**VOTO DISIDENTE DEL jUEZ e. rAÚL ZAFFARONI**

**RESPECTO DE LA**

**Opinión Consultiva OC-26/20**

**de 9 de NOVIEMBRE de 2020**

**Solicitada por la República de COLOMBIA**

**LA DENUNCIA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS y DE la carta de la ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS Y SUS EFECTOS SOBRE LAS OBLIGACIONES ESTATALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**

**(Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.l), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos)**

 1 - En las intervenciones que tuvieron lugar en el curso de la audiencia pública correspondiente al trámite de la presente Opinión Consultiva, se reiteraron las directas referencias al caso concreta que plantea la desvinculación de la República Bolivariana de Venezuela del sistema interamericano y de la propia organización continental.

Si bien es verdad que la respuesta a la presente Opinión Consultiva tendría validez respecto de cualquier otra situación análoga, lo cierto es que las similares que se han presentado son ahora prácticamente históricas y de momento no existe otra de esas características, relevancia y gravedad en la política internacional continental.

Tampoco el Estado solicitante ni ningún otro manifiesta su intención de desvincularse del sistema, o sea, de dar lugar a una situación semejante.

2 - Esta Corte ha reafirmado en reiteradas ocasiones que su competencia consultiva no debe estar referida a un caso concreto, puesto que, de otro modo, se desvirtuaría la naturaleza propia de su función consultiva, para abrir una vía alternativa al procedimiento contencioso. A lo largo de su jurisprudencia, la Corte, con la debida prudencia, se cuidó de evitar este resultado.

Pero también es verdad que toda consulta responde a un determinado interés, puesto que no se concibe que un Estado o un órgano consulte a la Corte sin razón alguna o por mera curiosidad. Por consiguiente, para determinar su procedencia convencional conforme a lo dispuesto por el artículo 64, es menester determinar cuál debe ser el interés en promover cualquier consulta (motivo) y la finalidad que se persiga con las respuestas (objetivo), para que ésta resulte jurídicamente viable.

La correcta interpretación de toda norma jurídica exige no detenerse en su mero análisis exegético o literal, sino avanzar hasta desentrañar su *ratio legis*, que es lo que en definitiva confiere racionalidad al derecho, condición de la que no puede estar huérfana ninguna normativa y, menos aún, la internacional referida a los Derechos Humanos.

La norma de la Convención Americana que interesa en forma prioritaria a este efecto es su artículo 64. Interpretadas sus dos fracciones en forma coherente, queda claro que permite habilitar la competencia consultiva de la Corte cuando cualquier Estado u órgano del sistema impetre su opinión acerca del entendimiento del texto legal, antes de tomar alguna decisión, legislativa o de otro orden, o de mantener las regulaciones o la situación de hecho hasta ese momento vigente, de modificarla o de emprender alguna acción nueva, a efectos de no incurrir en una contradicción antijurídica o de hacer cesar en la que estuviese incurriendo o pudiese eventualmente incurrir.

Sintéticamente dicho: el ejercicio de la competencia consultiva de la Corte debe tener por objeto prevenir violaciones a la Convención Americana, o sea, evitar violaciones y eventuales casos contenciosos que se podrían derivar de ellas.

3 – A esta conclusión se llega dado que la interpretación racional del artículo 64 no permite desligar sus dos fracciones, entendiendo que su fracción 2ª (“La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”) no es más que una precisión particular o norma especial respecto de la 1ª y, como tal, ratifica que todo el artículo tiene por objeto habilitar la competencia consultiva para prevenir posibles violaciones a la Convención Americana.

Otra interpretación no es viable, puesto que, de no considerarse a la fracción 2ª como una norma especial respecto de la 1ª (limitada a precisar el alcance de ésta para un supuesto particular, se desvincularían las dos fracciones y, por ende), la primera no se hallaría limitada por un común objetivo preventivo, que sólo regiría para la fracción 2ª.

Esta interpretación provocaría la orfandad de todo criterio orientador y de racional acotamiento del ejercicio de la competencia consultiva previsto en la fracción 1ª, o sea que la Corte podría asumir su competencia consultiva con total arbitrariedad, decidiendo en cada caso conforme a motivos y finalidