amplia del concepto de refugiado. La primera es la que deriva de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, que lo define como aquél que se ha desplazado forzosamente por temor a ser perseguido y por esa razón no quiere o no puede acogerse a la protección de su país o regresar a él; y un concepto más extensivo que es el que contiene la Declaración de Cartagena sobre los refugiados de 1984, que no incluye el elemento de persecución como definitorio de la categoría de refugiado y lo amplía a toda persona que ha huido de su país “porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”⁹.

⁷ Hernández, José Ignacio, *Aspectos jurídicos de la crisis humanitaria de migrantes y refugiados en Venezuela documentos fundamentales*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Panamá, p. 26.

⁸ Ibid., p. 27.

⁹ De acuerdo a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y Protocolo asociado de 1967, “refugiado” es toda persona que “debido a temores fundados de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores no quiera, acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera, regresar a él”. Por su parte, la Declaración de Cartagena sobre los refugiados de 1984 (adoptada por el Coloquio sobre la protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá) se refiere a los refugiados como “las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.

Es este concepto amplio el que utilizaremos en este artículo respecto del voto en el extranjero, por ser la interpretación extensiva la más acorde a la protección de los derechos humanos, incluido el derecho al sufragio. De allí que preferimos hablar de personas en situación de movilidad forzosa y no estrictamente de refugiado.

Asimismo, debe considerarse que la condición de refugiado puede ser declarada de manera individual o general, e incluso, puede tratarse de una declaración preliminar o *prima facie*. Además, en fecha reciente, ha surgido la categoría de “protección complementaria”, para abarcar a quienes, no siendo formalmente refugiados, requieren sin embargo una protección especial y adicional, tomando en cuenta la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentran. Para fines de este estudio, quienes sean beneficiados de estos mecanismos de protección complementaria también merecen un tratamiento especial en cuanto al ejercicio de su derecho al sufragio.

2.2.2. Condición de vulnerabilidad de los refugiados y migrantes forzados y obligaciones reforzadas de los Estados para garantizar el ejercicio de sus derechos, incluido el derecho al voto

En el marco del Derecho Internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, los refugiados –en sentido amplio– cuentan con todos los derechos de contenido político reconocidos en los pactos y convenciones internacionales y regionales, particularmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); la Convención de Naciones Unidas Referente al Estatuto de los Refugiados (1951); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); más, en el caso de las Américas, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969, en vigor desde 1978).

Uno de los estándares fundamentales de protección de los refugiados y migrantes es el derecho a la igualdad y no discriminación, a fin de garantizarles un trato igual y el goce y ejercicio de todos los derechos humanos, salvo dos excepciones, el derecho al libre tránsito o libre circulación cuando no cuenten con autorización legal para ello y limitaciones a los derechos políticos en el país receptor cuando estos derechos estén limitados a los nacionales. Por ende, los migrantes y refugiados están en pleno ejercicio de sus derechos políticos respecto de su país de origen, en especial el derecho al sufragio y a la participación política y de allí que éste tenga la obligación de garantizarlo.

Sin embargo, los refugiados, en el sentido amplio ya señalado, son considerados personas en especial situación de vulnerabilidad. Así lo ha afirmado la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución sobre “Protección de los migrantes” al señalar:

...la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus

Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular¹⁰.

Todos esos principios están recogidos en el Objetivo N° 19 del Pacto Global para la migración segura, ordenada y regular, que promueve la:

...participación y el compromiso político de los migrantes en sus países de origen, incluso en los procesos de paz y reconciliación, en las elecciones y en las reformas políticas, por ejemplo, estableciendo censos de votantes para los ciudadanos en el extranjero, y a través de la representación parlamentaria, de conformidad con la legislación nacional.

De igual manera, el Pacto Global, al enumerar las soluciones duraderas para atender crisis migratorias, resalta la necesidad de “facilitar la participación de los refugiados, en especial las mujeres, en los procesos de paz y reconciliación, y velar por que los resultados de esos procesos sustenten debidamente su regreso en condiciones de seguridad y dignidad”¹¹.

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado la condición de vulnerabilidad de los migrantes en general y de los refugiados y migrantes forzados en particular, al señalar que:

...los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado¹².

Esa vulnerabilidad también se ve reflejada en el ejercicio de los derechos políticos. A diferencia de los migrantes regulares y los residentes legales y permanentes, los refugiados y personas en situación de movilidad forzosa con frecuencia encuentran limitaciones para participar en asuntos políticos y públicos, como la falta de documentación requerida para el trabajo, residencia y demostraciones de hostilidad en el país de acogida.

Importa resaltar que la condición de vulnerabilidad implica, en términos de protección de derechos humanos, que los Estados tienen la obligación de garantizar sus derechos humanos tomando en cuenta sus especiales necesidades y circunstancias, bajo el principio de igualdad y no discriminación y conforme al criterio de debida diligencia, haciendo lo necesario para el goce de los derechos humanos incluso mediante acciones afirmativas, de ser necesario, logrando así su igualdad material.

¹⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes” de 24 de febrero de 2000.

¹¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/73/195, Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, 2019.

¹² Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Par. 112.

Por ende, tanto el Estado de origen como el Estado receptor de refugiados y migrantes forzados están en la obligación de protegerlos, respetando no solo el principio de no devolución, sino además estableciendo especiales condiciones para el ejercicio de los derechos humanos, en la medida en que sea necesario según sus circunstancias. Ejemplo de tales acciones afirmativas sería, en el caso del ejercicio del derecho al voto y a la participación política, establecer especiales garantías que faciliten a los migrantes forzados y refugiados ejercer el voto en el extranjero. Esas garantías o condiciones más flexibles se explican en la siguiente sección respecto de la operatividad del voto extraterritorial en condiciones extremas.

En consecuencia, la complejidad que implica organizar elecciones en el extranjero para permitir el derecho al voto de los migrantes forzados no puede ser excusa para impedir el ejercicio de ese derecho. Por el contrario, siendo un grupo vulnerable, los Estados están en la obligación de garantizar su derecho a la igualdad y no discriminación estableciendo especiales y más flexibles condiciones y especiales operativos electorales que sean necesarios para garantizar el ejercicio de ese derecho por parte de refugiados y migrantes forzados.

3. Operatividad del voto extraterritorial en condiciones extremas

3.1. Consideraciones generales

El régimen general o convencional del voto en el extranjero y sus particularidades –modalidades de votación, perfil del elector, requisitos, registro electoral, trámites de votación y escrutinio– están diseñados para contextos en los que las elecciones se desarrollan con relativa normalidad respecto de un perfil particular de electores –funcionarios diplomáticos, militares, profesionales, académicos, estudiantes en el exterior– muy diferente al perfil de migrantes forzados, refugiados y desplazados, es decir, de personas que están en complejas situaciones de movilidad forzosa, bien por razones políticas, económicas o sociales.

Conviene por ende analizar en qué medida las modalidades al uso del voto en el exterior, en particular de registro electoral y de la jornada de votación pueden aplicarse al caso de voto extraterritorial en condiciones extremas. Podemos adelantar desde ya que su aplicación será posible en la medida que se flexibilicen los requisitos o condiciones para ser elector (estatus legal y residencia), se refuercen campañas informativas al elector, se refuerce la efectividad de los trámites y fases electorales, dadas las dimensiones de la diáspora, se dé especial atención a campañas electorales y mecanismos de solución de conflicto.

Tres aspectos requieren particular importancia en el marco de la operatividad del voto en el extranjero bajo condiciones extremas: la posibilidad de suscribir acuerdos institucionales, la posibilidad de contar con cooperación internacional y el refuerzo de los mecanismos de observación electoral in-

ternacional. Tales aspectos no solo podrán apoyar la eficiencia del proceso electoral en todas sus fases, sino además aportarán legitimidad a un proceso por lo general polarizado y sin suficientes garantías de transparencia e integridad electoral.

Es importante destacar que las particularidades del voto en el extranjero en condiciones extremas deben quedar establecidas en un marco normativo antes de la elección. En otras palabras, es necesario establecer un marco regulador que establezca las especiales condiciones del ejercicio del derecho al voto extraterritorial en situaciones posconflicto o transicionales, de manera que haya seguridad jurídica respecto de las normas aplicables, competencias de los entes electorales, derechos y deberes del elector y el rol de la comunidad internacional.

3.2. Requisitos para ser elector

Los requisitos comúnmente exigidos en los sistemas electorales comparados para considerarse elector y ejercer voto extraterritorial se refieren a nacionalidad; edad mínima para votar y residencia en el extranjero (permanente o temporal y/o con estatus legal). Tales requisitos determinan la categoría de elector del ciudadano. Una vez que se cumplen con los requisitos para ser elector, es condición previa al ejercicio del voto estar inscrito o matriculado en el registro electoral.

En el caso del derecho al voto extraterritorial de migrantes forzados en condiciones extremas, esos requisitos en especial el relativo a la residencia, debe flexibilizarse. Así, la condición de refugiado –*lato sensu*– y en general de migrante forzoso implica precisamente un estatus diferente, protegido por el Derecho Internacional para grupos en especial situación de vulnerabilidad que se han desplazado de sus hogares y no cuentan con residencia permanente en el país receptor.

Por ende, no puede exigírseles residencia legal en sentido formal para ejercer su derecho al voto desde el extranjero en las elecciones de su país, siendo suficiente la nacionalidad y la edad necesaria para votar.

En todo caso, el requisito de “residencia legal”, desde los Estados de recepción, debería ser interpretado de manera flexible, a fin de entender por tal no solo a quien tenga formalmente otorgado al estatus migratorio regular –como el permiso o visa de residencia– en el país receptor, sino además aquellas personas que han sido beneficiadas de medidas de regularización, medidas temporales de protección, entre otras.

Otro aspecto fundamental es que no debe exigirse al migrante forzoso la intención u obligación de regreso a su país de origen como condición de ejercicio de su derecho al voto en el extranjero. Ello es contrario a la dignidad humana, al carácter no coactivo del derecho al voto, al derecho de no retorno cuando proceda y contrario al derecho a especial protección de las personas en condición de movilidad forzosa como grupo altamente vulnerable.

Interesa resaltar en ese sentido el caso de las elecciones posconflicto de Bosnia y Herzegovina de 1996. En el Acuerdo de paz de Dayton que precedió a esas elecciones se estableció la repatriación de refugiados en el sentido de que el ejercicio del derecho de votar de un refugiado debía interpretarse como la intención de regresar a su país de origen.

Esa disposición se ha entendido como una violación del principio de no repatriación y violación del principio de libertad del voto, que debe procurarse sin coacción y sin consecuencias adversas a su ejercicio. Se ha dicho, además, que esa repatriación forzosa inhibió el voto de muchos refugiados, quienes prefirieron no participar políticamente ni ejercer su derecho al sufragio para no regresar a su país de origen¹³. Por ello se trata de una práctica que se dejó de lado en posteriores experiencias de voto en el extranjero en situaciones posconflicto, dando preeminencia a la libertad del voto y carácter voluntario de vuelta al país de origen.

3.3. Registro electoral en condiciones extremas

3.3.1. Efectividad y modalidades de registro electoral

El registro electoral para el voto en el exterior bajo condiciones extremas plantea dos retos principales: de una parte, la efectividad del trámite de empadronamiento y actualización de los potenciales electores, y de otra la documentación requerida como prueba de la condición de elector.

En cuanto al primer reto, la baja capacidad institucional del árbitro electoral luego de un período de conflicto o de régimen autoritario, puede llevar a que el registro electoral no esté depurado y no exista base de datos actualizada de la diáspora, la cual como se señaló suele ser de grandes dimensiones y producto de abruptos y forzosos movimientos migratorios. Por ende un primer reto para esas elecciones es actualizar el registro, lo cual requiere tiempo suficiente para depurarlo y organizar la elección.

El caso de las elecciones de Afganistán de 2004 es ejemplo de un registro electoral para el voto en el extranjero de elecciones posconflicto que no contó con tiempo suficiente para incluir a todos los potenciales electores de la diáspora. En esa ocasión, se solicitó el apoyo de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) pero ésta solo contó con 69 días para la realización del registro de votantes y coordinación de los actos electorales, lo que trajo como consecuencia que un número significativo de potenciales electores no pudieran registrarse ni votar¹⁴.

Como se analiza más adelante, los acuerdos institucionales que pueden celebrarse entre el Estado de origen y organismos internacionales han facilitado la actualización y depuración del registro electoral en pasadas experiencias, en especial mediante el aporte de la tecnología necesaria para el

¹³ Lacy, Brett “Aspectos relacionados con los países anfitriones”, *Voto en el Extranjero*, IDEA, 2007, p. 154.

¹⁴ Ibid., p. 167.

registro automatizado o por internet, o bien con capacitación del personal electoral y campañas informativas a los electores en situación movilidad forzosa.

Ejemplo de estos acuerdos son los casos de las elecciones de Kosovo 2000-2001, Iraq 2004, Afganistán 2004 y Libia 2010 en las cuales organismos tales como la OMI y el ACNUR prestaron su apoyo a solicitud del Estado de origen para la actualización del registro electoral de refugiados y demás migrantes forzados. En el caso concreto de las elecciones de Iraq de 2010, la autoridad electoral competente solicitó al ACNUR el acceso a su base de datos de refugiados inscritos como modo de facilitar la actualización del registro para el voto en el exterior.

Asimismo, y en cuanto a la modalidad de registro electoral, los ejemplos antes señalados demuestran que el registro electoral automatizado o por internet es el más efectivo y para ello, como se dijo, los acuerdos institucionales celebrados con organismos internacionales han servido para el proveimiento del software necesario.

En elecciones realizadas en épocas anteriores, como la de Afganistán de 2004, el registro electoral fue presencial, sin embargo se necesitaron muchos centros o estaciones de registro para facilitar este trámite. Solamente en Pakistán se instalaron 1657 estaciones de registro en 630 centros electorales ubicados en ocho zonas urbanas y campos de refugiados afganos a lo largo del país¹⁵.

3.3.2. Documentación requerida para el registro electoral

El segundo reto es la falta de documentación del refugiado o migrante forzoso como prueba de su condición de elector para ser registrado y poder votar. Es frecuente que el refugiado o migrante forzoso no cuente con documentos de identidad vigentes exigidos para el registro de electores en el extranjero. Frente a esa situación se hace necesario flexibilizar los requisitos de registro electoral en especial documentos de identidad y de residencia y el modo de inscripción, permitiendo presentar cualquier documento de identidad de forma alternativa, incluso documentos no vigentes¹⁶. Asimismo, si ya estaba inscrito como elector en su país podrá usarse el registro previo y su huella digital como modo de comprobación de la identidad del elector.

En las elecciones de Afganistán de 2004, ante la falta de documentación como prueba de identidad de muchos electores refugiados en Pakistán, se aplicó un procedimiento especial de entrevista. En esa misma elección se aceptó la tarjeta de refugiados emitida por el gobierno de Irán como docu-

¹⁵ Ibid., p. 169

¹⁶ Fischer, Jeff, "Los derechos políticos de los refugiados y las personas desplazadas: el derecho al voto y la participación", *Voto en el extranjero*, cit., p. 163 y 167.

mentación suficiente para el registro electoral de Afganistán¹⁷. En cambio, en el caso de las elecciones de Bosnia y Herzegovina de 1996 y de los años subsiguientes, se exigió a los refugiados la prueba de identidad y residencia al momento del registro electoral, lo cual implicó que un número considerable de refugiados no pudiesen empadronarse y votar por falta de documentación¹⁸.

En síntesis, los aspectos fundamentales del registro electoral en el extranjero en condiciones extremas son la optimización y automatización de los modos de empadronamiento frente a lo cual el registro electrónico es el más conveniente y efectivo en caso de diásporas de grandes dimensiones, para lo cual es conveniente celebrar acuerdos institucionales y flexibilizar los requisitos de registro electoral, en especial los documentos de prueba de identidad. El principio de antiformalismo debe privar en estos casos, dando prioridad a la inscripción del mayor número de electores posibles de la diáspora.

3.4. Jornada electoral

La precaria institucionalidad electoral y capacidad presupuestaria, y el volumen masivo de la diáspora en proceso electorales posconflicto o en transiciones democráticas, pueden hacer particularmente compleja la jornada de votación en el extranjero. En estos casos, las dificultades propias de cada una de las modalidades de voto en el extranjero –presencial, electrónico, por correo o por poder– se agravan en virtud de la situación institucional, política, económica y de movilidad humana extrema presente en elecciones posconflicto.

En el caso particular de las votaciones presenciales, existe frecuentemente la dificultad de establecer centros de votación cercanos a todos o la mayoría de los votantes de una diáspora de millones de migrantes o refugiados. Asimismo, la inefficiencia del servicio postal en las elecciones por correo y la complejidad del voto automatizado por el limitado acceso a internet de los migrantes forzados y carencia de tecnología suficiente por parte del órgano electoral, se ven exacerbadas en elecciones realizadas bajo condiciones extremas que, como se dijo, se caracterizan por la precariedad institucional y presupuestaria más una diáspora de grandes dimensiones.

Las experiencias comparadas reflejan que la modalidad más utilizada en estos casos es la votación presencial o en persona, la cual a pesar de los retos que implica, es la que ofrece mayores garantías de transparencia y participación. Por ejemplo, en las elecciones de Iraq de 2005 y de 2010 la

¹⁷ Ibid., p. 168.

¹⁸ Sin embargo, de acuerdo al reporte del OIM, "Case Studies on the Participation of Conflict Forced Migrants in Elections", Participatory Elections Project (PEP), el artículo 16 de las Reglas y Regulaciones dictadas con motivo de esa elección permitía la identificación del elector mediante un amplio rango de documentos oficiales tales como certificado de nacimiento, certificado de ciudadanía, pasaporte, tarjeta de identificación ciudadana, licencia de conducir, certificado de residencia, tarjeta militar, tarjeta de salud, entre otras. https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pnadf326.pdf

votación fue presencial y se llevó a cabo durante un período de tres días para facilitar el traslado de los votantes. En ellas se aplicaron procedimientos y garantías similares a las de la votación dentro del territorio y se utilizó tinta indeleble para garantizar una persona un voto. El escrutinio de los votos se hizo en el sitio y se enviaron posteriormente los resultados a la sede de la administración electoral dentro de Iraq¹⁹.

De manera similar, el voto extraterritorial de las elecciones presidenciales de Turquía de 2014 se realizó de forma presencial y anticipada durante cuatro días, permitiendo así el voto de la diáspora de casi tres millones de electores turcos. En esta elección, en cambio, el escrutinio de los votos no se realizó de inmediato sino que se enviaron las papeletas a Turquía donde fueron contabilizadas con posterioridad.

En el caso de las elecciones de Afganistán de 2004, se optó también por votación personal considerando la insuficiencia de la infraestructura postal de los países involucrados en la elección, al igual que sucedió en la elección de Timor del Este de 1999, en la que no se permitió el voto por correo ni por poder (*proxy vote*)²⁰. En contraste, en las elecciones de Kosovo 2000-2001 la votación se realizó por ambas modalidades, presencial y por correo postal.

En relación con la ubicación de los centros de votación, el voto presencial suele también requerir cierta flexibilidad o condiciones adicionales respecto de las elecciones extraterritoriales convencionales. Así, la jornada de votación puede realizarse en lugares estratégicamente localizados donde hay mayor presencia de la diáspora, en adición o en sustitución de las sedes diplomáticas o consulares. Para la instalación y gestión de esos centros electorales, el mantenimiento del orden público durante la jornada electoral, traslado del material electoral, entre otros, se suele acudir a acuerdos institucionales con los países receptores y con organismos internacionales, como se explicará de seguidas.

3.5. Observación electoral

La observación electoral consigue especial relevancia cuando se trata de elecciones posteriores a conflictos armados o autoritarismos. Son tales supuestos los que ameritan especial atención de las misiones de observación a fin de evaluar la elección de acuerdo con los estándares internacionales y aportar transparencia al proceso electoral que se realiza en situaciones de tensión política, ausencia de estado de derecho y de estabilidad institucional. De hecho, las primeras experiencias de observación electoral internacional fueron precisamente en elecciones bajo condiciones extremas, luego de lo cual se ha convertido en una práctica usual en el marco de procesos electorales incluso en democracias consolidadas y países con alto índice de integridad electoral.

¹⁹ Fischer, Jeff, "Los derechos políticos de los refugiados y las personas desplazadas: el derecho al voto y la participación", pp. 180-181.

²⁰ OIM, https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pnadf326.pdf p. 58.

La observación electoral internacional, realizada por organizaciones no gubernamentales de seguimiento electoral y organismos internacionales, regionales o multilaterales, como por ejemplo la Organización de Estados Americanos (OEA), la Unión Europea, el Centro Carter, la OIM, entre otras, suelen dar especial relevancia a la observación electoral en elecciones transicionales y de grandes diásporas, sin perjuicio de que pueda hacerse también observación nacional.

La modalidad y alcance de la observación electoral dependerá del modo de voto en el extranjero en cada caso, es decir, según sea por correo, electrónico o presencial.

Según Volland algunos de los aspectos a observar son los siguientes²¹: i) La evaluación del entorno político en donde se desarrollará la votación en el extranjero; ii) La evaluación del marco legal y de los pesos y contrapesos con que cuenta el sistema; iii) La evaluación del carácter inclusivo o no de la elección, es decir, a quiénes se ha dado la condición de elector y si se ha permitido a todos los nacionales migrantes y refugiados que ejerzan su derecho al voto; iv) La evaluación de la campaña electoral, con especial referencia a las redes sociales y actos proselitistas en el país receptor; v) El registro electoral, la efectividad de los mecanismos de registro y la flexibilidad o no en los documentos de identidad y de nacionalidad aceptados para poder ser inscrito; vi) Si la votación se realiza personalmente se debe observar la ubicación de los centros de votación y el acceso de los votantes a dichos centros, así como la compilación de los materiales electorales, garantías del carácter secreto y libre del voto y el procedimiento de escrutinio; vii) Si la votación se realiza por correo se tiene que observar la verificación de las listas de electores, la efectividad y transparencia en la distribución, recepción y verificación del material de votación y el escrutinio; y viii) Si el voto es electrónico, se debe evaluar el modo de instrumentación del sistema incluyendo las reglas para verificar la identidad de los electores, los registros auditables y la validación que realiza el organismo electoral.

3.6. Acuerdos institucionales

3.6.1. Justificación y contenido de los acuerdos institucionales

Aspecto clave del éxito del voto en el extranjero bajo condiciones extremas y que lo diferencia del convencional son los acuerdos institucionales que el país de origen puede suscribir buscando la colaboración de actores internacionales en la organización y desarrollo del voto de la diáspora. Esos acuerdos pueden traducirse en memorandos de entendimiento o convenios con el país receptor, con instancias internacionales o regionales o bien con organismos no gubernamentales que prestan ayuda a refugiados y migrantes forzados o con experticia en procesos electorales.

²¹ Volland, Karen, "Observación del voto en el extranjero", *Voto en el extranjero*, IDEA, p. 217.

Así, en condiciones normales el voto en el extranjero suele ser organizado y administrado por el árbitro o institución electoral en conjunto con las sedes diplomáticas o consulares del país actuando como órganos electorales auxiliares. La Administración electoral suele establecer el cronograma electoral, coordinar el envío del material y la logística del acto de votación y escrutinio en el exterior con las autoridades diplomáticas y consulares, tomando en cuenta las peculiaridades de las mismas, como número de electores inscritos, husos horarios, entre otros, pues la administración electoral suele tener capacidad institucional suficiente para ejecutar el proceso electoral y asumir la tarea dentro de su “territorio” en la sede consular.

Distinto es el caso de votaciones en condiciones extremas, en las que suelen haber situaciones de enfrentamiento o polarización política y donde la capacidad institucional de la administración electoral es limitada y las votaciones involucran una diáspora de considerables dimensiones; por ende se requiere colaboración internacional tanto para reforzar la legitimidad y orden público durante el proceso como para facilitar la operatividad del proceso electoral. En definitiva, se persigue realizar acuerdos interinstitucionales con órganos del país receptor u organismos internacionales que puedan colaborar en el desarrollo del proceso electoral en el extranjero, bien aportando recursos y tecnología, bien aportando confianza y transparencia al proceso.

También el Derecho Internacional justifica la suscripción de acuerdos internacionales en el caso del voto en el extranjero de migrantes forzados y refugiados. Así, no solo el país de origen sino también los países receptores están en la obligación de facilitar el ejercicio de los derechos humanos de estos grupos vulnerables, en especial refugiados, incluido el derecho al voto. En estos casos opera el principio de “cargas compartidas equitativamente” según el cual todos los Estados tienen responsabilidad compartida en la asistencia de los refugiados, lo que podría hacer variar la asunción de ciertas cargas de la elección. Asimismo, los organismos internacionales de protección de migrantes forzados y refugiados, como el ACNUR u organismos regionales como la OEA y la CIDH asumen compromisos de facilitadores en la garantía del ejercicio de los derechos humanos.

El alcance de la cooperación y de la responsabilidad del país receptor y organismos internacionales puede variar según el contexto de cada elección en el extranjero. El contenido de los acuerdos debe incluir el modo de realización de la elección, el apoyo logístico, la administración y control de recursos y, en contraparte, el compromiso del Estado de origen respecto de los límites de actividades políticas o proselitistas en territorios extranjeros, así como garantías de respeto de la soberanía del país anfitrión y modos de resolución de eventuales conflictos. Brett ejemplifica algunas de las formas en que el país receptor puede cooperar durante la elección extranjera en su territorio:

Los países anfitriones pueden jugar un papel en los programas de voto en el extranjero, en temas como los siguientes: proveer y resguardar información, incluyendo datos demográficos; localizar espacios adecuados para oficinas; asegurar libertad de movimiento (del personal electoral, supervisores y obser-

vadores, representantes de partidos y electores); otorgar permisos aduanales para el material electoral, incluyendo las papeletas de votación; expedir documentos de viaje, incluyendo visas; exentar el pago de impuestos u otros cargos; ayudar en el reclutamiento de personal; proveer seguridad adecuada; y facilitar el despliegue de observadores electorales, supervisores y representantes de partidos políticos²².

En otras ocasiones los acuerdos pueden ser necesarios para facilitar el uso de espacios donde instalar centros de inscripción y de votación, por ejemplo en ciudades donde no hay sede diplomática o consular pero hay un número significativo de electores.

Aspecto fundamental en el marco de cooperación internacional o institucional es la asignación de recursos económicos, los cuales deben ser administrados con estrictos estándares de transparencia. Así, el costo y operatividad del voto en el extranjero es particularmente oneroso en casos de diásporas numerosas y países con situaciones extremas de movilidad forzosa. La regla general es que el país de origen asume los costos, sin embargo la debilidad institucional durante situaciones post conflicto o en transiciones democráticas puede mermar esa capacidad financiera y requerir de cooperación externa. En tales casos, una de las soluciones es celebrar acuerdos o arreglos institucionales con el país anfitrión²³, y organismos internacionales que puedan dar apoyo económico.

En algunos casos, como las elecciones de Afganistán de 2004, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Banco Mundial, entre otras entidades internacionales, administraron los fondos recaudados en donación para la ejecución del proceso electoral²⁴.

3.6.2. Experiencias y buenas prácticas de organizaciones internacionales que han facilitado el voto en el extranjero en condiciones extremas

3.6.2.1. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM)

La OIM es la principal organización intergubernamental en el ámbito de la migración. Cuenta con 174 Estados miembros y 8 Estados con estatuto de observadores. Trabaja en estrecha colaboración con asociados gubernamentales, intergubernamentales y no gubernamentales. Su objetivo, en los términos establecidos en su documento constitutivo o Constitución²⁵, es:

...cerciorarse de una gestión ordenada y humana de la migración; promover la cooperación internacional sobre cuestiones migratorias; ayudar a encontrar soluciones prácticas a los problemas migratorios; y ofrecer asistencia humanita-

²² Lacy, Brett "Aspectos relacionados con los países anfitriones", cit., p. 148.

²³ Ibid., p. 145.

²⁴ Ibid., p. 168.

²⁵ <https://www.iom.int/es/constitucion>

ria a los migrantes que lo necesitan, ya se trate de refugiados, de personas desplazadas o desarraigadas.

Como señala el Reporte de la OIM a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) de 2015²⁶, esa organización cumple un rol fundamental en el apoyo para el respeto efectivo de los derechos humanos de los migrantes y una de sus misiones es “el apoyo del ejercicio del derecho al voto de los migrantes y refugiados” para lo cual actúa a solicitud de los países de origen. Esa misión la cumple mediante acuerdos institucionales y asociación con organismos internacionales, sociedades civiles, organismos electorales nacionales y representantes de gobiernos, que permiten que la OIM organice elecciones o preste apoyo en el voto en el extranjero de migrantes.

En algunos casos el apoyo se dirige a la realización de campañas informativas, planes de acción, capacitación especializada tanto en el país de origen como en el receptor, y apoyo en registro electoral y jornada electoral. En otros casos la solicitud de apoyo es que actúe como organismo de observación electoral internacional o bien facilitando la cooperación entre los diferentes actores institucionales, especialmente respecto de migrantes forzados y en situaciones de conflicto²⁷.

Algunas de las elecciones en las cuales la OIM ha colaborado en la ejecución del voto en el extranjero de diásporas en condiciones extremas a solicitud de los Estados de origen son las siguientes:

Libia (2014). En el marco de las elecciones tanto de Asamblea Constituyente como del Consejo de Representantes de Libia –autoridad legislativa interina durante el período de transición– ambas celebradas en 2014, la OIM actuó como socio implementador de la administración electoral de Libia y otorgó apoyo tecnológico y de campo en materia de registro electoral, información al elector y observación electoral, y en la organización de los actos de votación y escrutinio del voto en el extranjero de la diáspora de ese país²⁸.

En esa oportunidad la OIM colaboró en la implementación de aplicaciones móviles para la gestión de redes sociales y tecnología consistente en software especialmente desarrollado que permitió la inscripción en línea de más de 10.000 electores de Libia en 22 localidades de 13 países.

La OIM también desplegó operativos de campo durante 7 semanas para realizar campañas informativas a los electores, en la cual también participaron voluntarios, estudiantes, embajadas y consulados de Libia.

²⁶ <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/EqualParticipation/contributions/IOM.pdf>

²⁷ OIM, “The role of OIM. Migrants and equal” <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/EqualParticipation/contributions/IOM.pdf>, p. 1 y 5.

²⁸ <https://www.iom.int/es/news/la-oim-apoya-la-votacion-de-ciudadanos-libios-en-el-extranjero> y <https://www.iom.int/es/news/la-oim-implemento-votacion-fuera-del-pais-para-libia>

El proceso de votación fue presencial, y en él participaron el 38% de los registrados en el extranjero y el escrutinio fue manual, inmediatamente después de la elección desarrollándose en presencia de observación internacional y, según reportes de la OIM, sin mayores inconvenientes²⁹.

Sudán (2011). En el año 2011 se llevó a cabo el proceso de referendo para decidir si Sudán del Sur permanecería como parte de Sudán o procedía la secesión, como parte del Acuerdo de Paz de 2005 que culminó dos décadas de conflicto en ese país.

La OIM celebró un Memorando de Entendimiento con la Comisión de Referendo de Sudán del Sur (SSRC, siglas en inglés), para dar apoyo logístico y tecnológico, en particular colaborar en la organización y supervisión de los procedimientos de registro, votación, clasificación, escrutinio y declaración de los resultados del voto en el extranjero³⁰. Las elecciones se llevaron a cabo presencialmente en Australia, Canadá, Egipto, Etiopía, Kenia, Uganda, Reino Unido y Estados Unidos de América.

Ecuador (2006-2009). Durante los años 2006 a 2009 Ecuador llevó a cabo varios procesos electorales en los cuales se permitió el voto de su diáspora con el apoyo de la OIM³¹.

Así, en 2006 se llevaron a cabo elecciones presidenciales en Ecuador en primera y segunda vuelta. En esa oportunidad, la Misión Permanente de ese Estado ante la ONU solicitó apoyo a la OIM a fin de supervisar el voto en el extranjero de la diáspora ecuatoriana en los consulados que contaban con mayor número de votantes registrados. Para ello la OIM actuó en coordinación y mediante acuerdos con el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Tribunal Supremo Electoral y se facilitó el voto de 143.352 electores inscritos en los consulados ecuatorianos en 42 países.

En los años siguientes se efectuaron consultas populares para la elección de los miembros de la asamblea nacional constituyente (2007), la aprobación del nuevo texto constitucional (2008) y elecciones presidenciales en 2009. En todos esos procesos la OIM actuó como observadora electoral internacional en las ciudades con mayor número de empadronados ecuatorianos a nivel mundial, entre otras: Madrid, Barcelona y Murcia en España; Milán en Italia; Nueva York y Nueva Jersey en Estados Unidos; Santiago en Chile y Caracas en Venezuela³².

²⁹ <https://www.iom.int/es/news/la-oim-implemento-votacion-fuera-del-pais-para-libia>

³⁰ <https://www.iom.int/news/iom-organizes-out-country-registration-and-voting-sudanese-referendum>

³¹ Si bien no puede considerarse que Ecuador estuviese en una situación posconflicto armado o de transición democrática en 2006, se hace referencia a este caso como ejemplo de apoyo institucional de la OIM respecto del voto en el extranjero de diásporas de considerable dimensión y con institucionalidad electoral media.

³² OIM, <https://www.iom.int/es/news/el-proceso-electoral-del-referendum-de-la-nueva-constitucion-se-desarrolla-satisfactoriamente> y <https://www.iom.int/es/news/la-oim-supervisa-las-votaciones-realizadas-en-el-extranjero>

Iraq (2004). En las elecciones de Iraq 2004 la participación de la OIM fue aún mayor que en las anteriormente descritas; en esta oportunidad actuó como órgano de coordinación y organización del proceso electoral. Para tal fin, la OIM firmó un acuerdo con la Comisión Electoral Independiente de Iraq (CEI) para ejecutar un “programa de voto en el extranjero” en el marco de las elecciones de la Asamblea Nacional de Transición de 2005, la primera votación democrática de Iraq luego del período de conflicto armado. Mediante ese programa la OIM colaboró en la celebración de acuerdos con 14 países seleccionados para efectuar el voto de la diáspora iraquí (Australia, Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Irán, Jordania, Países Bajos, Suecia, Siria, Turquía, Emiratos Árabes Unidos, Reino Unido y EE.UU.), y organizó “el reclutamiento, capacitación y despliegue de más de 7000 miembros del personal de registro y votación, de los cuales más del 90% eran iraquíes”.

En el marco de esas elecciones se habilitaron 74 centros de registro en 36 ciudades diferentes, en las cuales se registraron 279.785 iraquíes; la OIM asimismo coordinó la jornada de votación y de escrutinio o conteo de votos, en la cual participó el 94,8% de los electores registrados para votar³³.

Afganistán (2004). En la elección presidencial de Afganistán de 2004 el rol de la OIM también fue fundamental. la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán (UNAMA) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), junto con el Organo Conjunto de Gestión Electoral Afgano, firmaron un acuerdo para la coordinación del voto en el extranjero de la diáspora afgana en Irán y Pakistán.

Para ello se firmó también un Memorando de Entendimiento entre el Gobierno de Afganistán, la UNAMA y los Gobiernos de Irán y Pakistán, en el que se establecía que tales gobiernos brindarían apoyo durante las jornadas de registro de electores y de votación, estableciendo lugares para esas jornadas, campañas de educación cívica e información pública, facilitando transporte de material y manteniendo el orden público. Se ha señalado que se trató de “el programa de voto en el extranjero más grande hasta la fecha en términos del número de electores registrados y de participación electoral fuera del país de origen”³⁴.

En esa oportunidad la OIM organizó la jornada de registro y de votación, lo que requirió establecer siete oficinas de campo en múltiples ciudades de ambos países, empleando a 11.706 funcionarios electorales en Pakistán y 8.252 en Irán.

Como reporta la OIM, se trató de una compleja pero exitosa operación que en menos de tres meses logró el registro de más de 800.000 electores y la organización y realización de la elección sin mayores incidentes a pesar de los riesgos de seguridad³⁵.

³³ https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbdl486/files/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/activities/mepmm/op_support/esu_ocv_080107.pdf

³⁴ Lacy, Brett “Aspectos relacionados con los países anfitriones”, cit., p. 152

³⁵ https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbdl486/files/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/activities/mepmm/op_support/esu_ocv_080107.pdf

Kosovo (2000-2001). En el marco del esfuerzo internacional para normalizar la situación sociopolítica de Kosovo, la Misión de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK) solicitó a la OIM coordinar los aspectos logísticos y operativos para el registro y voto de los electores de Kosovo residentes en el exterior para las elecciones municipales del año 2000, logrando registrarse aproximadamente 300.000 electores, de manera presencial y por correo.

En el año 2001 la OIM organizó el registro y voto presencial de la diáspora de Kosovo para las elecciones de la Asamblea de ese país, de nuevo mediante la modalidad presencial y por correo, en las ciudades con mayor número de votantes, como Serbia, Montenegro, Albania y Macedonia.

Asimismo la OIM colaboró en la campaña informativa y comunicacional a los electores de todas las etnias, particularmente a las minorías, con el apoyo de grupos de refugiados, organizaciones no gubernamentales y misiones diplomáticas en 37 países.

Bosnia y Herzegovina (1996). Con ocasión del Acuerdo de Paz de Dayton de 1995, se encargó a la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) la organización y realización de elecciones generales, como objetivo fundamental del establecimiento de la paz, estabilidad y democracia.

La OSCE apoyó la creación de un Grupo Directivo de Elecciones de Refugiados (RESG) de emergencia, el cual asumió los operativos de registro electoral y jornada de votación a través de la OIM. Tales organizaciones –RESG, el Secretario General de la OSCE y la OIM– firmaron un memorando de entendimiento en el que se determinó cómo se implementaría el voto en el extranjero. En paralelo, la RESG coordinó observadores electorales durante diferentes fases del proceso electoral y de actuación de partidos políticos. Se logró así el registro de 630.257 votantes de la diáspora de Bosnia y Herzegovina, de los cuales el 62,5% efectivamente ejerció el voto³⁶.

3.6.2.2. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

El ACNUR, creado en 1950, es un órgano subsidiario de la Asamblea General de la ONU y tiene el mandato de brindar protección internacional y buscar “soluciones permanentes para el problema de los refugiados”, a la par que a los respectivos gobiernos involucrados³⁷. A solicitud de los Estados, el ACNUR ha facilitado el voto en el extranjero de refugiados y migrantes forzados; por ejemplo en los siguientes casos:

República Centroafricana (2016). En el marco de las elecciones presidenciales de la República Centroafricana de 2016 y en colaboración con la entonces administración provisional y la Autoridad Electoral Nacional de ese país y los Estados receptores de refugiados, el ACNUR facilitó el voto de la

³⁶ Ibid.

³⁷ Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 14 de diciembre de 1950, Resolución 428(V), Asamblea General de las Naciones Unidas, pár. 1.

diáspora a través de campañas de información del elector, formación de personal electoral, transporte de material electoral y aportó apoyo técnico y logístico para asegurar “el carácter voluntario del proceso electoral en un entorno seguro”³⁸.

Iraq (2010). En las elecciones del Consejo de Representantes de Iraq de 2010, la Alta Comisión Electoral Independiente (ACEI) de Iraq solicitó al Acnur colaboración como facilitador del voto en el extranjero de los refugiados iraquíes que vivían en los países vecinos de ese país, en especial Siria, Jordania y Líbano. En esa elección también se contó con la asistencia técnica de la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Iraq (UNAMI)³⁹.

Según reportes del Acnur su asistencia se limitó “a proveer datos demográficos sobre los iraquíes registrados, a informar a los iraquíes de su derecho a participar en las elecciones y a prestar el apoyo logístico necesario para un proceso electoral pacífico y sin problemas”⁴⁰. En esa oportunidad se estimaba una diáspora iraquí de más de dos millones de personas, muchas de ellas refugiadas, huyendo de la situación de violencia y conflicto generada desde 2003. Para lograr mayor efectividad del ejercicio del voto en el extranjero, se organizó una jornada electoral por anticipado, es decir, la diáspora votó días antes de la fecha en que se celebró la elección dentro del territorio de Iraq.

3.6.2.3. Fundación Internacional para Sistemas Electorales (IFES)

La IFES sustenta el derecho de los ciudadanos a participar en elecciones libres y justas⁴¹. Entre otros objetivos, IFES colabora con organizaciones de la sociedad civil, instituciones públicas y sector privado, aportando asistencia técnica en las diferentes fases de procesos electorales, fomentando la buena gobernabilidad y los derechos democráticos⁴².

En las elecciones antes reseñadas de Iraq de 2010, la ACEI de ese país también solicitó la asistencia de IFES para la implementación del voto en el extranjero. El apoyo de IFES consistió en proporcionar asistencia técnica a la ACEI en el diseño, preparación e implementación del voto en el extranjero, apoyo que continuó incluso algunas semanas luego de realizado el acto de votación⁴³. Del mismo modo, en las elecciones de Afganistán 2004, IFES se

³⁸ <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2016/2/5b7e713332/miles-de-refugiados-votan-en-la-segunda-vuelta-de-elecciones-presidenciales-de-rca.html> y <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2016/2/5b7e713310/intervista-el-papel-vital-de-acnur-para-permitir-el-voto-de-los-refugiados-centroafricanos.html>

³⁹ <https://www.ifes.org/publications/electoral-technical-assistance-iraq-out-country-voting>

⁴⁰ <https://www.acnur.org/noticias/briefing/2010/2/5b7e70321d/acnur-facilitara-el-voto-desde-el-extranjero-para-las-elecciones-iraquies.html>

⁴¹ <https://www.ifes.org/who-we-are>

⁴² <https://www.ifes.org/issues/electoral-management>

⁴³ <https://www.ifes.org/publications/electoral-technical-assistance-iraq-out-country-voting>

solicitó la colaboración de IFES para la gestión técnica de los programas de registro y votación en el extranjero.

3.7. Resolución de conflictos

En elecciones celebradas bajo condiciones extremas, en especial cuando existen altos niveles de polarización política y bajos índices de integridad electoral, es fundamental reforzar los mecanismos de solución de conflicto tradicionales y establecerlos según la modalidad de voto en el exterior –presencial, por correo, o por internet– que se adopte. Sin embargo, la baja capacidad institucional y el deterioro del estado de derecho son índice de falta de independencia de las instancias electorales –administrativas y judiciales– nacionales para solucionar conflictos surgidos con ocasión de los procesos electorales, como por lo demás reitera el Pacto Global de Refugiados.

Aspecto relevante es que los acuerdos políticos generados con ocasión o como causa de esas elecciones no pueden significar renuncia a las vías judiciales, extrajudiciales y políticas de resolución de conflictos. Por el contrario, es necesario establecer mecanismos alternos, de ser necesario bajo el arbitraje de organismos internacionales o terceros imparciales.

Asimismo, tanto los acuerdos políticos como los acuerdos institucionales de cooperación internacional, especialmente entre el Estado de origen y el Estado receptor deben dejar muy clara la jurisdicción competente para la resolución de conflictos que puedan suscitarse en cualquiera de las fases del ciclo electoral.

Dichos acuerdos deben además reforzar el resguardo del material y documentación electoral como medios de prueba frente a posibles impugnaciones.

4. Principales retos del voto en el extranjero bajo condiciones extremas y algunas propuestas para procurar su efectividad

4.1. Principales retos del voto extraterritorial en condiciones extremas

4.1.1. Ausencia de estado de derecho y de condiciones de integridad electoral

El primer reto a considerar en el marco de elecciones realizadas en transiciones democráticas es el bajo o muy bajo índice de estado de derecho en el Estado en que realiza la elección, lo que implica ausencia o deficiencia de separación de poderes, de independencia judicial, de independencia del árbitro electoral.

En muchos casos esa precariedad es consecuencia de un régimen autoritario que ha minado o continúa minando las bases del estado de derecho y que ve las elecciones como arma política para continuar en el poder, y no como el ejercicio de los derechos políticos y expresión de pluralismo y alternancia de gobiernos.

Asimismo, y como consecuencia directa de los bajos índices de estado de derecho, las elecciones en circunstancias extremas se caracterizan por ausencia de condiciones de integridad electoral, lo que implica que no hay garantías suficientes para lograr elecciones libres y justas que sean fiel reflejo de la voluntad de la mayoría de los electores ni hay suficientes garantías de transparencia electoral. Esa ausencia de garantías afecta el voto dentro del territorio pero muy especialmente el voto en el extranjero que es siempre, *per se*, más vulnerable a la falta de garantías.

La carencia de condiciones de integridad electoral conlleva a la falta de transparencia antes, durante y después de la elección, pues usualmente no existe un marco normativo electoral acorde a los estándares internacionales ni se cuenta con un árbitro electoral imparcial ni mecanismos efectivos de solución de disputas electorales.

4.1.2. Ausencia de capacidad institucional y financiera del árbitro electoral

En elecciones bajo condiciones extremas, en especial en elecciones posconflicto, la capacidad institucional y operativa del árbitro electoral es precaria y no es capaz de organizar y dirigir un proceso electoral por demás complejo como es el voto extraterritorial de una diáspora de grandes dimensiones.

Asimismo, suelen ser limitados los recursos financieros para asumir el costo de esta jornada electoral que es onerosa en términos económicos, tecnológicos y operativos.

4.1.3. Ausencia de voluntad política del país de origen y países receptores

Como antes se señalaba, los países que requieren elecciones en contextos de transición suelen contar con régimen autoritario que manipula o pretende manipular el voto en extranjero, bien permitiéndolo o bien restringiéndolo según su conveniencia política. No siempre hay, por ende, voluntad política de otorgar derecho al voto a la diáspora.

En efecto, estudios demuestran cómo en las últimas décadas regímenes no democráticos han reconocido el voto extraterritorial a sus nacionales que viven en el extranjero, por ejemplo, Turquía, Indonesia, Argelia, Túnez y Marruecos, con la intención de mantener la fachada pluralista y democrática y dar legitimidad a la autocracia, resolver conflictos internos del régimen, presiones por parte de la comunidad internacional para dar mayor participa-

ción política, reforzar el partido de gobierno o intimidar a la oposición⁴⁴. Asimismo, se ha analizado cómo regímenes autoritarios o autocracias electorales facilitan o restringen el voto en el extranjero según convenga o no al partido de gobierno, para lo cual se analizó el caso de Turquía y Venezuela⁴⁵.

De este modo, se ha advertido en ocasiones que el solo reconocimiento del derecho al voto de la diáspora no debe significar automáticamente un signo de democratización pues se insiste, los gobiernos autoritarios suelen manipular y abusar del voto extraterritorial. Es necesario evaluar el contexto y condiciones en que se otorga el ejercicio de ese derecho, determinar en qué medida se está manipulando y en qué medida llevará a una mayor polarización y por ende buscarse paralelamente otras formas de participación política de la diáspora⁴⁶. La observación electoral juega un rol importante en ese sentido.

De otra parte, la ausencia de voluntad política puede también operar en los países receptores, los cuales por razones de soberanía, roces en las relaciones diplomáticas o consulares con el país de origen, o bien por actitudes estigmatizantes o discriminatorias frente a los migrantes suelen no apoyar el voto en el extranjero dentro de sus territorios o bien pueden exigir a cambio que se apliquen mecanismos de repatriación luego de la elección.

4.1.4. Diáspora de proporciones masivas y precaria situación migratoria de la diáspora

Las elecciones en condiciones extremas de democracias débiles o emergentes suelen ser consecuencia de graves crisis humanitarias, económicas y políticas que llevan a masivos fenómenos de movilidad humana forzosa, en especial de refugiados, desplazados y personas que buscan asilo o protecciones complementarias, que no cuentan con residencia, documentación y cuya ubicación dificulta la operatividad del registro de electores y del proceso de votación.

4.2. Algunas propuestas para procurar la efectividad y éxito del voto en el extranjero en condiciones extremas

Voluntad política. Es necesario procurar voluntad política del país de origen respecto del voto de la diáspora. La ausencia de estado de derecho, como antes se explicó, implica que el éxito del voto en el exterior y del proceso electoral no descansa en las garantías jurídicas sino en la voluntad del

⁴⁴ Brand, Laurie A. "Authoritarian States and Voting From Abroad: North African Experiences." *Comparative Politics* 43, no. 1 (2010), p. 88; y Aahin-Mencutek, Zeynep, and M. Murat ErdoAan. "The Implementation of Voting from Abroad: Evidence from the 2014 Turkish Presidential Election". *International Migration* 54, no. 3, 2016, pp. 173–86.

⁴⁵ Umpierrez de Reguero, Sebastián A., Inci Öykü Yener-Roderburg, y Vivian Cartagena. "Political Regimes and External Voting Rights: A Cross-National Comparison". *Frontiers in Political Science* 3, 202.

⁴⁶ Armend Bekaj y Lina Antara, et. al, "Political Participation of Refugees: Bridging the Gaps", IDEA, 2018, p. 80.

gobierno de turno de permitir la elección. Esa voluntad debe gestionarse mediante negociaciones con las diferentes fuerzas políticas o bien en virtud de presión internacional.

Cooperación internacional. Como se ha explicado en este estudio, las elecciones bajo condiciones extremas frecuentemente requieren de apoyo operativo y financiero de la comunidad internacional, pues rebasa la capacidad del país de origen y su institucionalidad electoral. Esa cooperación internacional opera a solicitud del país de origen y se logra mediante acuerdos interinstitucionales con organizaciones internacionales, regionales o multilaterales con experticia en migraciones y en elecciones, con organizaciones no gubernamentales y con los países receptores que servirán de anfitriones de la elección en el exterior.

Las organizaciones internacionales pueden servir de capacitadores, coordinadores y hasta administradores de la elección, según las necesidades de cada caso concreto y la capacidad del árbitro electoral, e incluso pueden servir de “intermediario” o “ente neutral” frente a fuerzas políticas en conflicto y entre el Estado de origen y Estados receptores que deben actuar conforme al principio de reciprocidad y cumpliendo sus obligaciones internacionales de apoyo a los refugiados y migrantes forzados.

Marco normativo claro. Es fundamental contar con un marco regulador especial –Ley o reglamento– que establezca las condiciones especiales y más flexibles del voto en el extranjero de la diáspora en caso de elecciones en condiciones extremas. Esa regulación debe incluir los requisitos para ser elector, medios de prueba de la condición de elector, modo y procedimiento de registro electoral, el ámbito de los posibles acuerdos institucionales, modalidad de la jornada de votación y de escrutinio, ubicación de centros de votación, mecanismos de resolución de conflictos, mantenimiento del orden público, entre otros, disponiendo en qué medida se aplicará la legislación electoral ordinaria y en qué aspectos se otorgará mayor flexibilidad de acuerdo con estas disposiciones especiales. Ese marco regulador debe tener en cuenta los estándares internacionales de protección de migrantes forzados y refugiados y garantía de sus derechos políticos.

Flexibilizar las reglas al uso del voto en el extranjero. Las extremas condiciones y retos del voto en el extranjero en elecciones posconflicto o transicionales y el carácter vulnerable de los migrantes forzados y refugiados, ameritan la flexibilización de las condiciones para ser elector, en particular la exigencia de residencia legal o permanente en el país receptor; flexibilidad respecto de los documentos requeridos como prueba de identidad y residencia al momento del registro electoral y ubicación de centros electorales y campañas informativas.

Efectividad y eficacia de la operatividad electoral. En el marco de elecciones bajo condiciones extremas, el voto en el extranjero requiere que las modalidades convencionales –voto y registro electoral presencial, por correo, remoto– sean aplicadas con adicionales medidas que procuren la efectividad del proceso electoral. Las experiencias comparadas analizadas demuestran que el registro electoral automatizado surge como el modo más

eficaz de empadronar diásporas de grandes dimensiones. Asimismo, las buenas prácticas reflejan que la votación presencial es la que otorga mayores garantías de transparencia por lo que deben establecerse suficientes centros de votación procurando el acceso de los electores, escrutinio inmediato de los votos; los acuerdos institucionales pueden canalizar la instalación de centros electorales incluso fuera de sedes diplomáticas o consulares.

Realización de campañas informativas y educación para el voto. La información del elector es especialmente importante en contextos posconflicto y transicionales, a fin de que la diáspora conozca las razones por las cuales votar y tenga claras las consecuencias de su voto, entre otras, si será o no objeto de repatriación. En el caso de las elecciones del referendo de secesión de Sudán del Sur el Informe de observación electoral de los expertos del Centro Carter expuso cómo la corta campaña de educación del elector, de apenas una semana antes de la elección, tuvo incidencia en el número de votantes y los resultados electorales⁴⁷.

Observación electoral. la transparencia y legitimidad del proceso electoral en condiciones extremas hace indispensables las misiones de observación electoral que puedan evaluar todas las fases de la elección extraterritorial de acuerdo con los estándares internacionales de integridad electoral.

Recapitulación y conclusiones

El voto en el extranjero adquiere especiales características cuando ocurre en elecciones realizadas bajo condiciones extremas, es decir, en situaciones posconflicto y de transiciones democráticas. En tales casos, la intensa polarización política, baja capacidad institucional, crisis humanitaria, política y económica y masiva migración forzosa dificultan la integridad electoral, en especial la efectividad y transparencia del proceso y presentan retos adicionales que deben ser afrontados al programar la elección.

El voto extraterritorial en condiciones extremas adquiere una justificación adicional a la garantía de universalidad del derecho al voto y de promoción de los principios democráticos: se busca procurar el sufragio y la participación política de todos los sectores y ciudadanos, sin importar su lugar de residencia o estatus, para establecer un nuevo orden político, lograr la reunificación nacional y fomentar la repatriación.

Esta especial modalidad de voto en el extranjero suele tener como premissa una diáspora de importantes proporciones producto de la movilidad humana forzosa que ocurre en situaciones de crisis política, económica y humanitaria. Esa diáspora abarca tanto refugiados como migrantes forzados, esto es, desplazados, solicitantes de asilo y solicitantes de protecciones complementarias, todos los cuales están en especial situación de vulnera-

⁴⁷ Observing the 2011 Referendum on the Self-Determination of Southern Sudan Final Report http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peace_publications/election_reports/fin_alreport-sudan-2011-self-determination-referendum.pdf

rabilidad y de allí que el Derecho Internacional les otorgue una protección reforzada mediante especiales obligaciones de los Estados de origen y de recepción de garantizar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el derecho al sufragio.

Esa protección especial implica que los refugiados y migrantes forzados tienen derecho al voto bajo condiciones flexibles (respecto del requisito de residencia, documentos como prueba de identidad, modo de registro electoral, ubicación de centros de votación, campañas informativas, entre otros) como consecuencia de su situación de vulnerabilidad. Por ende, el sufragio debe ser garantizado por el Estado de origen y facilitado por el Estado receptor incluso mediante acciones afirmativas que garanticen el derecho a la igualdad y no discriminación de estos grupos vulnerables.

Las modalidades al uso del voto en el exterior, en particular las condiciones para ser elector y los requisitos del registro electoral deben flexibilizarse cuando se trata de voto en el extranjero en condiciones extremas, por lo tanto, no puede exigirse el requisito de residencia legal al refugiado o migrante forzoso, siendo suficiente la nacionalidad y la edad necesaria para votar, con independencia de su estatus migratorio.

El registro electoral en el extranjero en condiciones extremas presenta el reto de empadronar a una diáspora de masivas proporciones. Las experiencias comparadas demuestran que el registro automatizado o electrónico es el más efectivo, para lo cual puede recurrirse a acuerdos institucionales que apoyen con labores operativas y de tecnología. Asimismo, es necesaria la flexibilización de los requisitos de registro electoral, en especial los documentos exigidos como prueba de identidad y nacionalidad.

Las experiencias comparadas reflejan que la modalidad de jornada electoral más efectiva y que aporta mayor transparencia es la votación presencial y el escrutinio inmediato, a pesar del reto adicional que implica la ubicación de centros de votación cercanos a la diáspora electora, el mantenimiento del orden público durante la jornada electoral y traslado del material electoral, lo cual pudo facilitarse mediante acuerdos institucionales con los países receptores y con organismos internacionales.

La observación electoral consigue especial relevancia cuando se trata de elecciones posteriores a conflictos armados o autoritarismos, a fin de evaluar la elección de acuerdo a los estándares internacionales y aportar transparencia e integridad electoral al proceso dadas las situaciones de tensión política, ausencia de estado de derecho y estabilidad institucional.

Aspecto clave del éxito del voto en el extranjero bajo condiciones extremas y que lo diferencia del convencional son los acuerdos institucionales que el país de origen puede suscribir buscando la colaboración de actores internacionales en la organización y desarrollo del voto de la diáspora. Esos acuerdos pueden traducirse en memorandos de entendimiento o convenios con el país receptor, con instancias internacionales o regionales o bien con organismos no gubernamentales que prestan ayuda a refugiados y migrantes forzados o con experticia en procesos electorales. La OIM, el ACNUR y la

IFES destacan como organismos que suelen prestar apoyo para la operatividad del voto extraterritorial en condiciones extremas. El alcance de la cooperación y de la responsabilidad del país receptor y organismos internacionales puede variar según el contexto de cada elección en el extranjero.

En síntesis, los principales retos del voto en el extranjero en condiciones posconflicto y de transición a la democracia o bajo autoritarismos son i) ausencia de estado de derecho y de condiciones de integridad electoral, ii) ausencia de capacidad institucional y financiera del árbitro electoral, iii) ausencia de voluntad política del país de origen y de los países receptores, así como posible persistencia del conflicto político y social y iv) diáspora de proporciones masivas y precaria situación migratoria de la diáspora.

Frente a ello, se hace necesario lograr i) voluntad política del estado de origen y estado receptor, ii) cooperación internacional mediante acuerdos interinstitucionales, iii) marco normativo especial que establezca claras condiciones del voto en el extranjero de la diáspora, iv) flexibilización de las reglas al uso del voto en el extranjero, v) promoción de la efectividad y eficacia de la operatividad electoral, vi) promoción de campañas informativas y de educación de la diáspora para el voto, vii) observación electoral y mecanismos especiales de resolución de conflictos.

LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (BITs) Y LA ADHESIÓN DE VENEZUELA AL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)

Irene Loreto González*

Introducción

Los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs) proporcionan una protección robusta y seguridad jurídica para los inversores extranjeros, asegurando un trato justo y equitativo. Estos tratados fomentan la confianza y estabilidad al ofrecer un entorno legal predecible, y suelen incluir mecanismos de arbitraje internacional para la resolución imparcial y eficiente de disputas. Al atraer inversiones extranjeras, los BITs contribuyen al desarrollo económico sostenible, la creación de empleo, y la mejora de infraestructuras y servicios públicos. También facilitan la transferencia de tecnología y conocimientos, e integran a los países en la economía global, aumentando su competitividad y acceso a mercados internacionales.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 establece en su Artículo 150 que el Presidente de la República tiene la facultad de firmar tratados internacionales, los cuales deben ser aprobados por la Asamblea Nacional para que tengan validez y fuerza de ley en el país. Además, el artículo 154 permite al presidente celebrar acuerdos internacionales de forma simplificada, siempre que estos no impliquen nuevas obligaciones para el Estado venezolano y estén enmarcados dentro de la cooperación internacional.

La Convención de Washington, también conocida como el Convenio del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), fue adoptada el 18 de marzo de 1965 por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (ahora el Banco Mundial). Entró en vigor el 14 de octubre de 1966 después de ser ratificada por los primeros 20 Estados. Este convenio establece el CIADI y le otorga la autoridad para proporcionar servicios de conciliación y arbitraje de diferencias entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes en materia de inversiones¹. El convenio se compone de varios capítulos que

* Doctora en Derecho Universidad Central de Venezuela. LL.M International Arbitration, University of Miami.

¹ <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf?form=MG0AV3>

abarcan la creación del Consejo Administrativo, el Secretariado, las Listas de Árbitros y de Conciliadores, la jurisdicción del CIADI, la conciliación, el arbitraje, la sustitución y recusación de conciliadores y árbitros, las costas del procedimiento, el lugar del procedimiento, las diferencias entre Estados Contratantes, el procedimiento de enmienda, y disposiciones finales relacionadas con la firma, ratificación y denuncia del convenio.

En 1993, Venezuela decide incorporarse al CIADI como parte de un esfuerzo por atraer inversiones extranjeras y proporcionar un marco legal más seguro y predecible para los inversionistas. Al unirse al CIADI, Venezuela buscaba demostrar su compromiso con el respeto a los derechos de los inversionistas y la protección de las inversiones, lo que podría ayudar a mejorar su imagen internacional y atraer capital extranjero necesario para el desarrollo económico del país.

Venezuela anunció su retiro del CIADI el 24 de enero de 2012, argumentando que la jurisdicción del CIADI minaba su soberanía nacional. La decisión, formalizada el 25 de enero, fue defendida como una medida para proteger el derecho del pueblo venezolano a decidir las orientaciones estratégicas de la vida económica y social del país. Sin embargo, este retiro ha dejado en incertidumbre varios procesos de arbitraje en curso contra Venezuela, ya que el país aún debe enfrentar una veintena de demandas por la nacionalización de activos de empresas transnacionales. A pesar de su retiro, Venezuela sigue obligada a cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales en los casos que ya están en curso.

Venezuela tiene demandas pendientes en el CIADI. Algunos de los casos más destacados incluyen las presentadas por empresas como Liberty Seguros, The Williams Companies International Holdings, Smurfit Holdings, Dick Fernando Abanto Ishivata, Kimberly-Clark, Venoklim Holding, Air Canada, Saint Patrick Properties Corporation, Agroinsumos Ibero-Americanos, Luis García Armas, Valores Mundiales y Consorcio Andino, Koch Minerals Sàrl, Longreef Investments, Holcim, ConocoPhillips, y Venezuela Holdings. Estos casos están relacionados principalmente con la nacionalización de activos y disputas contractuales con el Estado venezolano².

El artículo 152 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece también que las relaciones internacionales de la República deben orientarse al ejercicio de la soberanía y los intereses del pueblo, basándose en principios como la independencia, la igualdad entre los Estados, la libre determinación y la no intervención en sus asuntos internos. Este artículo resalta que la no intervención se refiere específicamente a los asuntos internos de cada Estado.

En el contexto del comercio internacional, los conflictos que puedan surgir entre un Estado y un inversor extranjero no representan una pérdida de soberanía, sino que son una extensión de las relaciones internacionales de la República. Estas disputas se rigen por principios y normas internacio-

² <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf?form=MG0AV3>

nales, y su resolución a través de mecanismos como el CIADI no constituye una intervención en los asuntos internos de Venezuela. En cambio, se trata de una manifestación del compromiso del país con la solución pacífica de conflictos internacionales y la cooperación, principios fundamentales establecidos en el artículo 152. Al adherirse al CIADI, Venezuela demuestra su respeto por el derecho internacional y ofrece garantías a los inversores extranjeros, lo cual puede atraer inversiones y contribuir al bienestar de la nación.

Los países que forman parte del CIADI y de otros centros internacionales de arbitraje no renuncian a su soberanía al participar en estos mecanismos. Por ejemplo, en el ejercicio fiscal 2023, el CIADI registró 45 nuevos casos, destacando la diversidad regional con Estados de Centroamérica y el Caribe representando el 22% de los casos. Entre los países miembros del CIADI se encuentran Estados Unidos, Canadá, México, Argentina, Brasil, y muchos otros. La adhesión a estos organismos refleja un compromiso con el derecho internacional y la resolución pacífica de disputas, pero no implica una cesión de soberanía. Los Estados mantienen su capacidad para gobernar y tomar decisiones dentro de su territorio. El arbitraje internacional permite que los conflictos se resuelvan de manera imparcial y eficiente, fortaleciendo la credibilidad y estabilidad del país ante la comunidad internacional.

En un mundo globalizado, la inversión extranjera directa (IED) es esencial para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible de los países. Los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs) y la adhesión al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) son herramientas estratégicas que un país puede utilizar para atraer y mantener la inversión extranjera. En estas líneas pretendemos mostrar la conveniencia de los tratados bilaterales de inversión para un país que necesita de la inversión extranjera para restaurar la prestación de los servicios públicos de manera emergente y para lograrlo, hacer pactos con diferentes países a través de los medios legales existentes como lo son los BITs, utilizando también como mecanismo de resolución de conflictos el arbitraje internacional, mediante la adhesión a la convención de Washington y formar parte del CIADI.

1. Concepto y evolución de los BITs

Los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs) son acuerdos internacionales entre dos países que buscan proteger y promover inversiones extranjeras. Estos tratados establecen derechos y obligaciones para los inversores y los Estados anfitriones, proporcionando un marco legal para la inversión transfronteriza y garantizando un trato justo y equitativo.

Desde la década de 1950, los BITs han evolucionado significativamente para fomentar la inversión extranjera directa y reducir los riesgos asociados. Inicialmente, estos tratados eran simples y se enfocaban en la protección contra expropiación directa. Con el tiempo, incorporaron disposiciones sobre trato justo y equitativo, transferencia de fondos y protección contra expropiación indirecta, además de mecanismos más detallados para la reso-

lución de disputas. En la década de 1980, comenzaron a incluir aspectos como la protección ambiental y los derechos laborales. En décadas posteriores, los BITs se han vuelto aún más complejos, abarcando temas como la inversión en servicios y sectores estratégicos, y estableciendo mecanismos de resolución de disputas bajo reglas de instituciones reconocidas como el CIADI y la CNUDMI. Estos tratados reflejan la creciente sofisticación y adaptabilidad del marco legal internacional para proteger las inversiones extranjeras y facilitar su resolución de manera justa y eficiente.

Dentro de los beneficios que ofrece un BITs para atraer inversión extranjera encontramos:

- a. *Protección y seguridad jurídica*: los BITs proporcionan una protección jurídica robusta para los inversores extranjeros, garantizando que sus inversiones estarán protegidas contra expropiaciones injustas, discriminación y otras acciones arbitrarias del Estado anfitrión. Esta seguridad jurídica es crucial para los inversores que buscan minimizar riesgos y asegurar que sus inversiones estarán protegidas.
- b. *Confianza del inversor*: la existencia de un BITs entre el país receptor y el país de origen del inversor genera confianza. Al saber que sus derechos están protegidos por un tratado internacional, los inversores estarán más dispuestos a invertir capital en el país. Esto puede traducirse en un aumento significativo de la IED, impulsando el crecimiento económico y la creación de empleo.
- c. *Acceso a la resolución de disputas*: los BITs generalmente incluyen cláusulas que permiten a los inversores resolver disputas con el Estado anfitrión a través de mecanismos de arbitraje internacional. Esto proporciona un medio imparcial y eficiente para resolver conflictos, lo cual es fundamental para mantener relaciones de inversión saludables y estables.
- d. *Promoción de políticas económicas estables*: los BITs pueden incentivar a los países a mantener políticas económicas y regulatorias estables y predecibles, lo cual es atractivo para los inversores extranjeros. La estabilidad económica y regulatoria reduce el riesgo de inversiones y promueve un entorno favorable para los negocios.

Los tratados de inversión proporcionan varios elementos que preservan la seguridad jurídica, como, por ejemplo:

- a. *Expropiación directa*: un inversor de un país A invierte en una empresa en el país B, y el gobierno del país B expropia la empresa sin compensación adecuada. El inversor puede recurrir al BIT entre ambos países para reclamar una compensación justa.
- b. *Trato justo y equitativo*: un inversor de un país A enfrenta discriminación en el país B. El BIT permite al inversor presentar una reclamación ante un tribunal internacional para asegurar que se le trate de manera justa y equitativa.

2. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI)

El CIADI ofrece un foro independiente para la conciliación, mediación y arbitraje de disputas entre inversores y estados. Funciona bajo el marco del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI), que entró en vigor en 1966. Los Estados miembros del CIADI acuerdan que este centro sea el foro destinado a resolver disputas de inversión.

Desde su creación, el CIADI ha administrado más de 800 casos, reflejando la confianza que los inversores y los Estados depositan en él como un mecanismo eficaz para la resolución de disputas. La adhesión a esta institución genera credibilidad internacional, ya que demuestra el compromiso de un país con el respeto a las normas internacionales y la resolución pacífica de conflictos. Esta credibilidad es crucial para atraer inversores que buscan entornos legales transparentes y predecibles.

Este organismo ofrece un foro especializado y reconocido mundialmente para la resolución de disputas de inversión. Ser miembro permite a un país ofrecer a los inversores acceso a un mecanismo de arbitraje eficiente y confiable, lo que puede reducir significativamente los costos y tiempos asociados a la resolución de disputas. Además, la adhesión puede resultar en un aumento de la inversión extranjera, ya que los inversores se sienten más seguros y protegidos al saber que tienen acceso a un mecanismo de resolución de disputas imparcial. Esto puede fomentar un flujo constante de capital extranjero, impulsando el desarrollo económico y la innovación en el país receptor.

La institución garantiza que los derechos de los inversores sean protegidos bajo el derecho internacional, lo cual es fundamental para atraer y retener inversión extranjera. Los inversores buscan garantías de que sus inversiones no serán objeto de expropiaciones injustas ni de tratamientos discriminatorios.

Pertenecer al CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) ofrece múltiples beneficios a un país. Proporciona un mecanismo eficiente y confiable para la resolución de disputas de inversión, aumentando la confianza de los inversores extranjeros y atrayendo más inversiones directas. Los laudos emitidos por el CIADI tienen un reconocimiento automático en los Estados Contratantes, lo que facilita su ejecución sin necesidad de procedimientos adicionales, reforzando así la credibilidad y estabilidad del país en el ámbito internacional. Además, cada Estado miembro tiene derecho a designar a cuatro personas para la Lista de Árbitros del CIADI, asegurando la disponibilidad de expertos altamente cualificados para resolver disputas de manera imparcial e independiente. Aunque el CIADI se especializa en arbitrajes relacionados con disputas de inversión, también ofrece servicios de conciliación en estos casos. Sin embargo, su ámbito de actuación se limita a cuestiones de inversión y no abarca otros tipos de

conflictos comerciales o civiles. La adhesión al CIADI demuestra el compromiso del país con el respeto al derecho internacional y la protección de los derechos de los inversores, contribuyendo significativamente al desarrollo económico y la atracción de inversiones extranjeras.

Además del CIADI, existen otros centros de arbitraje internacional que resuelven conflictos derivados de los BITs los cuales incluyen el Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong (HKIAC), el Centro de Arbitraje y Mediación de Singapur (SIAC), el Centro Internacional de Arbitraje de París (CIArb), el Centro de Arbitraje y Mediación de Londres (LCIA), el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Nueva York (ICDR), el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de México (CAM), el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Brasil (CAM-CCBC), y la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) en París. Estos centros ofrecen foros especializados y reconocidos a nivel mundial para la resolución de disputas de inversión, proporcionando mecanismos eficientes y confiables que fortalecen la credibilidad y estabilidad de los Estados ante la comunidad internacional.

Venezuela ha sido parte de varios casos de arbitraje internacional en diferentes centros de arbitraje. Por ejemplo, ha habido casos presentados en el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) en París y en el Centro Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA). Estos casos suelen surgir debido a disputas con inversores extranjeros relacionadas con inversiones en sectores como el energético y el financiero.

Sin embargo, hay opiniones sobre la concepción del CIADI y algunos cambios que incidirían en la mejora en la administración de los arbitrajes internacionales. Por ejemplo, la constitución de un tribunal permanente, el establecimiento de procedimientos claros, la apelación del laudo, la incorporación de jueces en los máximos tribunales nacionales que conozcan la demanda de los inversionistas, la creación de un tribunal supranacional, así como de un tribunal administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)³.

Otro punto de interés es que las doctrinas Drago y Calvo tienen implicaciones importantes en el contexto de los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs) y el arbitraje internacional.

La Doctrina Drago se aplica a los BITs al evitar el uso de la fuerza para cobrar deudas financieras de los Estados. En lugar de recurrir a medidas coercitivas, los BITs proporcionan un marco legal para resolver disputas de inversión de manera pacífica y ordenada a través del arbitraje internacional, como el CIADI. De esta manera, se respeta la soberanía de los países al mismo tiempo que se protege a los inversores.

La Doctrina Calvo se enfoca en que los inversores extranjeros deben someterse a la jurisdicción de los tribunales locales. Sin embargo, muchos

³ Hildegard Rondón de Sansó. <https://elestimulo.com/elinteres/economia/2018-03-13/hildegard-rondon-el-ciadi-debe-someterse-a-reforma/?form=MG0AV3>.

BITs incluyen cláusulas de arbitraje internacional que permiten a los inversores llevar sus disputas a tribunales internacionales, como el CIADI, en lugar de los tribunales locales. Aunque esto puede parecer contradictorio con la Doctrina Calvo, se argumenta que el arbitraje internacional proporciona un mecanismo más neutral e imparcial para resolver disputas, lo que puede aumentar la confianza de los inversores extranjeros y fomentar la inversión⁴.

En resumen, mientras que las doctrinas Drago y Calvo buscan proteger la soberanía de los Estados y evitar intervenciones extranjeras, los BITs y el arbitraje internacional ofrecen un equilibrio al proporcionar un marco legal seguro y predecible para resolver disputas de inversión sin recurrir a la fuerza o intervención directa.

3. Interacción entre leyes nacionales y reglas del centro de arbitraje

Los tratados bilaterales de inversión (TBI) suelen incluir normas procesales específicas que regulan la resolución de disputas entre inversores y Estados. Estas normas pueden combinar el uso de leyes nacionales y las reglas procesales del centro de arbitraje elegido.

Los TBI pueden establecer que las leyes nacionales del Estado receptor sean aplicables en ciertos aspectos del arbitraje, como la interpretación de disposiciones específicas del tratado o la evaluación de la legalidad de las medidas adoptadas por el Estado.

En algunos casos, los tratados incluyen cláusulas que garantizan que los inversores extranjeros recibirán un trato igual al de los nacionales, lo que implica la aplicación de leyes locales en igualdad de condiciones.

Los centros de arbitraje, como el CIADI, tienen sus propias reglas procesales que se aplican a los procedimientos arbitrales. Por ejemplo, el CIADI ha modernizado sus reglas para incluir procedimientos más ágiles y transparentes, como la mediación y la comprobación de hechos.

Estas reglas procesales pueden incluir disposiciones sobre la notificación de terceros financiadores, la celebración de audiencias virtuales y la reducción de plazos para acelerar los procedimientos.

También es posible que los TBI permitan que las partes acuerden el uso combinado de leyes nacionales y reglas del centro de arbitraje. Esto puede incluir la aplicación de normas nacionales para cuestiones sustantivas y reglas del centro de arbitraje para aspectos procesales. Un ejemplo específico es el caso de *Metalclad Corporation v. México*, bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). En este caso, el arbitraje se llevó a cabo bajo las reglas del CIADI, pero también se consideraron aspectos de la legislación nacional mexicana. El tribunal evaluó la legalidad de las acciones

⁴ Carlos Arellano García, *Evolución de la cláusula Calvo y la zona prohibida en el Derecho constitucional mexicano y en el Derecho internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

del gobierno mexicano en relación con las disposiciones del TLCAN y las leyes locales sobre permisos de construcción y uso de suelo⁵. Este caso ilustra cómo un tratado puede permitir la interacción entre las leyes nacionales y las reglas procesales del centro de arbitraje.

Conclusiones

Los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs) y la adhesión al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), son herramientas fundamentales para atraer y mantener la inversión extranjera en Venezuela. Estos instrumentos proporcionan una protección robusta y seguridad jurídica a los inversores, asegurando un trato justo y equitativo. Además, fomentan la confianza y estabilidad al ofrecer un entorno legal predecible y mecanismos eficientes para la resolución de disputas. La adhesión al CIADI, en particular, genera credibilidad internacional y demuestra el compromiso del país con el respeto a las normas internacionales y la resolución pacífica de conflictos. A pesar de los desafíos y la decisión de Venezuela de retirarse del CIADI en 2012, el país sigue obligado a cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales en los casos ya iniciados. En un mundo globalizado, la inversión extranjera directa es esencial para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible, y los BITs y el CIA-DI juegan un papel crucial en este proceso.

⁵ Elvia Arcelia Quintana Adriano. "Marco jurídico del arbitraje nacional, regional e internacional". <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2776/16.pdf>.

**II
DOCUMENTACIÓN
PARLAMENTARIA 2023-2024**

INFORME DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA (2023-2024)

Jaiber Núñez*, Vanessa Marcano^α y Fátima Camirra^β

Introducción

Dándole continuidad al esfuerzo iniciado hace más de seis años con la primera edición del Anuario, se presenta una nueva edición del informe de actividad parlamentaria correspondiente al periodo 2023-2024. En tal sentido, del periodo de análisis se destaca la evolución del conflicto sociopolítico venezolano, el cual si bien trasciende la dimensión propiamente política-institucional, continúa teniendo un impacto significativo en las dinámicas propias de la vida parlamentaria.

En tal sentido, el presente informe tiene como propósito dar una visión general de lo que ha sido la evolución de la institución parlamentaria durante el periodo 2023-2024, sin obviar las repercusiones y desafíos propios del contexto de conflicto sociopolítico venezolano, aún sin resolver.

Para ello, se propone partir de un breve análisis introductorio sobre la evolución actual de la dimensión institucional del conflicto sociopolítico venezolano, para luego analizar lo que ha sido la actividad parlamentaria en el país durante el periodo de estudio y finalmente alcanzar una serie de conclusiones.

1. Evolución del conflicto sociopolítico venezolano desde la perspectiva institucional

Durante el periodo 2023-2024 continuó la disputa por el control y ejercicio del poder político en Venezuela con importantes hitos a resaltar, entre

* Abogado Summa Cum Laude (Universidad Católica Andrés Bello, 2015). Profesor de Pregrado y Postgrado en la Facultad de Derecho de la UCAB. Investigador adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB. Editor de la Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB.

^α Abogada (Universidad Católica Andrés Bello). Auxiliar de Investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Asistente de Edición de la Revista de la Facultad de Derecho. UCAB.

^β Abogada (Universidad Central de Venezuela, 2018). Especialista en Derecho Penal (USM) y cursante de la especialización en Derecho Administrativo (UCV, pendiente de trabajo especial de grado).

los cuales se destacan la disolución del denominado "Gobierno Interino"¹, la suscripción de acuerdos parciales entre el Gobierno de Venezuela y la denominada Plataforma Democrática de Venezuela en el marco de la Mesa de Diálogo Nacional, facilitada por el Reino de Noruega², el desarrollo de la elección primaria presidencial por parte de un amplio sector de la oposición democrática³, y por supuesto la celebración de la elección presidencial⁴ cuyos resultados oficiales⁵ han sido disputados por importantes sectores de la sociedad venezolana y la comunidad internacional⁶.

Así las cosas, resulta claro que en este periodo la Asamblea Nacional electa en 2020⁷, consolidó su presencia y predominio político-institucional frente al reclamo de falta de legitimidad democrática defendido por un conjunto de actores políticos agrupados en torno a la Asamblea Nacional electa en el año 2015⁸.

A pesar de lo anterior, se observó la profundización del conflicto socio-político desde el punto de vista institucional, dificultando en gran medida la superación de la crisis, a pesar de las valiosas iniciativas desarrolladas desde diversos sectores de la sociedad civil y la comunidad internacional para generar espacios de diálogo y negociación⁹ entre los diferentes actores involucrados.

En este sentido, es necesario destacar cómo este escenario de permanente conflicto marcó nuevamente el desenvolvimiento de la actividad par-

¹ BBC News. Qué significa el fin del "gobierno" de Juan Guaidó y cómo queda ahora la oposición a Maduro en Venezuela. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-64122470>.

² Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, Prensa. Gobierno de Venezuela y Plataforma Unitaria suscriben acuerdo en México. <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/gobierno-de-venezuela-y-plataforma-unitaria-suscriben-acuerdo-en-mexico>.

³ CNN Español. Resumen y resultados de las elecciones primarias de la oposición de Venezuela. <https://cnnespanol.cnn.com/2023/10/23/elecciones-primarias-de-la-oposicion-de-venezuela-en-vivo-votaciones-y-noticias-de-candidatos/>.

⁴ BBC News. Elección Presidencial de Venezuela 2024. <https://www.bbc.com/mundo/topics/c722jywz4lxt>.

⁵ France 24. Nicolás Maduro vs. Edmundo González: cronología de una disputada posesión presidencial. <https://www.france24.com/es/am%C3%A9rica-latina/20250109-nicol%C3%A1s-maduro-vs-edmundo-gonz%C3%A1lez-cronolog%C3%ADa-de-una-disputada-poses%C3%B3n-presidencial>.

⁶ Departamento de Estado de EEUU. Evaluación de los resultados de la elección presidencial de Venezuela. <https://cl.usembassy.gov/es/evaluacion-de-los-resultados-de-la-eleccion-presidencial-de-venezuela/>. DW. La comunidad internacional ante la crisis en Venezuela. <https://www.dw.com/es/la-comunidad-internacional-ante-la-crisis-de-venezuela/a-70285369>.

⁷ Consejo Nacional Electoral. Resultados de Elecciones Parlamentarias 2020. http://www.cne.gob.ve/web/sala_prensa/noticia_detallada.php?id=3895

⁸ Allan R. Brewer-Carías, *Crónica constitucional del sofocamiento del Poder Legislativo 2016-2020, 2024*.

⁹ Carrillo, Marcos; Núñez, Jaiber. *20 años de negociación política en Venezuela (las negociaciones entre el gobierno y la oposición, 2002-2022)*. Universidad Católica Andrés Bello Montalbán. Caracas (2023).

lamentaria, la cual lejos de desarrollarse sobre la base de amplios consensos alrededor de los principales temas de interés nacional, se transformó en un espacio más de división entre diferentes visiones de país, las cuales lucen a día de hoy cada vez más irreconciliables.

2. Actividad parlamentaria (2023-2024)

De acuerdo con el balance legislativo presentado por parte de la Asamblea Nacional electa en 2020, se han sancionado un total de catorce 14 leyes en 2023 y 16 leyes en 2024, las cuales serán detalladas en el siguiente apartado.

Es importante señalar que a diferencia de lo ocurrido en 2021¹⁰ y 2022¹¹, no fueron publicados –hasta la fecha– los respectivos balances legislativos correspondientes a los años 2023 y 2024, por lo que la información recopilada a continuación se basa en declaraciones públicas formuladas por los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional electa en 2020, junto con el seguimiento propio efectuado a la actividad parlamentaria durante el periodo de estudio.

2.1. Resumen legislativo de 2023

Según las cifras facilitadas¹² por los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional electa en 2020, durante 2023 se llevaron a cabo 60 sesiones parlamentarias, en las que se destaca la aprobación en primera discusión de 14 proyectos de ley; al mismo tiempo fueron sancionadas 14 leyes, de las cuales vale la pena advertir que en el caso de i) la Ley Aprobatoria del Acuerdo Colombo-Venezolano de Protección de Inversión; ii) la Ley Especial de Trabajadoras y Trabajadores Agrícolas; iii) la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico y Financiero 2024; y la iv) Ley Especial de Endeudamiento para el Ejercicio Económico Financiero de 2024, no existe constancia al momento de cierre del presente informe de que hayan sido publicadas en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

¹⁰ Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Resumen legislativo del año 2021. <https://www.asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/documentos/balance-legislativo-2021-20220110171044.pdf>.

¹¹ Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Resumen legislativo del año 2022. <https://www.asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/documentos/resumen-legislativo-y-listado-de-las-leyes-2022-20221222200320.pdf>.

¹² Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Nota de prensa del 22/12/2023: “AN culmina 2023 con 14 leyes sancionadas y la victoria del referendo por el Esequibo” <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/an-culmina-2023-con-14-leyes-sancionadas-y-la-victoria-del-referendo-por-el-esequibo>

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2023-2024

Actos legislativos de 2023		
Nº	Acto legislativo	Total
1	Sesiones	60
2	Acuerdos	73
3	Designaciones	14
4	Embajadores	14
5	Actos de control político	3
6	Comisiones especiales	8
7	Comisiones mixtas	3
8	Leyes sancionadas	14
Leyes sancionadas en 2023		
Nº	Ley sancionada	Fecha de sanción
1	Ley especial para las Trabajadoras y Trabajadores con Discapacidad. (Gaceta Oficial N° 6.735 extraordinario del 27 de enero de 2023).	24 de enero de 2023
2	Ley de Participación Estudiantil en el Subsistema de Educación Básica. (Gaceta Oficial N° 6.737 extraordinario de 23 de febrero de 2023).	07 de febrero de 2023
3	Ley Aprobatoria del Acuerdo Colombo-Venezolano de Protección de Inversión. (No ha sido publicada en la Gaceta Oficial).	16 de febrero de 2023
4	Ley Orgánica de Extinción de Dominio. (Gaceta Oficial N° 6.745 extraordinario de 28 de abril de 2023).	27 de abril de 2023
5	Ley para la Atención Integral a las Personas con Trastorno del Espectro Autista. (Gaceta Oficial N° 6.744 extraordinario de 24 de abril de 2023).	28 marzo del 2023
6	Ley para la Protección y Promoción de la Producción del Agave Cocui, del Cocuy y sus Derivados Artesanales.	14 de marzo de 2023

	(Gaceta Oficial N° 6.742 de 3 de abril de 2023).	
7	Ley para la Protección de los Activos, Derechos e Intereses de la República y sus Entidades en el Extranjero. (Gaceta Oficial N° 6.747 extraordinario de 22 de mayo de 2023).	16 mayo de 2023
8	Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Contraloría Social. (Gaceta Oficial N° 6.748 extraordinario de 09 junio 2023).	25 de mayo de 2023
9	Ley Especial de Trabajadoras y Trabajadores Agrícolas. (No ha sido publicada en la Gaceta Oficial).	26 de julio de 2023
10	Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios. (Gaceta Oficial N° 6.755 extraordinario de 10 agosto 2023).	18 julio de 2023
11	Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales. (Gaceta Oficial N° 6.759 extraordinario de 25 de agosto de 2023).	22 de junio de 2023
12	Ley Aprobatoria del Acuerdo de Inversiones entre Venezuela y Turkiye. (Gaceta Oficial N° 6.808 extraordinario de 13 de mayo de 2024).	26 de septiembre de 2023
13	Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico y Financiero 2024. (No ha sido publicada en la Gaceta Oficial).	14 de diciembre de 2023
14	Ley Especial de Endeudamiento para el Ejercicio Económico Financiero de 2024. (No ha sido publicada en la Gaceta Oficial).	14 de diciembre de 2023

2.2. Resumen legislativo de 2024

Del mismo modo, de conformidad con las cifras presentadas¹³ por la Junta Directiva de la Asamblea Nacional electa en 2020, durante 2024 se

¹³ Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Nota de prensa del 12/12/2024 “Asamblea Nacional sancionó 17 leyes durante 2024”. <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/asamblea-nacional-sanciono-17-leyes-durante-2024>

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2023-2024

llevaron a cabo 54 sesiones parlamentarias, en donde fueron sancionadas un total de 16 leyes. Todo ello de acuerdo con las siguientes cifras:

Actos legislativos de 2024		
Nº	Acto legislativo	Totales
1	Sesiones	54
2	Acuerdos	54
3	Designaciones	28
4	Actos de control político	4
5	Leyes sancionadas	16
Leyes sancionadas en 2024		
Nº	Ley sancionada	Fecha de sanción
1	Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad. (Gaceta Oficial N° 6.817 extraordinario correspondiente al 27 de junio de 2024).	14 de marzo de 2024
2	Ley Orgánica para la Defensa de la Guayana Esequiba. (Gaceta Oficial N° 6.798 extraordinario correspondiente al 03 de marzo de 2024).	21 de marzo de 2024
3	Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China sobre Servicios Aéreos. (Gaceta Oficial N° 6.807 extraordinario correspondiente al 13 de mayo de 2024).	30 de abril de 2024
4	Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat. (Gaceta Oficial N° 6.805 extraordinario correspondiente al 01 de mayo de 2024).	30 de abril de 2024
5	Ley de Protección de las Pensiones de Seguridad Social frente al Bloqueo Imperialista. (Gaceta Oficial N° 6.806 extraordinario correspondiente al 08 de mayo de 2024).	02 de mayo de 2024
6	Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Popular. (Gaceta Oficial N° 6.812 extraordinario correspondiente al 06 de junio de 2024).	28 de mayo de 2024

7	Ley de Fomento de las Exportaciones No Petroleras. (Gaceta Oficial N° 6.824 extraordinario correspondiente al 18 de julio de 2024).	17 de julio de 2024
8	Ley de Fiscalización, Regularización, Actuación y Financiamiento de las Organizaciones No Gubernamentales y Afines. (Gaceta Oficial N° 6.855 extraordinario correspondiente al 15 de noviembre de 2024).	15 de agosto de 2024
9	Ley de Reforma de la Ley para el Fomento y Desarrollo de Nuevos Emprendimientos. (Gaceta Oficial N° 6.842 extraordinario correspondiente al 16 de septiembre de 2024).	29 de agosto de 2024
10	Ley aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China relativo a la Promoción y Protección de Inversiones. (Gaceta Oficial N° 6.852 extraordinario correspondiente al 13 de noviembre de 2024).	19 de septiembre de 2024
11	Ley Especial de Endeudamiento Complementaria para el Ejercicio Económico Financiero 2024. (No ha sido publicada en la Gaceta Oficial).	15 de octubre de 2024
12	Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de Justicia de Paz Comunal (Ley Orgánica de Justicia de Paz Comunal). (Gaceta Oficial N° 6.854 extraordinario correspondiente al 14 de noviembre de 2024).	12 de noviembre de 2024
13	Ley Orgánica Especial Libertador Simón Bolívar contra el Bloqueo Imperialista y por la Defensa de la República Bolivariana de Venezuela. (Gaceta Oficial N° 6.859 extraordinario correspondiente al 29 de noviembre de 2024).	27 de noviembre de 2024
14	Ley de Creación de la Condecoración Orden Bicentenario Vencedores de Ayacucho. (No ha sido publicada en la Gaceta Oficial).	05 de diciembre de 2024
15	Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2025. (No ha sido publicada en la Gaceta Oficial).	05 de diciembre de 2024
16	Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Económico Financiero 2025. (No ha sido publicada en la Gaceta Oficial).	05 de diciembre de 2024

3. Agenda legislativa de 2025

En cuanto a la agenda legislativa aprobada¹⁴ para 2025, la Asamblea Nacional electa en 2020, estableció una meta de 26¹⁵ nuevas leyes a ser debatidas durante el periodo 2025. En tal sentido se presenta a continuación una relación de dichos proyectos:

Nº	Agenda Legislativa 2025
1	Proyecto de Ley de Simplificación de las Contribuciones Especiales
2	Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal
3	Proyecto de Ley del Banco de la Comuna
4	Proyecto de Ley Orgánica para la Protección de los Derechos Socioeconómicos
5	Proyecto de Ley Orgánica de Minas y Minerales
6	Proyecto de Ley del Café
7	Proyecto de Ley del Fomento de Producción Nacional
8	Proyecto de Ley del Sistema Tributario y de Regalía del Distrito Capital
9	Proyecto de Ley del Cacao
10	Proyecto de Ley Orgánica del Plan de la Patria de las Siete Transformaciones 2025-2031
11	Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural
12	Proyecto de Ley de Inteligencia Artificial
13	Proyecto de Ley Orgánica sobre el Derecho a la Ciudad y al Hábitat
14	Proyecto de Ley para la Creación de la Condecoración Orden Aristóbulo Istúriz
15	Proyecto de Ley Orgánica contra el Fascismo, Neofascismo y Expresiones Similares
16	Proyecto de Ley Especial de los Órganos de Dirección para la Defensa Integral
17	Proyecto de Ley para la Protección Integral a Niñas, Niños y Adolescentes en Entornos Virtuales
18	Proyecto de Ley Orgánica para la Igualdad de las Mujeres
19	Proyecto de Ley de Atención Integral a las Personas Sordas o con otra Discapacidad Auditiva
20	Proyecto de Ley de Comunicación Popular
21	Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Gestión Integral de Desechos Sólidos

¹⁴ Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Nota de prensa del 11/02/2025. “Agenda Legislativa 2025 contempla 22 leyes y la reforma constitucional”. <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/agenda-legislativa-2025-contempla-22-leyes-y-la-reforma-constitucional>.

¹⁵ A pesar de que la nota de prensa original da cuenta de 22 proyectos de ley previstos para el año 2025, la cuenta final de todos los proyectos mencionados suman 26 proyectos legislativos incluidos dentro de la agenda del año 2025.

	dos
22	Proyecto de Ley de Energías Renovables y Alternativas
23	Proyecto de Ley de Cooperación Internacional
24	Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Procesos Electorales
25	Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Partidos Políticos
26	Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Electoral

4. Principales leyes sancionadas con impacto institucional (2023-2024)

Dentro del catálogo de treinta 30 leyes sancionadas entre los años 2023 y 2024, por parte de la Asamblea Nacional electa en 2020, vale la pena destacar una serie de instrumentos normativos, los cuales han tenido un significativo impacto institucional. En tal sentido, se tienen las siguientes leyes:

*Ley Orgánica de Extinción de Dominio*¹⁶: tiene por objeto la identificación, localización y recuperación de los bienes y efectos patrimoniales originados por actividades ilícitas o destinados a éstas, así como la extinción de los derechos y atributos relativos al dominio de los mismos, sin contraprestación ni compensación alguna. Con base en este instrumento normativo se estableció un procedimiento especial con una destacada intervención del Ministerio Público de naturaleza jurisdiccional, real y de contenido patrimonial el cual recaerá sobre cualquier “derecho real, principal o accesorio y de crédito, sobre cualquiera de los bienes descritos en esta Ley”.

*Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios*¹⁷: tiene por objeto garantizar la coordinación y armonización de las potestades tributarias que corresponden a los estados y municipios, estableciendo los principios, parámetros, limitaciones, tipos impositivos y alícuotas aplicables. En este orden de ideas, se incorporaron importantes innovaciones como: i) la no exigibilidad de solvencias administrativas emitidas por un mismo organismo a la hora de cumplir con obligaciones tributarias (artículo 18); ii) un límite general del 3% en la alícuota aplicable al impuesto de actividad económica a nivel municipal (artículo 31); y iii) la extensión a tres años calendario de la vigencia de ciertas licencias y autorizaciones (artículo 33). Si bien la ley incorpora elementos percibidos mayoritariamente como positivos, se discute hasta qué punto ese grado de intervención por parte del Poder Público Nacional representa un desconocimiento de la autonomía municipal consagrada en los artículos 16 y 168 de la Constitución.

*Ley Orgánica para la Defensa de la Guayana Esequiba*¹⁸: tiene por objeto establecer los medios y mecanismos orientados a la defensa del territorio de la Guayana Esequiba, con el propósito de asegurar la soberanía e integridad

¹⁶ Gaceta Oficial N° 6.745 Extraordinario de 28 de abril del 2023.

¹⁷ Gaceta Oficial N° 6.755 Extraordinario del 10 de agosto 2023.

¹⁸ Gaceta Oficial N° 6.798 Extraordinaria del 3 de abril de 2024.

dad territorial de la República Bolivariana de Venezuela, con el objetivo de reconocer a la Guayana Esequiba la categoría de estado dentro de la división político territorial de la República Bolivariana de Venezuela y establecer el régimen de funcionamiento de los Poderes Públicos en esa entidad federal. Dentro de su articulado destaca la imposición de sanciones a quien directa o indirectamente favorezcan o respalden la posición de la República Cooperativa de Guyana respecto de las reclamaciones de la República Bolivariana de Venezuela sobre el territorio de la Guayana Esequiba, tales como la prohibición de acceso a cargos públicos (artículo 25) o la prohibición de contratación (artículo 26).

*Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Popular*¹⁹: tiene por objeto desarrollar y consolidar el Poder Popular, generando condiciones objetivas a través de los diversos medios de participación y organización establecidos en la Constitución de la República, en la ley y los que surjan de la iniciativa popular, para que los ciudadanos y ciudadanas ejerzan el pleno derecho a la soberanía, la democracia participativa, protagónica y corresponsable, así como a la constitución de formas de autogobierno comunitarias y comunales, para el ejercicio directo del poder. Se trata de una reforma que propone una mayor articulación entre las distintas instancias del denominado Poder Popular, ampliando sus ámbitos de actuación en materia política, económica, social y de seguridad y defensa.

*Ley de Fiscalización, Regularización, Actuación y Financiamiento de las Organizaciones No Gubernamentales y Afines*²⁰: tiene por objeto establecer el régimen de constitución, registro, funcionamiento y financiamiento de las organizaciones no gubernamentales y organizaciones sociales sin fines de lucro. Al respecto, se establecen una serie de requisitos especiales de registro y funcionamiento para todas las organizaciones no gubernamentales, so pena de multas o, en el peor de los casos, medida de disolución de la organización por mandato judicial. Tal instrumento normativo ha sido objeto de numerosas críticas²¹, por cuanto su aplicación inhibe la acción de la sociedad civil organizada.

*Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de Justicia de Paz Comunal*²²: tiene por objeto establecer las normas de organización y funcionamiento de la Justicia de Paz Comunal, como ámbito de participación del Poder Popular y la Jurisdicción Especial del Sistema de Justicia, para la preservación de la armonía en las relaciones familiares, la convivencia vecinal y comunitaria. En este orden de ideas, se aprecia la am-

¹⁹ Gaceta Oficial N° 6.812 Extraordinario del 6 de junio de 2024.

²⁰ Gaceta Oficial N° 6.684 Extraordinario del 19 de enero de 2022.

²¹ Acceso a la Justicia. *Análisis de un abuso. Alcances de la Ley de Fiscalización, Regularización, Actuación y Financiamiento de las Organizaciones No Gubernamentales y Organizaciones Sociales sin Fines de Lucro.* <https://accesoalajusticia.org/alcances-ley-fiscalizacion-regularizacion-actuacion-y-financiamiento-organizaciones-no-gubernamentales-y-organizaciones-sociales-sin-fines-lucro/>

²² Gaceta Oficial N° 6.854 Extraordinario del 14 de noviembre de 2024.

pliación en el ámbito de competencia de los jueces de paz comunal regulando su forma de elección, financiamiento y procedimientos de actuación.

*Ley Orgánica Especial Libertador Simón Bolívar contra el Bloqueo Imperialista y por la Defensa de la República Bolivariana de Venezuela*²³: establece que su objeto es proteger al pueblo venezolano contra la actuación de personas naturales, jurídicas, nacionales o extranjeras, que promuevan, invoquen, respalden o participen en la imposición de medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas, así como de acciones contra la seguridad de la Nación. Asimismo, declara como crimen de lesa humanidad la imposición de medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas adoptadas contra la República Bolivariana de Venezuela y establece graves sanciones tales como la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas (artículo 9), multas entre cien mil y un millón de veces el tipo de cambio de la moneda de mayor valor publicado por el Banco Central de Venezuela y privación de libertad de veinticinco a treinta años para toda persona que promueva, instigue, solicite, invoque, favorezca, facilite, respalde o participe en la adopción o ejecución de medidas coercitivas unilaterales u otras medidas restrictivas o punitivas contra la población venezolana.

Conclusiones

Partiendo de un análisis estrictamente cuantitativo en comparación con lo observado en el periodo 2021-2022, se advierte que en 2023-2024 se produjo una contracción significativa en la actividad legislativa desplegada por la Asamblea Nacional electa en 2020, destacándose una disminución del 15% en el número de sesiones celebradas (134 vs. 114) y de un 49% en el número de leyes sancionadas durante el periodo de estudio (59 vs. 30).

Ahora bien, desde el punto de vista cualitativo la actividad parlamentaria observada en el periodo 2023-2024 estuvo nuevamente condicionada por el devenir del conflicto sociopolítico venezolano, en la misma línea de confrontación político-partidista permanente observada durante 2021-2022.

En ese sentido, se destaca la sanción de importantes instrumentos normativos tales como i) la Ley Orgánica de Extinción de Dominio; ii) la Ley de Fiscalización, Regularización, Actuación y Financiamiento de las Organizaciones No Gubernamentales y Afines; y iii) la Ley Orgánica Especial Libertador Simón Bolívar contra el Bloqueo Imperialista y por la Defensa de la República Bolivariana de Venezuela, las cuales han sido objeto de diversas críticas por parte de organizaciones dedicadas a la defensa de los derechos humanos tanto a nivel nacional como internacional, en el entendido de que las mismas no cumplen con los estándares internacionales aplicables a las restricciones de derechos humanos, por cuanto muchas de las normas contenidas en tales instrumentos no resultan idóneas, necesarias ni proporcionales en sentido estricto.

²³ Gaceta Oficial N° 6.859 Extraordinario del 29 de noviembre de 2024.

Por otra parte, se aprecia la profundización del sistema de Estado comunal en Venezuela con las reformas legales implementadas tanto a la Ley Orgánica del Poder Popular como a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de Justicia de Paz Comunal, las cuales amplían considerablemente el ámbito de competencias del Poder Popular, junto con la articulación de sus diferentes manifestaciones e instancias frente a las estructuras propias del Estado constitucional de derecho.

Del mismo modo, en cuanto a la forma de Estado federal, destacan durante el periodo de estudio, por un lado la sanción de la Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios, la cual incorpora importantes cambios en la tributación a nivel municipal y regional, estableciendo límites relevantes principalmente en lo que respecta a la autonomía municipal en materia tributaria, y por otro lado la Ley Orgánica para la Defensa de la Guayana Esequiba que modifica la composición política territorial del país, al reconocer la existencia de una nueva entidad federal, con todas las implicaciones que tal reconocimiento implica tanto a nivel nacional como internacional.

Finalmente, si bien excede el ámbito temporal de este informe es necesario advertir el anuncio efectuado por parte del Presidente de la República de un proyecto de Reforma Constitucional a ser discutido próximamente ante la Asamblea Nacional del cual al momento del cierre de esta investigación no ha trascendido su contenido, pero que, sin lugar a dudas, va a marcar la agenda de discusión parlamentaria en los próximos años dada su trascendencia político-institucional.

III

**CONTRIBUCIONES DE ESTUDIANTES DE LA
UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO**

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN AMÉRICA DEL SUR: COMPARATIVA INTERNACIONAL Y PERSPECTIVAS FUTURAS DE SU REGULACIÓN

Arantxa Jurado, Jeinrrymel Gómez, Judith Rancel y Sebastián Orta*

Introducción

El creciente protagonismo de la Inteligencia Artificial (de ahora en más, "IA") ha implicado una rápida transformación en la forma en la que, como sociedad, interactuamos con la tecnología. Si bien esto tiene el potencial de ofrecer grandes beneficios y oportunidades, indudablemente trae consigo una serie de desafíos éticos y jurídicos de gran relevancia. Para el 2021, la entonces Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, refirió que la IA:

...puede ser una fuerza para el bien, que ayude a las sociedades a superar algunos de los mayores retos de nuestro tiempo. Pero (...) también puede tener efectos nocivos e incluso catastróficos, cuando se emplea sin prestar la debida atención a su capacidad de vulnerar los derechos humanos¹.

En el mismo sentido, aseveró que cuanto mayor es el riesgo para los derechos humanos, más deben aumentar los requisitos legales para el uso de la IA. Ahora bien, la rapidez con la que avanza el uso y desarrollo de modelos de IA no es el mismo con el que lo hace el Derecho con respecto a la regulación de dicha materia, hecho que parece ser más evidente en regiones menos desarrolladas.

Lo cierto es que la IA puede reproducir y amplificar sesgos existentes si no se regula adecuadamente, lo que podría resultar en prácticas discriminatorias, no solo antagónicas al marco normativo de los derechos humanos, sino particularmente al de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Como ha establecido la Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (REDESCA y CIDH respectivamente), la IA "impacta en los DESCAs, por ejemplo reconfigurando el mercado laboral y

* La presente investigación fue realizada por los estudiantes de la Cátedra de la Clínica Jurídica en Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, bajo la conducción de la profesora Mariana Campos Villalba y la asistencia de Rosana Lezama.

¹ Organización de las Naciones Unidas (2021), Bachelet pide una moratoria urgente en la venta y uso de la inteligencia artificial. <https://news.un.org/es/story/2021/09/1496782#:~:text=%E2%80%9CNo%20podemos%20seguir%20reaccionando%20tard%C3%ADamente,derechos%20humanos%E2%80%9D%20dice%20Bachelet>.

el acceso a la educación y la salud, con el riesgo de amplificar desigualdades y sesgos, pero también y específicamente en relación con los derechos culturales de las comunidades”².

Es por ello que, a nivel internacional, se ha pensado que debe generarse un marco ético y normativo de estas estructuras tecnológicas, capaz de asegurar los estándares de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad en la garantía de estos derechos. Esto se refiere a cuestiones como el acceso igualitario, equitativo y sin discriminación a dichas tecnologías, la capacitación y educación de los funcionarios públicos y de los operadores de servicios en la materia, la definición previa de estándares de transparencia, protección del consumidor, sus datos y sus obras intelectuales.

Así las cosas, esta investigación busca abordar el enfoque con el que ha sido abordada la IA en América del Sur, a los fines de i) describir el entorno conceptual, ético y normativo –a escala internacional– de los mecanismos o herramientas de IA; ii) vincular la regulación de la IA con los DESCA; iii) determinar las iniciativas recientes de los Estados sudamericanos con respecto a la reglamentación de la IA; iv) comparar su regulación de la IA de la región con la europea en aras de identificar las buenas prácticas y lecciones que puedan ser adaptadas al contexto local sudamericano; e v) identificar los retos que particularmente caracterizan a la región en la construcción de una regulación, así como las recomendaciones para el desarrollo de regulaciones efectivas. Todo esto se deriva del análisis de instrumentos e iniciativas de rango legal y sublegal de los países objeto de estudio, de cara a la presentación de una serie de conclusiones para el porvenir de la regulación de la IA en América del Sur.

1. El entorno conceptual, ético y normativo de las herramientas de IA

Las nuevas tecnologías han impactado significativamente en la última década, marcando un hito en el siglo XXI. Asimismo, en los últimos años su alcance y magnitud ha tenido un crecimiento exacerbado, creando una necesidad de que las personas se familiaricen con estas herramientas y obtengan una alfabetización digital que les permita comprender tanto los efectos positivos como negativos que estas tecnologías pueden tener en la sociedad. Surge la necesidad de adoptar medidas legislativas que limiten su uso excesivo y regulen sus posibles impactos.

No obstante, la mayoría de la doctrina coincide en que la IA surge tras la publicación de la obra de Alan Turing titulada “Computing Machinery and Intelligence” en 1950³. En su breve período de existencia, la IA ha experimentado una evolución significativa, iniciando su conceptualización formal en la Conferencia de Dartmouth de 1956. Desde entonces, diversos profesionales

² REDESCA, *Plan de trabajo 2024-2026: Una agenda hemisférica por los DESCA*, p. 21. https://www.oas.org/es/CIDH/r/desca/plan/REDESCA_PlanTrabajo_2024-2026_SPA.pdf.

³ Turing, Alan M. "Computing Machinery and Intelligence". *Mind* 59, N° 236 (1950): 433–460. <https://www.csee.umbc.edu/courses/471/papers/turing.pdf>.

han apostado por estas tecnologías, enfocados en facilitar la resolución de problemas cotidianos bajo la premisa de que las nuevas tecnologías pueden abordar estos desafíos de manera más eficiente⁴.

Por su parte, la Unión Europea define la IA como sistemas de software y hardware diseñados por humanos que, ante objetivos complejos, actúan en el ámbito físico o digital, interpretando su entorno mediante la adquisición y análisis de datos estructurados o no estructurados. Estos sistemas razonan sobre el contenido, procesan la información obtenida y recomiendan las acciones óptimas para alcanzar el objetivo propuesto⁵.

1.1. Aplicaciones actuales de la IA y su relación con el Derecho

La implementación de la IA en la actualidad ha tenido un impacto directo en la humanidad, generando tanto consecuencias positivas como negativas. Entre los beneficios, se destaca que la IA ha incrementado la eficacia en diversos procesos, optimizando tareas rutinarias y mejorando significativamente áreas de la vida humana al ofrecer soluciones rápidas y precisas. Sin embargo, también es necesario resaltar que la IA presenta fallos que pueden afectar a la sociedad, ya que su funcionamiento depende de datos recopilados y elaborados por humanos, lo que puede introducir sesgos significativos que promuevan inequidades y desigualdades⁶.

El impacto directo de la IA en los derechos humanos ha generado la necesidad de implementar medidas cautelares para proteger derechos fundamentales. Debido a su reciente existencia y alta complejidad, la IA plantea importantes desafíos regulatorios. A pesar de los esfuerzos de diversas naciones para regularla, persiste un vacío legal significativo. Según Bariffi, los derechos humanos constituyen una herramienta fundamental para abordar posibles violaciones derivadas del uso de la IA, no solo como mecanismo de evaluación de dichas violaciones, sino también como instrumento para combatirlas⁷.

⁴ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *Hacia una digitalización inclusiva: retos y oportunidades para América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2023. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/879779be-c0a0-4e11-8e08-cf80b41a4fd9/content>.

⁵ Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital de España. "¿Qué es la Inteligencia Artificial (IA)?" *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. Última modificación, 2023. <https://planderecuperacion.gob.es/noticias/que-es-inteligencia-artificial-ia-prtr>.

⁶ Rivas, J. Y Gauthier, V. (2021). *Introducción a la protección de los Derechos Humanos frente al avance de la inteligencia artificial* [Material del aula]. Diplomado en Inteligencia Artificial de la Universidad Católica Andrés Bello.

⁷ Bariffi, F. (2021). *Vigilancia Masiva mediante la Inteligencia Artificial y la Robótica* [Material del aula]. Diplomado en Inteligencia Artificial de la Universidad Católica Andrés Bello.

1.2. Principios y ética de la IA

En 2018, la Unión de Libertades Civiles de Nueva York reveló que el “Software de Evaluación de Clasificación de Riesgo”, utilizado desde 2013 por el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de los Estados Unidos para decisiones de deportación, presentaba manipulación que favorecía detenciones arbitrarias⁸. Asimismo, el 24 de octubre de 2019, el periódico *El País* informó que un equipo de investigadores demostró que un algoritmo utilizado para evaluar riesgos sanitarios en millones de pacientes en Estados Unidos discrimina sistemáticamente a la población negra⁹. Casos como estos evidencian que la utilización de la IA puede implicar graves violaciones a derechos humanos, lo que subraya la necesidad de un marco regulatorio ético y legislativo sólido.

La implementación de la IA debe obligatoriamente estar acompañada por unos principios que orienten su regulación a fin de evitar violaciones masivas de derechos humanos por parte de esta. En la publicación *IA y Derechos humanos* de Rafael Asís se destaca que existe una necesidad de lograr un consenso en relación con los principios éticos desde los cuales se debe afrontar la regulación de la IA. Asimismo, un estudio publicado por la Escuela Politécnica Federal de Zurich concluyó que hay un acuerdo global existente con respecto a cinco principios éticos: transparencia, justicia y equidad, no maleficencia, responsabilidad y privacidad; sin embargo, el estudio resalta la no uniformidad en el criterio según el cual estos principios deben ser interpretados¹⁰.

En este contexto, surge la *Carta de los Derechos Digitales*, una propuesta impulsada por académicos y civiles, que aborda los derechos digitales, incluyendo la regulación de la IA. Este documento establece que en el desarrollo y ciclo de vida de tales sistemas se deben garantizar: i) el derecho a la no discriminación algorítmica, independientemente de la naturaleza del sesgo en decisiones automatizadas; ii) la transparencia, auditabilidad, aplicabilidad y trazabilidad; y iii) la accesibilidad, usabilidad y fiabilidad de los sistemas de IA¹¹.

Asimismo, la Carta reconoce el derecho de las personas a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en procesos automatizados, incluyendo los que emplean IA, cuando dichas decisiones produzcan efectos jurídicos o los afecten significativamente. En este sentido, se consagran los derechos a: i) solicitar la supervisión o intervención humana, e ii) impugnar decisiones automatizadas o algorítmicas. Por último, la Carta establece la obligación de informar a las personas sobre el uso de la IA y prohíbe el uso de sistemas

⁸ De Asís, Rafael. *Inteligencia Artificial y Derechos Humanos*. Serie: Materiales de Filosofía del Derecho, N° 2020/04. Madrid: Seminario Permanente Gregorio Peces-Barba, Grupo de Investigación “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia”. <http://hdl.handle.net/10016/24630>.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

dirigidos a manipular o perturbar la voluntad de los individuos, especialmente cuando esto afecta derechos fundamentales¹².

1.3. La radiografía de América del Sur en la regulación de la IA

La regulación de la IA a nivel mundial enfrenta múltiples obstáculos y desafíos, dado a lo reciente de la nueva tecnología, la rápida evolución de la misma y el desconocimiento a nivel legislativo de la tecnología emergente que trajo consigo lo que los economistas denominan la cuarta revolución industrial. Los diversos retos anteriormente descritos se ven exacerbados en una nación que afronta heterogeneidad socioeconómica, desafíos éticos y sociales, desigualdades en recursos y particularidades culturales y políticas, como lo es América del Sur.

Primeramente, se debe destacar que la heterogeneidad legislativa presente en la región es uno de los principales desafíos; ya que si bien existen naciones como Brasil¹³ y Argentina¹⁴, que están tomando iniciativas significativas hacia la regulación de la IA, las mismas están desarrolladas de manera aislada y carecen de una verdadera coordinación regional, característica que también se permea a los otros países de la región como se desarrollará *infra*, lo cual en definitiva dificulta la creación y colaboración entre países para desarrollar estándares comunes, lo que llevaría a fortalecer la posición de América del Sur en el marco global de la IA.

Por otro lado, una gran dificultad que enfrenta la región es la desigualdad en capacidades tecnológicas y recursos, haciendo especial énfasis en la marcada disparidad en términos de infraestructura tecnológica, investigación, inversión y desarrollo y formación de talento especializado en IA. A pesar del esfuerzo de múltiples naciones de la región por desarrollar políticas específicas para la transformación digital, es una realidad que permea en América del Sur que la misma enfrenta múltiples barreras estructurales, como la limitada conectividad, baja inversión en ciencia y tecnología y la escasa presencia de programas educativos enfocados en habilidades digitales¹⁵.

Por último, se debe resaltar que la implementación de la inteligencia artificial en la región enfrenta desafíos éticos, debido a que la región corre un alto riesgo de amplificar las desigualdades existentes por medio de siste-

¹² Ibidem.

¹³ Gobierno de Brasil. (2021). *Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial*. <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/estrategias-e-politicas-digitais/estrategia-brasileira-de-inteligencia-artificial>.

¹⁴ Congreso de la Nación Argentina. (2023). *Proyecto de ley sobre responsabilidad algorítmica*. <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretarria/Periodo2024/PDF2024/TP2024/0805-D-2024.pdf>

¹⁵ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2023). *La Inteligencia Artificial y el desarrollo digital en América Latina: Retos y oportunidades*. https://conferenciaelac.cepal.org/9/sites/elac9/files/s2401013_es.pdf.

mas algorítmicos propensos a producir sesgos inherentes a los datos suministrados¹⁶.

A pesar de ello, existen países como Uruguay, Brasil, Chile, Colombia y Argentina que han avanzado en la regulación de la inteligencia artificial, integrando estándares éticos en sus marcos normativos. Por ejemplo, Uruguay ha promulgado la Ley N° 20.212, centrada en una estrategia nacional que prioriza la ética y los derechos humanos en el desarrollo de la IA. De manera similar, Brasil y Chile han impulsado iniciativas legislativas inspiradas en regulaciones internacionales como las directrices de la OCDE y la UNESCO, fomentando la transparencia, la responsabilidad y la protección de derechos fundamentales en el uso de estas tecnologías. Estas acciones destacan que un enfoque ético en la implementación de la IA en la región es posible y se encuentra en desarrollo.

Consecuentemente, aun cuando existen diversos desafíos, los cuales fueron previamente establecidos, las nuevas tecnologías pueden representar una oportunidad para combatir con múltiples problemas presentes en la región y con la legislación correcta y adecuada, acompañada de un esfuerzo regional por establecer estándares que permitan el desarrollo ético y competitivo de la inteligencia artificial, se podría establecer un hito para el progreso de América del Sur.

2. La relación de la IA y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

La vinculación de la IA con los derechos fundamentales es innegable; de hecho, la práctica ha demostrado que ciertos derechos y libertades fundamentales son especialmente vulnerables frente al uso inapropiado de herramientas de IA, como –por ejemplo– la salud, la educación, el trabajo, la privacidad, la protección de datos y al consumidor, la libertad de expresión y reunión, la tutela judicial efectiva, la no discriminación y el goce de los beneficios del progreso científico¹⁷. Ahora bien, corresponde hacer especial referencia al caso de los DESCA, cuyos estándares de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad se constituyen, a nuestro criterio, no solo como una guía para el Estado al facilitar y proporcionar los “bienes y servicios” necesarios en el cumplimiento de su obligación de garantía¹⁸, sino también

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Lacruz, M. (2024), *Inteligencia artificial y derechos humanos: una distopía posible. La libertad de expresión: avances, límites y desafíos futuros* (coord. Guillermo Vicente y Guerrero), Colección pensamiento jurídico y político contemporáneo, Editorial Colex, p. 237 y 238. <https://d2eb79appvasri.cloudfront.net/erp-colex/openaccess/libros/7717.pdf> Además, UNESCO (2021), *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*, párr. 2.c. <https://www.unesco.org/es/articles/recomendacion-sobre-la-etica-de-la-inteligencia-artificial>

¹⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Indicadores de derechos humanos: guía para la medición y aplicación*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIindicators/Summary_sp.pdf; y Conceptualización de los Indicadores de Derechos Humanos.

como la medida de los riesgos del uso de los sistemas inteligentes en tal proceso.

Para el 2019, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), a través del estudio preliminar sobre la ética de la inteligencia artificial de su Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología, afirmó que hay una estrecha conexión entre los sistemas de IA y sus esferas de competencia, dígase: i) la educación, en cuanto el proceso de digitalización exige nuevas prácticas educativas, una reflexión ética, un pensamiento crítico, prácticas de concepción responsables y nuevas competencias, dadas las implicaciones para el mercado laboral, la empleabilidad y la participación cívica; ii) la ciencia, pues la IA sirve como base para la generación de nuevas capacidades, enfoques de investigación y decisiones; iii) la cultura, sobre todo en la medida que dichas tecnologías enriquezcan la industria creativa –teniendo como norte la participación e igualdad– y no concentren la oferta de datos y contenidos disponibles en el mercado; y iv) la comunicación e información, en el marco del procesamiento, suministro, automatización y conservación de contenidos, espacios donde se generan problemas de acceso a la información, desinformación, discriminación, libertad de expresión, privacidad, etc.¹⁹ A su vez, en el marco de la Recomendación sobre la Ética de la inteligencia artificial del 2021 (de ahora en más, “recomendación”), insta a los Estados Miembros a esbozar un marco jurídico de todo el ciclo de vida de los sistemas de IA, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos²⁰, refiriéndose además a varios ámbitos de actuación relevantes a los efectos de los DESCA, que servirán para esquematizar el presente capítulo.

2.1. Cultura

En materia de IA, es fundamental mencionar, como también lo ha hecho la CIDH²¹, la relevancia de los derechos culturales, en particular el derecho a beneficiarse del progreso científico y tecnológico, así como los respectivos intereses morales y materiales que resultan de la producción científica. Esto, a su vez, se complementa con la obligación del Estado de adoptar medidas para conservar, desarrollar y difundir la ciencia, el respeto a la libertad para la investigación científica y la actividad creadora²². Ello, de forma práctica-

https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/HRIIndicators/AGuideMeasurementImplementationChapterII_sp.pdf.

¹⁹ UNESCO (2021), p. 11.

²⁰ Complementariamente, véase la Declaración de Toronto (2018) de Human Rights Watch, Access Now y Amnistía Internacional, cuyos estándares pretenden aplicar las disposiciones internacionales de derechos humanos existentes al desarrollo y uso de sistemas de IA, con atención a la protección del derecho a la igualdad y la no discriminación. <https://www.torontodeclaration.org/declaration-text/english/>

²¹ CIDH y REDESCA (2021), *Compendio sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales: Estándares Interamericanos*, párr. 71. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/compendio%20desca_esp_completo.pdf

²² Véase el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el artículo 14 del Protocolo de San Salvador, la Carta de la Organización de Estados America-

mente generalizada, es abordado de tal manera por los países sudamericanos; de hecho, uno de los enfoques primordiales de la regulación de IA es el aprovechamiento de tal avance tecnológico. Así, sirve analizar el caso del proyecto de ley que regula los sistemas de inteligencia artificial de Chile²³, pues no solo se centra en establecer un marco regulatorio de la IA, sino también en potenciar la equidad en el acceso, uso y beneficios derivados de esta.

Asimismo, la UNESCO en su recomendación se ha referido a que los Estados, en la medida que el contexto lo permita, deben incorporar la IA en los sistemas enriquecimiento, promoción, preservación y protección cultural, sin dejar de lado la mitigación de las repercusiones negativas que puedan oca-sionar (desigualdad, desaparición de lenguas, ocultamiento de contenidos locales, etc.). Esto último implica, entre otras cosas, la promoción de la educación o capacitación en IA para profesionales creativos, industrias culturales locales, pequeñas y medianas empresas con respecto a la idoneidad de las diferentes herramientas disponibles y propiedad intelectual.

2.2. Educación e investigación

La UNESCO afianza la idea de que los Estados deben potenciar los conocimientos adecuados sobre IA a todos los niveles educativos, de cara a la reducción de la brecha digital y las desigualdades en el acceso a las nuevas tecnologías, esto también de la mano de la promoción de iniciativas de investigación científica en torno a la utilización responsable y ética de las herramientas de IA en la enseñanza, docencia y aprendizaje tecnológico. Así, tales iniciativas deben circunscribirse en el contenido del derecho a la educación²⁴, desarrollado –en particular– por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N° 13.

Al igual que el ámbito anterior, la educación y la investigación son transversales en el avance regulatorio de la IA en la región. Como se verá más adelante, cabe mencionar los notables avances de Argentina y Brasil al respecto: el primero a través del proyecto de ley de educación tecnológica integral para la educación secundaria en la República de Argentina (presentado el 5 de noviembre del 2024)²⁵, cuyo fin es el institucionalizar la educación tecnológica a nivel secundario, asegurando el acceso igualitario y de calidad a la misma; el segundo, mediante el proyecto de ley N° 2614 de

nos (OEA) y el artículo 13 de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre.

²³ Cámara de diputados y diputadas (2024). Boletín N° 16821-19. *Proyecto de ley que regula los sistemas de inteligencia artificial*. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=17429&prmBOLETIN=16821-19>

²⁴ Véase el artículo 26 de la CADH, el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, los artículos 34, 47, 48, 49, 50 y 51 Carta de la OEA y el artículo XII de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre.

²⁵ <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/482642/downloadPdf>.

2024²⁶ para el establecimiento de directrices, objetivos, metas y estrategias para mejorar la educación en el país, promoviendo la equidad, la calidad, el desarrollo socioeconómico y tecnológico. A su vez, Ecuador también ha desplegado iniciativas legislativas para facilitar el acceso a financiamiento a empresas en el campo de la investigación y educación en IA.

2.3. Economía y trabajo

El derecho al trabajo, como ha dispuesto al CIDH, engloba otra serie de garantías, como la de condiciones de trabajo aceptables (justas, equitativas y satisfactorias), el acceso a un sistema de protección para el trabajador y la no discriminación²⁷, cuestión que cobra importancia frente a la utilización de la IA por parte del sector empresarial en áreas como la gestión de personal (evaluación y control de trabajadores) y el manejo de datos. Al respecto, la recomendación de la UNESCO indica que los Estados deben apoyar la investigación sobre el impacto de la IA en el entorno laboral, a los fines de “anticipar las tendencias y desafíos futuros”, al mismo tiempo que adopte las medidas adecuadas para i) respaldar la competitividad de mercado; ii) proteger a los trabajadores y consumidores; y iii) prevenir las desigualdades que pudieran resultar de su implementación²⁸.

A su vez, los Estados –en coordinación con el sector privado y demás interesados– han de encargarse de poner en marcha programas que hagan frente a la transición equitativa de los trabajadores en situación de riesgo frente al avance de la IA, ya fueran de reconversión profesional o protección social. No obstante, esto último se ha visto desarrollado a más profundidad por la opinión consultiva N° 27 del 2021 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto ha indicado que es necesario que aun cuando no necesariamente se contemple la necesidad de promulgar el diálogo social sobre determinados temas no previstos en la ley laboral, la obligación de respetar y garantizar los derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga supone la participación de los trabajadores en la elaboración de políticas públicas en cuanto ello mantenga relación con los derechos humanos en materia laboral. Así, frente a la evolución que ha supuesto la incorporación de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, “los trabajadores deben gozar de la posibilidad real para constituir sindicatos y (...) par-

²⁶ Cámara de diputados (2024). *Projeto de Lei 2614* [Proyecto de Ley 2614]. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2443764>

²⁷ CIDH y REDESCA (2021), pár. 91. Adicionalmente, véase el artículo 6 del Protocolo de San Salvador, los artículos 34 y 35 Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) y el artículo XIV de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre.

²⁸ Esto puede analizarse a la luz de las *Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable* del Grupo de Expertos de Alto Nivel de la Unión Europea (2019), que destacan que los sistemas de IA deben guiarse por los principios de autonomía humana, prevención del daño o riesgos (reducción del margen de error con base a predicciones, recomendaciones, decisiones prejuicios basados en datos o modelos reales), equidad y la explicabilidad. También véase Goñi, J. (2019), *Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo*, Doc. Labor., núm. 117-Año 2019-Vol. II, p. 57 a 72.

ticipar del diseño de la política y legislación de empleo en contextos de cambio en el mercado de trabajo mediante nuevas tecnologías”²⁹.

Es elemental subrayar que, en principio, las iniciativas regulatorias de la IA en materia laboral se vieron impulsadas con ocasión a la pandemia de COVID-19, razón por la que, desde su decaimiento, se han visto nuevamente ralentizados. No obstante, entre varios avances notables de la región hay que celebrar el proyecto de ley N° 130 de 2023 del Senado colombiano (dirigido a armonizar la utilización de la IA con el derecho al trabajo de las personas y abarcar el régimen de tratamiento de datos sensibles)³⁰, la Ley Orgánica para la Transformación Digital y Audiovisual de Ecuador (destinada a promover la creación de oportunidades mediante la atracción y fomento de inversiones de la economía digital global e incentivar la creación de empleos de calidad) y la Ley de Incentivo a la Economía Digital en Paraguay (que introduce medidas para el fomento de la inversión en actividades dentro de la economía digital, propiciando la capacitación laboral en la materia)³¹.

2.4. Salud y bienestar social

El contenido del derecho a la salud³², como ha expresado la CIDH y la REDESCA, se extiende, entre otras cuestiones, a la atención de la salud, la educación sobre la prevención y tratamiento de problemas de salud, la satisfacción de las necesidades de los grupos en situación de vulnerabilidad³³ y la no discriminación en la prestación de tales servicios (lo que también abarca las “condiciones que conduzcan a una vida digna e igualitaria en la sociedad en relación con el derecho a la salud”)³⁴.

Ahora bien, la recomendación de la UNESCO afirma que debe haber un despliegue de sistemas de IA seguros, eficaces, eficientes y probados (científicamente) en el ámbito de la atención de la salud. En el mismo sentido, sostiene que los Estados deben asegurar la supervisión humana y profesional de las fases de predicción, detección y tratamiento generados por dichos sistemas, todo en aras de proteger los datos del usuario (bajo su consentimiento informado) y minimizar o atenuar los sesgos. Particularmente, la ley N° 21.242 de Chile autoriza a los prestadores de salud a efectuar atenciones

²⁹ Véanse los párrafos 202, 209, 210 y 211.

³⁰ Congreso de la República de Colombia (2023). Proyecto de Ley 130/2023. <https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/textos%20radicados/proyectos%20de%20ley/2023%20-%202024/PL%20130-23%20Inteligencia%20Artificial%20Derecho%20al%20Trabajo.pdf>.

³¹ <https://silpy.congreso.gov.py/web/expediente/134522>.

³² Véase el artículo 26 de la CADH, el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, los artículos 34 y 35 de la Carta de la OEA y el artículo XI de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre.

³³ UNESCO (2021), p. 107.

³⁴ Véase, por ejemplo, la *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia*, que estipula que los Estados deben comprometerse a acoger legislación que prohíba la discriminación, entre otros, en el ámbito de la salud. Adicionalmente, OEA (2021), *Informe sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de personas Afrodescendientes*, párr. 172 y ss.

a distancia o mediante telemedicina bajo determinados estándares de prestación del servicio³⁵.

2.5. Medio ambiente

Los Estados, como ha indicado la CIDH, tienen la obligación de regular y fiscalizar las actividades que, ejecutándose bajo su jurisdicción, produzcan o puedan producir daño significativo al medio ambiente, esto mediante estrategias de prevención, sanción y reparación; a su vez, están en la obligación de mitigar las consecuencias de esos daños, valiéndose de la tecnología y los avances científicos³⁶. Al respecto, la recomendación de la UNESCO se mantiene en el mismo orden de ideas, pues reza que los Estados deben evaluar y reducir el impacto ambiental, tanto directo como indirecto, de los sistemas de IA (huella de carbono, consumo de energía, etc.), así como adoptar soluciones de IA “en favor de la resiliencia ante el riesgo de desastres; la vigilancia, protección y regeneración del medio ambiente y los ecosistemas; y la preservación del planeta”³⁷.

Países como Uruguay, Colombia y Argentina son muestra de la incorporación de la mitigación de los daños significativos de la IA en el ambiente, sobre todo desde el establecimiento de los lineamientos de política pública para el desarrollo, uso e implementación de la IA (como ocurre con el proyecto de ley colombiano N° 59 de 2023)³⁸.

3. Las recientes iniciativas de los Estados sudamericanos con respecto a la reglamentación de la IA

3.1. Argentina

Argentina enfrenta importantes tensiones y desafíos al considerar la nación a la luz de los DESCA. Primeramente, con respecto a los derechos económicos, la tasa de desempleo e informalidad laboral ha hecho que se vea gravemente afectado el acceso al trabajo, así como la inflación ha causado una erosión del poder adquisitivo, creando exigencias de aumentos salariales y paros en diversos sectores. En segundo lugar, cuando se evalúan los derechos sociales en Argentina, se debe destacar que el sistema de salud enfrenta tensiones, con especial énfasis en las zonas rurales o de bajos recursos, y aunque hay un nivel alto de alfabetización, la calidad de la educación y el acceso a recurso varía de manera significativa entre distintos contextos socioeconómicos. En tercer lugar, a pesar de que Argentina es un país diverso, existen grupos minoritarios que luchan por la protección de sus

³⁵ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1190336>.

³⁶ Véase el artículo 26 de la CADH y el artículo 11 del Protocolo de San Salvador. Además, CIDH (2020), *Medida Cautelar N° 708-19. Pobladores de las zonas aledañas al Río Santiago respecto de México*, párr. 37.

³⁷ UNESCO (2021), p. 31.

³⁸ <https://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2023-2024/2964-proyecto-de-ley-059-de-2023>.

derechos culturales. Por último, el vacío de políticas efectivas que aborden el cambio climático y la explotación de recursos naturales, como la minería y la agricultura intensiva, ha generado grandes conflictos ambientales y sociales³⁹.

Emigrando a la temática de las nuevas tecnologías, se debe destacar que Argentina se encuentra dentro de los países más avanzados en la región en cuanto a la adopción de nuevas tecnologías en diversos sectores, como la educación, la agricultura y la educación, sin embargo, existen múltiples desafíos presentados en cuanto a su regulación e implementación⁴⁰. Los Startups y empresas tecnológicas han tenido un gran crecimiento en Argentina, especialmente, en su capital, Buenos Aires⁴¹; a pesar de que se ha convertido en un *hub* para la innovación en América del Sur, la inestabilidad económica y la falta de inversión han sido grandes limitantes para su expansión⁴².

En Argentina se ha comenzado a desarrollar un marco regulatorio para las nuevas tecnologías, con especial esfuerzo en el área de protección de datos personales y el comercio electrónico, pero las legislaciones suelen quedarse atrás en comparación con la velocidad de avance de las nuevas tecnologías. A su vez, debe destacarse que existen iniciativas gubernamentales para fomentar tanto la innovación como las tecnologías, como lo es el “Plan Nacional Argentina Conectada”, el cual mejora el acceso a las nuevas tecnologías y en especial al internet en las zonas rurales⁴³.

Luego de una revisión exhaustiva de la normativa existente a nivel provincial o municipal en materia de inteligencia artificial, se llegó a la conclusión de que las iniciativas existentes en Argentina en la materia de las nuevas tecnologías, están centrados en el ámbito nacional, contando con diversas iniciativas en temas como la transparencia y la protección de los datos personales; a su vez, la adopción de políticas y normativas parece centralizada en el gobierno federal. Si bien, algunas disposiciones sugieren una recomendación a las provincias y municipios de adherir ciertos programas,

³⁹ JusBAIRES. “¿Qué son los DESCAs?” JusBAIRES, 2024. <https://descajes.jusbaires.gob.ar/derechos-descas/#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20son%20los%20DESCAs%3F,necesarias%20para%20una%20vida%20digna>.

⁴⁰ Matkovic, Mariano. “Desarrollo y futuro de la tecnología de la información en Argentina”. *Revista Consejo Digital*. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Edición 66, 2023. <https://www.consejo.org.ar/servicios/medios-del-consejo/revista-consejo-digital/edicion-66/columna-de-opinion-66/matkovic-desarrollo-y-futuro-tecnologia-informacion-argentina>.

⁴¹ CEPAL (2023). “Las startups impulsan la innovación basada en inteligencia artificial en la región.” *Desarrollo Digital en América Latina y el Caribe*. <https://desarrollodigital.cepal.org/es/datos-y-hechos/las-startups-impulsan-la-innovacion-basada-en-inteligencia-artificial-en-la-region>.

⁴² Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria. “INTA”. Gobierno de la República Argentina, 2024. <https://www.argentina.gob.ar/inta>.

⁴³ Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la República Argentina. *Plan Nacional Argentina Conectada*. Publicado en 2010. <https://www.argentina.gob.ar/argentina-conectada>.

como el *Chatbot TINA*, esto no implica un marco regulatorio provincial o municipal independiente.

Sin embargo, algo que surgió recurrentemente en la investigación del presente estudio y es menester destacar es que, a nivel provincial y municipal, el uso de IA se ha introducido en algunos sistemas judiciales y administrativos, como en Buenos Aires y ciertas localidades de Chaco, donde se están implementando herramientas de IA para agilizar procesos judiciales y administrativos, aunque estas prácticas son parte de proyectos piloto más que de regulaciones formalizadas.

Se debe destacar que existen diversas decisiones judiciales en Argentina que han sido relevantes para el tratamiento de la regulación de la inteligencia artificial en la nación, como lo es el caso de Natalia Denegri vs. Google Inc., en el año 2022 en la Corte Suprema de Justicia de Argentina, donde Natalia Denegri solicitó la aplicación del "derecho al olvido" para eliminar de los motores de búsqueda contenidos de su vida privada, argumentando que estos eran irrelevantes con el paso del tiempo. La Corte Suprema denegó la solicitud, priorizando el derecho a la información pública sobre la privacidad. Este fallo es significativo en la era digital, pues establece un precedente sobre la responsabilidad de los algoritmos de IA que indexan información de forma constante y cómo interactúan con derechos individuales de privacidad⁴⁴. Por otro lado, también se debe destacar el caso de Open Discovery S.A. – Protección de Datos Personales, del año 2020 en el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8, en el cual, Open Discovery S.A. fue sancionada por la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales al emitir informes crediticios que contenían datos excesivos e irrelevantes sobre terceros. La decisión pone de manifiesto los límites legales para el uso de datos en informes crediticios y destaca la importancia de evitar sesgos y mantener la calidad en la gestión de datos, algo relevante para IA que procesan y analizan datos masivos en informes personales⁴⁵.

3.2. Bolivia

El Estado Plurinacional de Bolivia aún no cuenta con una regulación específica para la IA, como tampoco cuenta con una base para ello pues es inexistente la legislación sobre protección de datos en el país. La ausencia de una regulación específica para la IA en Bolivia, sumada a la inexistencia de una Ley de Protección de Datos, constituye un obstáculo significativo para el desarrollo tecnológico del país.

Por su parte, el Centro Nacional de Inteligencia Artificial (CENIA) de Chile, emprendió un estudio con múltiples colaboradores, expresando su resultado a través del Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial (ILIA). El ILIA es un índice que entrega datos cuantitativos y cualitativos sobre el estado de avance de la Inteligencia Artificial en 19 países de América del Sur y el Caribe, y que permite identificar logros, brechas y en las oportunidades de

⁴⁴ Recuperado de <https://www.csjn.gov.ar>

⁴⁵ Recuperado de <https://www.jus.gob.ar>

mejora en los ecosistemas de IA⁴⁶. El ILIA 2024 agrupa a los 19 países en torno a tres categorías según el grado de madurez de sus ecosistemas de IA: Pioneros, Adoptantes y Exploradores. Bolivia está en los últimos lugares en la segunda edición del Índice Latinoamericano de IA. Del puntaje máximo de ILIA (100 puntos), Chile obtuvo el primer lugar del ranking, con 73,07 puntos, seguido de Brasil (69,30) y Uruguay (64,98). Otros países de la región les siguen en la categoría "adoptantes". Entre ellos figuran Argentina (55,77), Colombia (52,64) y México (51,40). En tanto que Bolivia figura como "explorador" en el mismo grupo de Venezuela, Cuba, Paraguay y Guatemala. Bolivia tiene 25 sobre 100 puntos.

En el contexto sudamericano, Bolivia se encuentra en una posición precaria, ocupando el puesto 16 de 19 países en cuanto a su nivel de preparación para implementar la inteligencia artificial, según el ILIA 2024.

3.3. Brasil

Brasil ha realizado importantes avances en la regulación de la IA y las nuevas tecnologías, reflejando su compromiso con la innovación y la protección de derechos. Todo esto ha sido construido en torno a la Estrategia Brasileña de Inteligencia Artificial (EBIA) lanzada en 2021 por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación⁴⁷, la cual establece directrices para el desarrollo y uso ético de la IA en el país. Este marco busca fomentar la transparencia, la responsabilidad y la protección de datos, alineándose con principios internacionales.

En medio de esfuerzos, el poder legislativo brasileño ha comenzado a desarrollar instrumentos como el Proyecto de Ley N° 2338/2023⁴⁸, que propone la creación de un marco regulatorio para la inteligencia artificial. El espíritu de esta ley busca establecer directrices para el desarrollo y uso de IA, garantizando la transparencia, la responsabilidad y la protección de los datos personales. Además, se ha evidenciado un interés por nuevas tecnologías distintas a la IA, como lo son los criptoactivos, con la aprobación de la Ley N° 14.478/2022⁴⁹, que regula los servicios de activos virtuales. La cual busca establecer un marco regulatorio sólido para el mercado de criptomonedas, abordando desafíos como el fraude, el lavado de dinero y la volatilidad del mercado. Brasil ha logrado avances significativos en el ámbito de las nuevas tecnologías, especialmente en lo que respecta a los DESCA. Entre estos logros, destacan las iniciativas respecto al respeto de los derechos culturales, el derecho a una educación de calidad y la garantía de un medio ambiente adecuado.

⁴⁶ Centro Nacional de Inteligencia Artificial (CENIA) (2024). Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial. Recuperado de ILIA_2024_2.pdf

⁴⁷ Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovaciones. (2021). Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA). https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ebia-documento_referencia_4-979_2021.pdf

⁴⁸ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>

⁴⁹ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14478.htm

A pesar de tener numerosos avances, se ha identificado una notable carencia en el desarrollo de políticas que aborden los efectos de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, así como su impacto en la salud física y mental de la población. Es imperativo que Brasil invierta en la infraestructura necesaria para la implementación efectiva de las leyes relacionadas con las nuevas tecnologías. Además, aunque existen múltiples iniciativas encaminadas a regular y aprovechar las nuevas tecnologías, la mayoría de ellas aún no han sido aprobadas o implementadas de manera efectiva. Este retraso en la aprobación de nuevas leyes y regulaciones pone de manifiesto la necesidad urgente de avanzar en el marco normativo para asegurar que las tecnologías se utilicen de manera ética y beneficiosa para la sociedad.

3.4. Chile

En Chile, la regulación de la IA y las nuevas tecnologías ha avanzado notablemente en los últimos años. Hemos encontrado que en Chile se han desarrollado normas que responden a las nuevas tecnologías y nuevos tiempos tales como la Ley N° 21.663 que busca establecer una ley marco sobre ciberseguridad e infraestructura crítica de la información⁵⁰; la Ley N° 21.663 que regula el régimen de trabajo a distancia y teletrabajo⁵¹; la Ley N° 21.541 que autoriza y establece una serie de regulaciones aplicables a los prestadores de salud a efectuar atenciones a distancia o mediante telemedicina⁵². Estas demuestran que las Leyes que se han desarrollado en Chile toman en cuenta los efectos que estos desarrollos en el mundo tecnológico han tenido sobre los derechos laborales y a la salud, lo cual las separa de la mayoría del continente

Sobre IA, observamos que Chile ha desarrollado un proyecto de ley que regula los sistemas de inteligencia artificial⁵³ y propone la creación de un marco regulatorio para la IA, buscando establecer directrices para el desarrollo y uso responsable de esta tecnología. Este proyecto se inspira en la Ley de IA de la Unión Europea y tiene como objetivo garantizar la transparencia, la responsabilidad y la protección de los datos personales.

Sin embargo, la legislación chilena enfrenta varios retos. Uno de los principales desafíos es equilibrar la promoción de la innovación tecnológica con la protección de los derechos y la privacidad de los ciudadanos. La IA tiene el potencial de transformar diversos sectores, desde la salud hasta la educación, pero también puede generar preocupaciones sobre el uso indebido de datos y la discriminación algorítmica, los cuales todavía no han sido tratados por el legislador chileno, además de faltar desarrollo sobre regula-

⁵⁰ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=1202434>

⁵¹ <https://www.camara.cl/legislacion/proyectosdeley/tramitacion.aspx?prmID=16350&prmBOLETON=15809-13>

⁵² <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1190336>

⁵³ Cámara de Diputados y Diputadas. (2024). Boletín N° 16821-19. Proyecto de ley que regula los sistemas de inteligencia artificial. Disponible en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=17429&prmBOLETON=16821-19>

ciones necesarias para asegurar el derecho a un medio ambiente sano, teniendo en cuenta el gran impacto que el desarrollo de muchos de estos sistemas puede tener sobre el medioambiente.

3.5. Colombia

Colombia es pionero en el despliegue de múltiples iniciativas en la materia. De hecho, el gobierno colombiano ha identificado que se requieren herramientas institucionales que permitan superar los retos que ésta supone, como las asimetrías de información, la falta de preparación del sector público y privado para tratar con las nuevas tecnologías, la brecha digital y la falta de competitividad. Para el 2019 aprobó la Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial⁵⁴, integrada por iniciativas como un Marco Ético de diez principios para el diseño, desarrollo, implementación y evaluación de los sistemas de IA; una política de explotación de datos (*Big Data*)⁵⁵; y un modelo conceptual de *sandboxes* y *beaches* (espacios experimentales) regulatorios⁵⁶. Asimismo, existen entidades como el task force para el desarrollo e implementación de la IA en Colombia y el Consejo Internacional de IA⁵⁷, concentrados en la ejecución de políticas públicas en la materia. Ahora, a la luz del Plan Nacional de Desarrollo 22-26, el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación mantiene una Hoja de Ruta para el desarrollo de políticas, acciones y decisiones del gobierno nacional en el 2024, que incluye como pilares estratégicos: la ética y la gobernanza; educación, investigación e innovación; industrias innovadoras y emergentes; datos y organizaciones; privacidad, ciberseguridad y defensa⁵⁸. En este marco se erigen una serie de iniciativas legislativas nacionales en la materia.

En el 2023 surgieron los proyectos de ley N° 59, que establece los lineamientos de política pública para el desarrollo, uso e implementación de la IA⁵⁹; el N° 91, sobre las bases para la utilización de la IA de manera responsable y dentro de los parámetros éticos y legales que garanticen seguridad, transparencia, igualdad y equidad, generando –además– el deber de información⁶⁰; y el N° 130, que armoniza la utilización de la IA con el derecho

⁵⁴ <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3975.pdf>

⁵⁵ https://minciencias.gov.co/sites/default/files/conpes_3920_politica_nacional_big_data.pdf

⁵⁶ <https://dapre.presidencia.gov.co/AtencionCiudadana/DocumentosConsulta/consulta-200820-MODELO-CONCEPTUAL-DISEÑO-REGULATORY-SANBOXES-BEACHES-IA.pdf>

⁵⁷ Al respecto: <https://dapre.presidencia.gov.co/AtencionCiudadana/Documents/TASK-FORCE-para-desarrollo-implementacion-Colombia-propuesta-201120.pdf> y <https://dapre.presidencia.gov.co/TD/CONSEJO-INTERNACIONAL-INTELIGENCIA-ARTIFICIAL-COLOMBIA.pdf> respectivamente.

⁵⁸ Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de la República de Colombia (2024), *Colombia ya cuenta con una Hoja de Ruta en Inteligencia Artificial*. https://minciencias.gov.co/sala_de_prensa/colombia-ya-cuenta-con-una-hoja-ruta-en-inteligencia-artificial

⁵⁹ <https://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2023-2024/2964-proyecto-de-ley-059-de-2023>

⁶⁰ <https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2023%20-%202024/PL%20091-23%20Inteligencia%20Artificial.pdf>

al trabajo de las personas, con especial atención al tratamiento de datos sensibles⁶¹. Por otro lado, para el 2024 se presentaron los proyectos N° 156 sobre el régimen general de protección y circulación de datos personales⁶²; el N° 225, para modificar y establecer un agravante (soplantación personal usando IA) al artículo 296 de la Ley 599 del 2000 y el Código Penal Colombiano⁶³; y el N° 255, que presenta los lineamientos de uso de la IA para mejorar la eficiencia en disminución de siniestros viales, automatizando los procesos de análisis y control de riesgos de siniestralidad vial en tiempo real⁶⁴.

Aun cuando estas iniciativas normativas son muestra del ímpetu colombiano en la materia, hay que destacar que han sido lentas e imprecisas, pues muchos de los proyectos formulados pudieran acumularse y tramitarse con más celeridad; sobre esto último, pudieran evaluarse dos ejemplos.

Primero, el proyecto de ley N° 59 incurre en una serie de errores: i) parte de una definición inadecuada de IA al compararla con el razonamiento lógico de la mente humana, ignorando que normalmente estos sistemas funcionan con base en un modelo predictivo establecido por desarrolladores⁶⁵; ii) la no discriminación es abordada desde la perspectiva de la libre competencia, sin que se concrete un derecho al “reclamo” en manos de los ciudadanos frente a la configuración de prácticas desleales o discriminatorias; iii) lo mismo ocurre en materia de privacidad y protección de datos, en cuanto exige un consentimiento constante y detallado para el uso de datos personales, especialmente los biométricos, sin que se profundice en otras bases legales para el procesamiento de datos ni en los mecanismos para garantizar el derecho al olvido; y iv) su apartado sobre la responsabilidad civil es vago y no establece claramente las obligaciones de quienes utilizan sistemas de IA, por lo que parece un intento apresurado de abarcar un tema complejo en pocos artículos, lo que podría comprometer la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos⁶⁶. En segundo lugar, aunque el Proyecto de Ley estatutaria 200 de 2023 (cuyo fin era el de definir y regular la IA y establecer límites frente a su desarrollo) obtuvo la radicación de su primera ponencia para primer debate, se archivó por vencimiento de términos, ya

⁶¹ <https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/textos%20radicados/proyectos%20de%20ley/2023%20-%202024/PL%20130-23%20Inteligencia%20Artificial%20Derecho%20al%20Trabajo.pdf>

⁶² <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2024-08/PLE.154-2024C%20%28INTELIGENCIA%20ARTIFICIAL%29.docx>

⁶³ <https://www.comisionprimerasenado.com/documentos-pendientes-de-publicacion/ponencias-y-textos-aprobados/3942-ponencia-segundo-debate-pl-225-de-2024-senado/file#:~:text=Se%20cambia%20el%20t%C3%A9rmino%20Inteligencia,norma%20aprobada%20tenga%20mayor%20eficacia.>

⁶⁴ <https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2023%20-%202024/PL%20255-24%20IA%20Siniestros%20viales.pdf>

⁶⁵ AccessNow (2024), *Radiografía normativa: ¿dónde, qué y cómo se está regulando la inteligencia artificial en América Latina?*. Informe de políticas públicas de IA en América Latina, P. 74.

⁶⁶ Ibidem.

que no se cumplió con el plazo estipulado para surtir los cuatro debates propios de la elaboración de un proyecto estatutario⁶⁷.

Por otro lado, frente al uso de un sistema de IA generativo en la elaboración de una decisión judicial, la Sentencia T-323 de 2024 de la Corte Constitucional de Colombia⁶⁸ abordó el uso de herramientas de IA en los procesos judiciales⁶⁹, partiendo de la ponderación de la utilización de estos mecanismos tecnológicos y la vulneración al derecho del debido proceso. La Corte concluyó que no hubo reemplazo del juez natural en la toma de decisiones, ya que el juez primero estructuró su análisis con base en los principios y normativas aplicables, y sólo después recurrió a la IA como una herramienta adicional; sin embargo, subrayó la necesidad de garantizar que el uso de la IA en la administración de justicia no afecte la autonomía y racionalidad humana, debiendo estar orientada en torno a la transparencia, la protección de datos de los involucrados, la garantía del debido proceso y la responsabilidad de los jueces que utilicen herramientas de IA⁷⁰.

Además, la Sentencia C-441 de 2023 de la Corte Constitucional de Colombia⁷¹ declaró la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1271 del 31 de julio de 2023, que adoptaba medidas en materia de asignación o modificación de las obligaciones contenidas en los permisos para el uso del espectro radioeléctrico en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado en el departamento de La Guajira. En concreto, el fundamento de tal declaratoria fue la inexequibilidad del Decreto, en cuanto desestimó abordar la brecha digital (siendo esta la desigualdad en el acceso y uso de las tecnologías de información y comunicaciones)⁷² como una dimensión de la justicia social y económica, especialmente en regiones como La Guajira, caracterizadas por extremos niveles de pobreza, desigualdad y falta de acceso a tecnologías.

⁶⁷ Prensa Jurídica (2024), *Así van los siete proyectos de ley sobre inteligencia artificial*. <https://www.prensajuridica.com/details/item/29974-as%C3%AD-van-los-siete-proyectos-de-ley-sobre-inteligencia-artificial.html>

⁶⁸ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/T-323-24.htm>

⁶⁹ Mercojuris.com (2024). *Inteligencia artificial y justicia: La innovadora sentencia T-323 de 2024 en Colombia* – Dr. Lenis Vargas Badillo (desde Colombia). <https://mercojuris.com/inteligencia-artificial-y-justicia-la-innovadora-sentencia-t-323-de-2024-en-colombia-dr-lenis-vargas-badillo-desde-colombia/?form=MG0AV3>

⁷⁰ Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. *Decisión innovadora: sentencia t-323 de 2024, la inteligencia artificial (ia) no puede sustituir al juez en la toma de decisiones judiciales*. Consejo Superior de la Judicatura. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/noticia/decision-innovadora-sentencia-t-323-de-2024-la-inteligencia-artificial-ia-no-puede?form=MG0AV3>

⁷¹ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/C-441-23.htm?form=MG0AV3>

⁷² También corresponde resaltar que la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia SC370-2023, ya se había referido el derecho humano al acceso y disfrute de los avances tecnológicos con relación a la prerrogativa de participar en el desarrollo de las TIC's, según lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 27), la Carta de la OEA (art. 38), y el PIDESC (art.15).

3.6. Ecuador

Ecuador se encuentra en un proceso evolutivo de construcción de un marco legal integral para las nuevas tecnologías y la IA. Este marco normativo, que incluye proyectos de ley específicos y una ley general de protección de datos y desarrollo audiovisual, adopta un enfoque transversal que garantiza la protección de los Derechos Humanos. Particularmente, se hace hincapié en los derechos culturales, a la educación y a la salud, en consonancia con los estándares internacionales establecidos en el Protocolo de San Salvador.

Actualmente, Ecuador no cuenta con una normativa específica sobre nuevas tecnologías e IA en su ordenamiento jurídico. Sin embargo, el país está en proceso de desarrollar un marco regulatorio integral que aborde específicamente la inteligencia artificial y la transformación digital, todo ello en el seno legislativo.

Por su parte, Ecuador cuenta con infraestructuras limitadas en la realidad física –entiéndase conectividad, talento personalizado, recursos y procesos para la gestión y gobernanza de datos– que necesitan fortalecer sus capacidades en esta área⁷³. A pesar de ello, Ecuador ha iniciado un proceso para desarrollar un marco regulatorio para la IA, el cual aún se encuentra en sus primeras etapas. No obstante, los instrumentos legales existentes proporcionan una base sólida para posicionar a las nuevas tecnologías en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Aunque sus esfuerzos principales no se centran en el desarrollo tecnológico, el país está adoptando acciones para integrar estas innovaciones en su marco regulatorio y social, desarrollando múltiples anteproyectos de ley que abarcan desde la protección de la niñez y la adolescencia hasta otros aspectos relevantes.

3.7. Perú

Perú parte de una Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial 2021-2026, a los fines de impulsar la investigación, desarrollo y adopción de las nuevas tecnologías, así como potenciar el desarrollo del país, sus sectores productivos y servicios públicos, girando su uso hacia la resolución de los problemas nacionales. En ese mismo sentido, existen entidades como el Centro Nacional de Innovación e Inteligencia Artificial y el Centro Nacional de Computación de Alto Rendimiento⁷⁴.

Ahora, la Ley 31814 es el instrumento de rango legal con mayor protagonismo, en cuanto promueve el uso de la inteligencia artificial en favor del

⁷³ Centro Nacional de Inteligencia Artificial (CENIA) (2024). Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial. Recuperado de ILIA_2024_2.pdf

⁷⁴ Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (ENIA) 2021-2026, <https://guias.servicios.gob.pe/creacion-servicios-digitales/inteligencia-artificial/enia>

desarrollo económico y social del país⁷⁵, impulsando disposiciones que versan sobre estándares de seguridad basados en riesgos derivados del uso de la IA; la participación de personas naturales y jurídicas, así como organizaciones privadas y públicas en el debate sobre la materia; la gobernanza digital; el desarrollo ético; y la privacidad de datos. A su vez, crea como instancia responsable a la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros, cuyo norte es supervisar el uso, desarrollo y adopción de la IA, al igual que fomentar la infraestructura digital, lineamientos éticos y un ecosistema de colaboración⁷⁶.

Aun así, esta ley no deja muy claro cómo se materializarían tales funciones, cuestión que debería ser atajada en su posterior reglamentación. Además, existe el Decreto supremo N° 085-2023-PCM⁷⁷, cuyo contenido es la Política Nacional de Transformación Digital al 2030 y la Agenda Digital Peruana, de aplicación inmediata a todas las entidades del Estado, empresas –tanto públicas como privadas– y la sociedad civil. Este se inspira en las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico⁷⁸ y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En la misma línea, se han presentado iniciativas como los proyectos de ley N° 6927 de 2023 y N° 8746 de 2024, que se refieren a la reforma del Código Penal para incorporar el uso de IA en la comisión de delitos comunes y de estafa como una forma agravada, y obligar a las entidades públicas al uso de la IA, respectivamente. Adicionalmente, se presentó el proyecto de ley N° 5763 de 2023, con el fin de fomentar una reforma constitucional frente a la incorporación de la IA como principio fundamental de la administración de justicia. Esta propuesta, si bien ha sido criticada, debe limitarse –efectivamente– a tareas automatizables bajo supervisión humana, pues delegar en la IA tareas como la generación de perfiles de acusados o la emisión de sentencias en casos penales podría poner en riesgo garantías fundamentales y derechos humanos⁷⁹.

Un ejemplo de esto es la Sentencia de Expediente 00052-2022-18-3002-JP-FC-01, dictada por el Juzgado Civil Transitorio de San Juan de Miraflores en Perú. En este caso, la madre demandante solicitó al juzgado que determinara la pensión de alimentos que debía asumir el padre demandado para la manutención de su hija menor, fijada por el juzgado en el 20% de los ingresos del obligado. El padre demandado apeló esta decisión, argumentando que la pensión era excesiva y no consideraba su carga familiar; sin embargo, la sentencia de segunda instancia confirmó la pensión inicial, utili-

⁷⁵ <https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/4565760-31814>

⁷⁶ AccessNow (2024), p. 83.

⁷⁷ <https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/4471543-085-2023-pcm>

⁷⁸ Véase OECD Legal Instruments. Recommendation of the Council on Artificial Intelligence. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>

⁷⁹ AccessNow (2024), *Radiografía normativa: ¿Dónde, qué y cómo se está regulando la inteligencia artificial en América Latina? Informe de políticas públicas de IA en América Latina*, pp. 84 y 85.

zando el auxilio de la IA de *OpenAI-ChatGPT* para justificar la cuantía de los alimentos⁸⁰. En dicho caso particular resultó importante el uso de la IA en aras de ratificar el carácter técnico-objetivo de la fijación de la pensión de alimentos, reduciendo la discrecional que normalmente es visible en tales procesos al utilizar las fórmulas genéricas de justa, proporcional y razonable⁸¹.

El caso peruano deja entrever que el desarrollo regulatorio en la materia es lento en relación con el avance de las herramientas de IA. Adicionalmente, organizaciones como la Sociedad de Comercio Exterior del Perú (COMEXPERU)⁸², han esbozado distintas críticas hacia los distintos proyectos de ley sobre la materia: tal es el caso del Proyecto de Ley N° 8746/2024-CR (para reformar el Código Penal e incorporar el uso de IA en la comisión de delitos comunes y de estafa como una forma agravada), en cuanto i) este no se alinea a las políticas vigentes vinculadas al uso y promoción de la inteligencia artificial ni a las recomendaciones de organismos internacionales sobre la materia, por lo que podría tener un efecto negativo al limitar el desarrollo tecnológico y la innovación en el país; ii) un cambio normativo en materia penal no supone una solución efectiva del problema de inseguridad ciudadana, sino que por el contrario desincentiva el desarrollo e innovación tecnológicos; y iii) añadir “el uso inadecuado de inteligencia artificial” como un agravante sin una definición clara y precisa, puede obstaculizar el desarrollo de esta tecnología en el país.

3.8. Paraguay

Paraguay figura como uno de los países de la región con menor avance en la regulación de las nuevas tecnologías. No solo se trata de la ausencia de mecanismos normativos para regular el uso de la inteligencia artificial, sino de un marco jurídico general insuficiente para la protección de datos y el ámbito digital. A pesar de la existencia de iniciativas para debatir y discutir sobre tópicos relacionados, la realidad es que ninguna de ellas ha derivado en un resultado concreto a través del cual se procure la protección de derechos y el correcto uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

La materia digital se aborda con un enfoque comercial en el ordenamiento paraguayo, siendo un claro ejemplo de ello la Ley 6534/2020, aprobada en el año 2020⁸³. Este instrumento tiene por objeto la protección de

⁸⁰ LP Pasión por el Derecho (2023). *Urgente: Se dicta la primera sentencia en Perú con asistencia de inteligencia artificial (OpenAI-ChatGPT)* [Exp. 00052-2022-18-3002-JP-FC-01]. <https://lpderecho.pe/primera-sentencia-peru-asistencia-inteligencia-artificial/?form=MG0AV3>

⁸¹ Ibidem.

⁸² COMEXPERU (2024), Carta N° 298-2024/GG/COMEXPERU. https://www.comexperu.org.pe/upload/articles/proyectos-de-ley/carta-justicia_modificaci on-penal-por-ia_oct2024.pdf

⁸³ Paraguay. *Ley 6534/2020 / Ley de Protección de Datos Crediticios*. Promulgada el 27 de octubre de 2020. <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/9417/ley-n-6534-de-proteccion-de-datos-personales-crediticios>.

datos crediticios almacenados en registros físicos o electrónicos; sin embargo, en el texto de la ley no se profundiza en cuanto a las modalidades de registros electrónicos ni sus características. Tampoco se hace mención a las responsabilidades de las empresas que lleven registros privados de estos datos. Hasta la fecha, este es el único instrumento que procura la protección de datos, lo cual resulta preocupante porque solo se enfoca en los de carácter crediticio y excluye otro tipo de datos sensibles y personales que deberían, según estándares internacionales, ser objeto de protección.

En el mismo orden de ideas, otro ejemplo de la prevalencia del ámbito comercial en la regulación del uso de las tecnologías digitales es el Proyecto de Ley De Incentivo a la Economía Digital en Paraguay presentada en el año 2024 y que continúa en trámite⁸⁴. Esta Ley tiene por objeto el fomento de la actividad comercial en los espacios digitales a través de incentivos de inversión, fortalecimiento de capacidades y el crecimiento de la industria digital nacional; sin embargo, la protección de datos, las garantías de no-discriminación y las responsabilidades asociadas a la actividad empresarial no se contemplan el texto.

Luego, concretamente en materia de inteligencia artificial se tiene que para el año 2023 se habría presentado un Anteproyecto de Ley sobre Inteligencia Artificial en Paraguay; sin embargo, el texto del mismo no se encuentra disponible en los canales oficiales, y tampoco se conoce su estatus a pesar de que desde el Poder Legislativo se han realizado consultas multisectoriales para discutir los aspectos más relevantes a considerar en la regulación.

Los instrumentos citados previamente demuestran que el avance en materia digital en el Estado de Paraguay debe ser integral; requiere la ampliación del ámbito de protección, de manera que se recoja el campo de derechos que se interrelacionan con el uso de las nuevas tecnologías. Un marco general robusto, y la voluntad política para concretar las iniciativas son elementos clave para mejorar el abordaje del uso de herramientas de tecnología respetando los derechos humanos.

3.9. Uruguay

Esta nación ha tenido un gran avance en cuanto a la adopción e implementación de las nuevas tecnologías de comunicación e información. El gobierno uruguayo ha concentrado sus esfuerzos en impulsar iniciativas que fomenten la digitalización, posicionando a Uruguay como uno de los más grandes *hubs* de innovación en la región, ya que cuenta con un ecosistema creciente de *startups* tecnológicas destinadas a desarrollar soluciones en áreas tales como el e-commerce, fintech y software. Asimismo, están realizando un esfuerzo legislativo para desarrollar un marco normativo de las

⁸⁴ Paraguay. “Proyecto de Ley de Incentivo a la Economía Digital en Paraguay”. Presentado el 24 de julio de 2024. <https://silpy.congreso.gov.py/web/expediente/134522>.

nuevas tecnologías, especialmente en materia de protección de datos personales, con su Ley de Protección de Datos Personales⁸⁵.

Se debe resaltar que se han dado importantes pasos hacia la regulación de la IA, comenzando con la promulgación de la Ley N° 20.212, mediante la cual el gobierno uruguayo ha impulsado la Estrategia Nacional de IA, liderada por la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información (Agesic). Esta estrategia tiene como pilares fundamentales la ética, los derechos humanos y la innovación responsable. En línea con la Ley N° 20.212, promulgada en 2023, Uruguay ha establecido un marco para la regulación de la IA que busca promover la soberanía digital y garantizar que los avances tecnológicos no comprometan los derechos fundamentales ni la igualdad de acceso a los beneficios de la tecnología.

Esta estrategia se complementa con acuerdos internacionales, como el Memorando de Entendimiento firmado con Estados Unidos en 2024, que refuerza la cooperación entre ambos países en el desarrollo ético de tecnologías emergentes. Uruguay también ha adoptado las Directrices del Grupo de Expertos en IA de la OCDE, que promueven la transparencia y la rendición de cuentas en el desarrollo de sistemas de IA, asegurando que estos sean consistentes con los valores democráticos y los derechos humanos⁸⁶.

Por último, se debe resaltar que en el análisis del presente informe se llegó a la conclusión de que la legislación sobre IA a nivel estatal y local está en desarrollo, guiada por la Ley N° 20.212 (2023), que establece principios éticos y de derechos humanos. No hay aún normativas específicas a nivel sublegal ni casos judiciales significativos en IA; sin embargo, la Agesic está elaborando recomendaciones para el uso ético y regulado de IA, incluyendo protección de datos y transparencia. Esta base legislativa se complementa con lineamientos de la OCDE y UNESCO⁸⁷.

3.10. Venezuela

La República Bolivariana de Venezuela se constituye como un Estado federal y descentralizado, optando por un sistema presidencialista para la conformación de su gobierno. A partir de la Constitución del año 1999 los Poderes Públicos que componen el Estado venezolano presentan una particularidad en comparación con otros países de la región: el Ejecutivo, Legislativo y Judicial como los poderes que tradicionalmente se conocen y adicionalmente el Ciudadano y Electoral⁸⁸.

Desde la entrada del milenio, Venezuela ha transcurrido por diferentes períodos convulsos, caracterizados principalmente por tensiones políticas y

⁸⁵ <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18331-2008>.

⁸⁶ Uruguay XXI. *Informe sobre Inversión y Comercio*. <https://www.uruguayxxi.gub.uy/uploads/informacion/20c2018b1a2e68514020b55bcd11b62c6874640e.pdf>.

⁸⁷ Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (Agesic). (2023). *Recomendaciones para el desarrollo ético de la inteligencia artificial en Uruguay*. <https://www.gub.uy/agesic>

⁸⁸ Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario, de fecha 24 de marzo de 2000.

económicas. Ante este contexto adverso, ha prevalecido el rol fundamental de la ciudadanía organizada, las universidades y demás instituciones, con el propósito de impulsar el desarrollo y promover valores a toda la población.

Actualmente, los índices macroeconómicos demuestran una subida en el índice de precios al consumidor, llegando hasta el 51% interanual para el mes de octubre de 2024⁸⁹.

Entre los avances más importantes que se pueden destacar durante este último año en Venezuela, está la intención de un grupo de legisladores de la Asamblea Nacional en el desarrollo de cuerpos normativos para impulsar y regular el uso de las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial. Del mismo modo, se desarrolló en noviembre del presente año 2024, un evento nacional que reunió a las principales empresas tecnológicas del país y fue dirigido a promover el uso de la inteligencia artificial en las empresas y las instituciones de Venezuela.

El contexto político, económico y social que ha vivido Venezuela en los últimos años, han condicionado de manera desproporcionada el avance tecnológico de la nación con respecto a otros de la región. Esta situación adversa, compromete severamente la capacidad del país para integrar de forma eficiente las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial en las instituciones y en general en las empresas y la sociedad civil⁹⁰.

De conformidad con el Índice de Preparación para la Inteligencia Artificial (AIPI), se califica a Venezuela con un puntaje de 0.27 en una escala de 0 a 1, ubicándose como el país menos preparado de América Latina y el Caribe, junto a Haití, para adoptar la inteligencia artificial. Esta calificación coloca al país en una posición inferior del promedio de los países con mercados emergentes, el cual se sitúa en 0.46 puntos, incluso se podría decir que está por debajo del promedio de los países de ingresos bajos el cual es de 0.32 puntos⁹¹.

4. Estándares internacionales y lecciones de la regulación de la IA en Europa

Los estándares son documentos creados a través de mecanismos de consenso, en torno a principios acordados y aprobados por cuerpos reconocidos en marco de la creación de estándares como la Organización Internacional de Normalización (ISO)⁹², la Comisión Electrotécnica Internacional

⁸⁹ "En octubre fuerte aceleración de la inflación", Observatorio Venezolano de Finanzas, <https://observatoriodefinanzas.com/en-octubre-fuerte-aceleracion-de-la-inflacion/>.

⁹⁰ "Venezuela, mal preparada para la inteligencia artificial", Deutsche Welle Televisión <https://www.dw.com/es/venezuela-mal-preparada-para-la-era-de-la-inteligencia-artificial/a-69683709>.

⁹¹ Fondo Monetario Internacional, "Índice de Preparación para la Inteligencia Artificial", 2023, https://www.imf.org/external/datamapper/AI_PI@AIPI/ADVEC/EME/LIC?year=2023.

⁹² Organización Internacional de Normalización "Artificial intelligence". <https://www.iso.org/sectors/it-technologies/ai>

(IEC)⁹³, el Instituto de Ingenieros Eléctricos y Electrónicos (IEEE)⁹⁴ o Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU)⁹⁵, entre otros. Estos estándares ofrecen reglas, guías y características comunes y repetibles en diferentes contextos, ya sea por naciones, organizaciones o corporaciones. Sirven de plataforma por sobre la cual se construye la regulación que busca gestionar el desarrollo de la inteligencia artificial en distintos ámbitos como la gestión del riesgo presentado por esta nueva tecnología⁹⁶.

Los estándares, desarrollados por organizaciones como la ISO, IEC, IEEE y la ITU, así como por instituciones como la UNESCO⁹⁷ proporcionan guías prácticas cruciales para aquellos estados cuyas regulaciones en materia de inteligencia artificial aún están en fases iniciales de desarrollo. Estos han servido como bases para el desarrollo de las regulaciones más importantes hasta la fecha en materia de IA, como por ejemplo es el caso de la Unión Europea. La evaluación de ésta, inspirado por una amplia gama de estándares, resulta de gran interés, ya que nos permite desarrollar dos puntos importantes: primero, identificar las áreas específicas en las que las regulaciones de los países sudamericanos presentan mayores atrasos y, segundo, ofrecer sugerencias viables y relevantes para mejorar dichas normativas.

El análisis a la regulación europea no solo alinea las prácticas locales con estándares internacionales, sino que también facilita la implementación de medidas que aseguren el desarrollo ético, seguro y eficaz de la IA en la región, promoviendo así la innovación tecnológica y la protección de los derechos fundamentales y los DESCA de sus ciudadanos. Por esto, se procederá a realizar un breve estudio a la misma, para ver qué lecciones puede tomar de ella la región sudamericana.

4.1. Unión Europea: Regulación 2024/1689

La Regulación 2024/1689⁹⁸ adoptada por el Parlamento Europeo el 13 de junio de 2024 también conocida como el Reglamento de IA, establece un marco regulatorio integral y armonizado para el desarrollo y uso de sistemas de IA en el continente. Este reglamento, pionero a nivel mundial, se centra en

⁹³ Comisión Electrotécnica Internacional. "International standards for artificial intelligence". <https://www.iec.ch/blog/artificial-intelligence-standards-how-iec-contributes>

⁹⁴ Instituto de Ingenieros Eléctricos y Electrónicos. "Artificial Intelligence Standards Committee". <https://sagroups.ieee.org/ai-sc/>

⁹⁵ Unión Internacional de Telecomunicaciones. "Artificial Intelligence". <https://www.itu.int/en/action/ai/Pages/default.aspx>

⁹⁶ UNESCO. "Enabling AI governance and innovation through standards". <https://www.unesco.org/en/articles/enabling-ai-governance-and-innovation-through-standards>

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024, del Parlamento de la Unión Europea, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

garantizar que la IA se utilice de manera ética, segura y conforme a los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos.

En cuanto al sistema de clasificación de la Regulación 2024/1689, el principal avance de esta regulación, inicialmente propuesta en 2021⁹⁹, es la división de los distintos sistemas de IA en tres bandas diferentes según su nivel de riesgo: riesgo inaceptable (art. 5), alto riesgo (art. 6) y de riesgo sistémico (art. 51). De estos, donde encontramos un verdadero desarrollo regulatorio es dentro de los sistemas de alto riesgo. Sin embargo, debemos empezar con los sistemas de riesgo inaceptable, las cuales son aplicaciones de IA que están expresamente prohibidas por contravenir los valores de la Unión, por ejemplo, al violar derechos fundamentales¹⁰⁰. En este sentido, dentro de la Unión Europea quedan prohibidos los siguientes sistemas de IA:

- a. *Técnicas subliminales*: consiste en aquellos sistemas de IA que emplean técnicas que trascienden la conciencia de una persona con el objetivo de distorsionar materialmente el comportamiento de una persona de manera que cause o sea probable que cause daño físico o psicológico a esa persona, otra persona o algún colectivo de personas (art. 5.1.a).
- b. *Manipulación*: un sistema de IA que explota vulnerabilidades de un grupo específico de personas debido a su edad, discapacidad física o mental, para distorsionar materialmente el comportamiento de una persona perteneciente a ese grupo de una manera que sea probable que cause daño físico o psicológico. Ciertas críticas han surgido en contra de este sistema al considerar que es poco probable que cubra gran parte de los patrones que siguen las plataformas de gestión de datos, ya que es difícil comprobar que lo hagan con la "intención" de causar daño físico o psicológico (art. 5.1.b)¹⁰¹.
- c. *Puntuación social*: aquellos sistemas de puntuación de comportamiento social creado o utilizado por una autoridad pública para evaluar o clasificar la "fiabilidad" de las personas naturales. Otras críticas también han surgido contra esta clasificación porque se restringe al sector público, no cubre el perfilado y la orientación en el sector privado. Incluso dentro del sector público, no está claro si un sistema para evaluar familias en alto riesgo de negligencia o abuso infantil, por ejemplo, entraría dentro del alcance. El artículo 5(1)(c) solo se invoca si los datos recopilados o generados para un propósito se "mal utilizan" para el perfilado en un contexto social diferente; o

⁹⁹ COM/2021/206, del 2021, de la Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas sobre inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican ciertos actos legislativos de la Unión.

¹⁰⁰ Edwards, Lilian. "The EU AI Act: a summary of its significance and scope". Ada Lovelace Institute, abril 2022. <https://www.adalovelaceinstitute.org/wp-content/uploads/2022/04/Expert-explainer-The-EU-AI-Act-11-April-2022.pdf>

¹⁰¹ Ibidem.

- alternativamente, si el tratamiento es "injustificado o desproporcionado en relación con su comportamiento social o su gravedad"¹⁰².
- d. *Biometría:* Se refiere a aquellos sistemas de identificación biométrica remota en tiempo real en espacios accesibles al público utilizados por las fuerzas del orden con excepciones importantes (art. 5.1.d y 5.2.4).

La siguiente de las clasificaciones hace referencia a los sistemas de alto riesgo, que serán aquellos que representen un riesgo a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas, y también aquellos que influyan sustancialmente en el resultado de la toma de decisiones (art. 6.3). Además, el reglamento también incluye dentro de la clasificación a ciertos sistemas de IA, basado en la función que estos realizan, específicamente cuando sean un componente de seguridad de un producto (art. 6.1.a).

A diferencia del grupo de sistemas de IA descritos en el artículo 5, la regulación sí permite la entrada en el mercado y el funcionamiento de los sistemas de IA, sin embargo deberán cumplir con ciertos requisitos para mitigar el riesgo presentado con ellas. Entre ellos se encuentran establecer, implantar, documentar y mantener un sistema de gestión de riesgos en relación con estos sistemas de IA (art. 9). Respecto a aquellos sistemas que utilizan técnicas que implican el entrenamiento de modelos de IA con datos, se deberán desarrollar a partir de conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba que cumplan los criterios de calidad (art. 10); elaborar, antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio, actualizar la respectiva documentación técnica referente a los sistemas de alto riesgo (art. 11) y llevar un registro automático de acontecimientos que se extienda durante toda la vida útil del sistema (art. 12). Finalmente, la regulación dispone que los sistemas de alto riesgo deben regirse bajo esquemas de transparencia, precisión, solidez, ciberseguridad y bajo supervisión humana (art. 13 a 15).

Finalmente, la Regulación 2024/1689 desarrolla una última clasificación en base al riesgo de los sistemas de IA que denomina sistemas de riesgo sistémico. Estos son aquellos sistemas de uso general que tengan capacidades de gran impacto en base a la cantidad de datos procesada y utilizada para su entrenamiento (art. 51). Ahora, las regulaciones de sistemas de IA de uso general de no riesgo sistémico se centran principalmente en sistemas como *chatbots*, sistemas de reconocimiento de emociones y categorización biométrica y aquellos sistemas que generan contenido *deepfake* o sintético. Los proveedores de *chatbots* deben informar a los usuarios que están interactuando con una máquina. Sin embargo, en el caso de sistemas de reconocimiento de emociones y *deepfakes*, la responsabilidad de informar sobre la manipulación recae en los usuarios. Por ejemplo, si una empresa (A) crea un *chatbot*, será su obligación informar a los usuarios, incluso si otra empresa (B) lo adquiere y lo integra en su plataforma¹⁰³.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Ibidem.

De esta manera la regulación impone estrictos requisitos de transparencia, responsabilidad y ética en el desarrollo y uso de tecnologías de inteligencia artificial, teniendo como norte los valores de la Unión Europea y creando una regulación centrada en el ser humano y el respeto y garantía de sus derechos. Para esto, la Regulación se encuentra expresamente alineada con la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, así como con las Directrices éticas para una Inteligencia Artificial fiable del Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial. Así, se fomenta un acceso equitativo a los avances tecnológicos, promoviendo la inclusión digital y reduciendo las brechas socioeconómicas. Además, prioriza la protección de la privacidad y la dignidad de las personas, evitando cualquier forma de discriminación algorítmica¹⁰⁴.

4.2. Comparativa con Sudamérica

La Regulación 2024/1689 puede y ha servido de marco referencial para el desarrollo de políticas de regulación de IA, teniendo especial relevancia en aquellos mercados en donde existen corporaciones tecnológicas que desarrollan este tipo de sistemas. Un marco regulatorio como el europeo ofrece a los ciudadanos las suficientes garantías para, al menos hasta este punto, salvaguardar sus derechos de los posibles efectos negativos que estos sistemas pueden presentar. También ofrece a las distintas naciones la suficiente libertad para el desarrollo de esta nueva tecnología, expresando con claridad cuáles sistemas no son permitidos y dejando campo abierto a las corporaciones para el avance de los demás. Finalmente, ofrece a las corporaciones la suficiente seguridad jurídica para claramente saber cuáles son sus obligaciones en el desarrollo de estas tecnologías.

En este sentido, no es sorpresa que en Brasil, la nación sudamericana con uno de los mayores niveles de desarrollo en inteligencia artificial¹⁰⁵, el Senado Federal haya desarrollado el Proyecto de Ley N° 2338/2023¹⁰⁶, que busca establecer normas generales que rijan el desarrollo, implementación y uso de sistemas de IA en Brasil bajo un sistema de clasificación de riesgo similar al europeo. Este proyecto de ley, al igual que la regulación europea, ha tenido como principios rectores y objetivo la protección de diversos derechos y específicamente a DESCA tales como la economía y trabajo, educación e inversión, salud y bienestar social. Sin embargo, la regulación brasileña ha incluido como principio rector la protección del medioambiente, esto al regular el desarrollo de sistemas de IA para evitar que produzcan o puedan producir daño significativo al medio ambiente.

¹⁰⁴ Siety Compliance. (2024). Reglamento 2024/1689: El Marco Legal de la Unión Europea para una IA Segura, Ética y Centrada en el Ser Humano. Siety Compliance. <https://www.siety.co/reglamento-2024/>

¹⁰⁵ La Nación. (2024, agosto 2). Brasil invertirá US\$ 4100 millones para ser potencia en inteligencia artificial; también quiere tener una supercomputadora top 5 mundial. <https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/brasil-invertira-us-4100-millones-para-ser-potencia-en-inteligencia-artificial-tambien-quiere-tener-nid02082024/>

¹⁰⁶ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>

Como hemos analizado, la mayoría de la región todavía carece de un marco regulatorio de IA y es crucial que los países se adhieran a los estándares internacionales al elaborarlo. Dado que estos estándares proporcionan un marco normativo sólido y probado que garantiza la seguridad, la transparencia y la ética en el desarrollo y uso de la IA. Los estándares internacionales, elaborados por organismos como la ISO, IEC, IEEE y la ITU, e implementados por la Unión Europea en su Regulación 2024/1689 ofrecen guías prácticas que aseguran que las tecnologías de IA operen conforme a los principios de derechos humanos. La adopción de estos estándares no solo facilita la conformidad con las mejores prácticas globales, sino que también promueve la interoperabilidad y el acceso a mercados internacionales, permitiendo a los países de la región participar en el comercio global de tecnología de manera competitiva. Además, al seguir estas directrices, se fortalece la confianza pública en el estado y su gestión de los sistemas IA, ya que se garantiza que estos operen de acuerdo con normativas claras y responsables, protegiendo a los ciudadanos de sus naciones y fomentando la innovación dentro de un marco jurídico bien definido y aceptado internacionalmente.

5. Retos y recomendaciones para la regulación de la IA en la materia

5.1. Antecedentes y nuevas oportunidades

La IA se ha convertido en un tema central de discusión en el ámbito empresarial, gubernamental y tecnológico a nivel mundial, y América del Sur no es la excepción, la IA representa una de las mayores oportunidades de los últimos años. Por ello, es fundamental analizar cómo la inteligencia artificial está cambiando el panorama en la región, estudiar cuáles son los pronósticos sobre la IA generativa y evaluar los desafíos éticos y regulatorios que enfrenta esta tecnología.

La IA es un acelerador para repensar los procesos de una manera más inteligente y diferente, permitiendo a las personas, gobiernos y empresas no solo mejorar su eficiencia, sino también innovar en sus productos y servicios. Ante la dramática llegada de la IA generativa, su presencia creció significativamente en América del Sur; un 67% de los profesionales de tecnologías de la información en la región aceleraron su implementación en los últimos 24 meses, superando así la media global del 59%¹⁰⁷.

A pesar de ello, los países sudamericanos enfrentan una serie de desafíos; la mayor barrera para la adopción de IA en las empresas de la región son las habilidades, experiencia y conocimientos limitados en esta tecnología. Sin embargo, para abordar esta problemática, el 38% de las empresas de América del Sur planean invertir en capacitación y desarrollo de la fuerza laboral durante los próximos años en este ámbito. Vislumbrando así, que las empresas están abiertas al uso de IA generativa; el 37% de ellas implemen-

¹⁰⁷ IBM. IBM Global AI Adoption Index 2023. Morning Consult. 2023.

tando activamente esta tecnología y 45% explorándola¹⁰⁸. Por todo ello, resultaría correcto expresar que la inteligencia artificial se ha convertido en un catalizador de cambio en el mundo y en América del Sur, transformando industrias y redefiniendo la forma en que vivimos y trabajamos. Sin embargo, con la creciente adopción de la IA generativa, la región se encuentra en un punto de inflexión.

5.2. Problemas y barreras

La IA representa una oportunidad sin precedentes para América del Sur. Por ello, es fundamental trazar un camino que promueva su implementación ética y regulatoria, de manera que esta tecnología se convierta en un motor clave para el crecimiento económico y social en la región. No obstante, a medida que avanza la adopción de la IA, surgen preocupaciones éticas sobre su uso y sobre la regulación.

Preliminarmente se observa que, para regular la inteligencia artificial de manera efectiva, cada país debería contar con un marco legal sólido que incluya, al menos, una ley de protección de datos, una ley de transformación digital y una ley específica para regular el uso de la IA. Ahora bien, a pesar de que muchos países se encuentran encaminados y han regulado la aparición de la nueva tecnología a través de reglamentos y jurisprudencia, se advierte la necesidad de un marco regulatorio que nazca del seno legislativo de cada nación. En ese sentido, y con el fin de realizar un marco legal coherente y completo, ciertas propuestas abogan, además, por una legislación inteligente que regule el riesgo asociado con la IA sin inhibir su innovación. Esto implicaría regular el uso responsable sin restringir los algoritmos mismos y asegurar que todos los actores involucrados rindan cuentas por sus acciones.

Sin embargo, un análisis comparativo de los países sudamericanos revela una notable carencia de legislaciones específicas y completas sobre IA. Esta situación puede atribuirse, en gran medida, a las prioridades cambiantes de cada nación, como lo evidencian los esfuerzos concentrados en los procesos electorales de la región en el año 2024. Aunado a ello, la migración, la corrupción, los estallidos sociales y la inflación han demandado una atención prioritaria por parte de los Estados. No obstante, algunos países como Brasil¹⁰⁹, Colombia¹¹⁰ y Chile¹¹¹, han reconocido la importancia estratégica de la IA y la han situado como un eje central de sus agendas nacionales.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. *IA para o Bem de Todos. Proposta de Plano Brasileiro de Inteligência Artificial 2024-2028*.

¹¹⁰ Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación. *Hoja de Ruta Para el Desarrollo y Aplicación de la Inteligencia Artificial en Colombia 2024*.

¹¹¹ Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación. *Política Nacional de Inteligencia Artificial y Plan de Acción. Actualización 2024*.

Ahora bien, para analizar qué y cómo debe regularse este ámbito, debe entenderse cuáles son las barreras y retos que presenta la región. Así pues, la implementación y adopción de la IA enfrentan una serie de desafíos que van más allá de las limitaciones tecnológicas. Esta serie de obstáculos reflejan la compleja intersección entre la tecnología y el contexto socioeconómico de todos los países.

5.2.1. Brecha digital

La brecha digital se erige como el principal obstáculo para el progreso tecnológico no solo a nivel regional, sino global. Es así como, la brecha digital hace referencia a la desigualdad en el acceso, uso o impacto de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) entre grupos sociales. Entre los diferentes tipos de brecha digital que existen, la brecha digital de acceso es una de las más habituales, ésta se refiere a las posibilidades que las personas tienen de usar a este recurso y aquí es donde entran en juego las diferencias socioeconómicas entre las personas y los países¹¹².

Ahora bien, a pesar de que se reconoce una alta conectividad de los países a partir de la pandemia del COVID-19, la existencia de grupos sociales sin acceso a internet destaca una brecha digital que limita la inclusión y la equidad en el acceso a tecnologías avanzadas. Esta brecha es una barrera significativa para aquellos que no pueden participar plenamente en la economía digital¹¹³. Es así como, la brecha digital entre grupos socioeconómicos sigue siendo una preocupación importante, según datos de la CEPAL, en 2020, sólo el 36,8% de los hogares rurales en América del Sur tenían acceso a Internet, en comparación con el 67,2% de los hogares urbanos¹¹⁴.

5.2.2. Infraestructura tecnológica

Si bien es cierto, gracias a la pandemia de la COVID-19 se ha evidenciado la importancia de salvar las diferencias tecnológicas entre los colectivos sociales, dotándolos de los medios y las competencias necesarias, además de incrementar la infraestructura tecnológica en los países, América del Sur enfrenta una brecha importante en comparación a las grandes potencias en cuanto a infraestructura tecnológica.

El desarrollo y uso de la IA tiene como requisito una adecuada conectividad, plataformas accesibles de manera ubicua, centros de almacenamiento de datos, centros de supercómputo, entre otros. De esta manera, la pieza central de la infraestructura digital es la conectividad a Internet. En América del Sur, el acceso a Internet sigue siendo un desafío significativo, particularmente en las zonas rurales y remotas. Según datos de la Unión Interna-

¹¹² Cruz Roja. *¿Qué es la brecha digital y cómo evitar que provoque desigualdad?*

¹¹³ Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. *Informe de los diálogos regionales en inteligencia artificial*. 2024.

¹¹⁴ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *Informe sobre la infraestructura digital en América Latina y el Caribe*. 2022.

cional de Telecomunicaciones, en 2022, solo el 67,7% de la población de América del Sur tenía acceso a Internet, en comparación con el 90,8% en Europa y el 89,4% en América del Norte¹¹⁵. Incluso en los casos en que existe conectividad, se deben abordar los problemas críticos, como la asequibilidad del servicio, el coste de los teléfonos y la falta de competencias y conocimientos digitales, a fin de que más personas puedan participar y progresar en la economía digital.

5.2.3. Desarrollo de talento

El uso y el desarrollo de la IA tiene, como primer requisito, la presencia de personas con adecuada formación, experiencia y comprensión en materia de datos, estadística, matemáticas, ingenierías, programación y disciplinas en las humanidades y ciencias sociales para que se realicen investigaciones y tecnologías basadas en IA transdisciplinarias. Por todo ello, una exigencia a los sistemas educativos y de formación ha sido la necesidad de reformar la educación tradicional para hacerla más relevante a las necesidades de los empleos actuales. En este concepto, entra una “nueva brecha” de habilidades, que implica no solo actuar sobre el contenido de los programas sino también sobre las estrategias de formación¹¹⁶.

La inversión en nuevos programas de formación profesional para desarrollar habilidades demandadas por los nuevos empleos, apoyar la recalificación y actualización, adquiere un papel central en el escenario de la planificación para los próximos años. Es fundamental incentivar el diálogo social y la colaboración entre los gobiernos, los empleadores, los trabajadores y los proveedores de educación, para apuntar a que la IA beneficie a la sociedad en general, como también asegurar que el uso de la IA en la gestión de talento humano sea transparente, acorde con principios éticos y enmarcada en las regulaciones de preservación de privacidad y protección de datos.

Por ello, resulta indispensable contar con programas dedicados a la enseñanza de las nuevas tecnologías. Para abordar esta problemática, se debe promover el desarrollo de habilidades para el uso, desarrollo y comprensión de la IA en el sistema escolar; impulsar la IA como una disciplina transversal en la formación profesional; incentivar la incorporación de este talento al sector académico, público y privado; promover la formación de habilidades para el uso, desarrollo, comprensión y análisis crítico de la IA a trabajadores, e impulsar programas de educación y capacitación sobre el uso ético de IA para funcionarios públicos.

Sin más, en este breve recorrido se puede evidenciar que las propias desigualdades económicas y sociales de la región como son la distribución de los ingresos en la población, acceso a la salud y la educación, la mercantilización de la educación superior, el desigual desarrollo en los sectores de

¹¹⁵ Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT). *Informe sobre la conectividad mundial de 2022*.

¹¹⁶ Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Inteligencia artificial y gestión de talento humano: Avances y desafíos*. 17 de mayo de 2023.

la economía y el incremento de la inequidad en el acceso a las tecnologías, dificultan el avance de las nuevas tecnologías.

La inteligencia artificial ofrece un potencial transformador para la región, pero su desarrollo se encuentra limitado por diversos obstáculos. Sin embargo, la región está trabajando activamente para convertir estos desafíos en oportunidades. Ahora bien, ante la necesidad de acelerar la adopción de esta tecnología, los Estados deben redoblar sus esfuerzos, esto implica no solo inversiones en infraestructura y recursos humanos, sino también la creación de un entorno regulatorio favorable que impulse la innovación y garantice el uso responsable de la inteligencia artificial.

5.3. Legislación en la región

América del Sur se encuentra en un escenario regulatorio incipiente. Algunos países han empezado a desarrollar políticas específicas o a adaptar sus marcos normativos existentes para abordar los impactos de la IA en diferentes sectores. Muchos de ellos, se encuentran influenciados por los enfoques regulatorios de referencia, por las declaraciones y acuerdos multilaterales a los que se han suscrito algunos países sudamericanos. Uno de los acuerdos multilaterales que ha contribuido a determinar el rumbo de la regulación en la región es la anteriormente comentada recomendación de la UNESCO¹¹⁷. Este documento nació con el propósito de que los Estados miembros puedan crear leyes y dictar reglamentos destinados a garantizar que la IA se utilice de conformidad con los parámetros constitucionales y legales basados en los derechos humanos.

Por otra parte, los países sudamericanos miembros de la OCDE (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica y Perú), suscribieron los Principios sobre IA. Este documento constituye una guía para que los gobiernos prioricen y garanticen la transparencia, la rendición de cuentas en el desarrollo y despliegue de la IA. De esta manera, tanto el instrumento de UNESCO como el de OCDE orientaron las primeras estrategias de IA en América del Sur hacia el desarrollo y uso ético de esta tecnología.

Por último, se hace mención a la Declaración de Cartagena¹¹⁸ y a la Declaración de Montevideo, las cuales han contribuido a la armonización regulatoria en la región. Estos acuerdos establecen principios comunes: la IA debe servir a las personas, respetar los derechos humanos y la diversidad cultural, y promover el desarrollo sostenible; e impulsan a los países firmantes a procurar la implementación de marcos de gobernanza responsables que propicien la creación de sistemas de IA seguros.

A pesar de los desafíos que enfrenta la región latinoamericana, durante el año 2023 y 2024, se han juntado esfuerzos para una regulación efectiva.

¹¹⁷ UNESCO (2021).

¹¹⁸ Declaración de Cartagena de Indias para la Gobernanza, la Construcción de Ecosistemas de Inteligencia Artificial y el Fomento de la Educación en IA de Manera Ética y Responsable en América Latina y el Caribe.

Por su parte, Ecuador entró en vigencia el 03 de febrero de 2023, la Ley Orgánica para la Transformación Digital y Audiovisual que busca promover la creación de oportunidades mediante la atracción y fomento de inversiones de la economía digital y, la simplificación y la adopción de medios y tecnologías en la prestación de servicios públicos y gestión de todo tipo de trámites administrativos, judiciales o privados.

Por otro lado, el Congreso de la República del Perú aprobó el 5 de julio de 2023, la Ley N° 31814, la cual busca promover el uso de la Inteligencia Artificial en el marco del proceso nacional de transformación digital, a la luz del respeto de los derechos humanos y el fomento del desarrollo económico y social del país, en un entorno seguro que garantice su uso ético, sostenible, transparente, replicable y responsable. La Asamblea General de Uruguay aprobó la Ley N° 20.212, la cual entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2024 y busca desarrollar y diseñar una IA basada en estándares internacionales, en el ámbito público y privado.

De esta manera, se observa una tendencia en varios países hacia la construcción de un marco legal sólido para acompañar el crecimiento de las tecnologías emergentes. Aunque el marco aún es incipiente, se evidencia un esfuerzo regional por sentar las bases para el futuro.

6. Recomendaciones

Como se ha planteado *ut supra*, para regular la inteligencia artificial de manera efectiva, cada país debería contar con un marco legal sólido que incluya, al menos los siguientes instrumentos legales o, alternativamente, leyes más amplias que abarquen los mismos requisitos: i) una ley de protección de datos, ii) una ley de transformación digital; iii) una ley específica para regular el uso de la IA, y, por último iv) una legislación que regule el riesgo asociado con la IA sin inhibir su innovación.

En primer lugar, una ley de protección de datos tiene por objeto desarrollar el derecho que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bases de datos o archivos, y demás derechos, libertades y garantías constitucionales. Hasta el año 2024, Bolivia y Venezuela son los únicos países de la región que no tienen en su ordenamiento jurídico una legislación sobre protección de datos.

En ese mismo orden de ideas, se visualiza una ley tendiente a la transformación digital. Éste tipo de ley tiene como objetivo la simplificación y la adopción de medios y tecnologías digitales en la prestación de servicios públicos y gestión de todo tipo de trámites públicos o privados. Además, a través de ella se busca impulsar el uso y apropiación de las mismas en los sectores productivos, academia y sociedad, fortaleciendo la innovación, desarrollo e investigación. De esta manera, con este instrumento legal se busca impulsar la digitalización de los trámites gubernamentales, facilitando su realización a través de plataformas digitales y reduciendo la burocracia.

Por último, tanto la ley específica para regular el uso de la inteligencia artificial como una legislación que regule el riesgo asociado con la IA sin inhibir su innovación, buscan sentar las bases para construir un ecosistema de IA centrado en las personas, a través de una combinación de principios rectores, obligaciones diferenciadas según el nivel del riesgo, derechos reforzados para los ciudadanos, estándares técnicos y éticos, mecanismos de supervisión, transparencia y rendición de cuentas, así como instrumentos de fomento a la investigación, desarrollo e innovación en este campo.

Sin más, la legislación debe basarse en un enfoque holístico, es decir, que sea regulatorio proactivo, flexible y basado en el riesgo, para así anticiparse a posibles abusos, daños y fallas, al tiempo de dejar espacio para la innovación. Además, de establecer principios inderogables, obligaciones diferenciadas para actores según los riesgos a prevenir, sanciones ante incumplimientos, incentivos para orientar el desarrollo de la IA y fomentar las buenas prácticas.

Conclusiones

La regulación de la IA en América del Sur enfrenta un panorama complejo, destacado por retos sociales, tecnológicos y éticos, acompañado por los recursos limitados, heterogeneidad legislativa y desafíos éticos de la región. A pesar de ello, el análisis exhaustivo de iniciativas a nivel internacional y nacional ha demostrado que con una acción coordinada y enfocada en principios legales y éticos firmes, es posible la construcción de un marco normativo que permita el correcto desarrollo de la inteligencia artificial y a su vez, garantice su libre competencia, y uso equitativo, responsable y aliñeado con estándares globales de derechos humanos.

La interrelación entre los DESCAs y la IA exalta la creciente necesidad de un enfoque global en la regulación de las nuevas tecnologías, acompañado de políticas que prioricen la equidad, sostenibilidad y accesibilidad, pues el impacto de la inteligencia artificial puede ser transformador, desde la educación y la salud hasta el trabajo y el medio ambiente. Por ello, la región debe utilizar la adopción de estándares internacionales, como aquellos establecidos por la UNESCO y la OCDE como herramientas que proporcionan guías prácticas para asegurar que la IA sea un garante del desarrollo y no un obstáculo, amplificador de desigualdades.

Los avances presentes en naciones como Uruguay, Argentina, Brasil y Chile son prometedores, sin embargo, la ausencia de unificación a nivel regional sigue representando un obstáculo significativo. Se considera imperante establecer la coordinación entre los Estados sudamericanos para el establecimiento de marcos regulatorios que fortalezcan la posición de la región en el panorama mundial. A su vez, el desarrollo de talento que esté especializado en las nuevas tecnologías, así como la inversión en la infraestructura tecnológica son aspectos fundamentales que obligatoriamente deben ser considerados con urgencia para lograr cerrar las brechas digitales y así potenciar las capacidades tecnológicas presentes en la región.

Finalmente, se plantea la implementación de un marco regulatorio que abarque leyes especiales en el área del uso ético de la IA, la transformación digital y la protección de datos, acompañado de medidas que logren promover la innovación digital sin inhibirla. Este enfoque flexible, permite adelantarse a los posibles desafíos y peligros que puede significar la inteligencia artificial, protegiendo los derechos fundamentales y a su vez, evitando la restricción de oportunidades que estas nuevas tecnologías representan.

Este ejemplar
se terminó de imprimir en
Caracas en noviembre del año 2025.
Para su diseño se utilizó la tipografía
Roboto 10 ptos., ha sido impreso sobre
Papel Saima White. Se realizaron
150 ejemplares, encuadrados
en los talleres de
Gráficas LAUKI C.A.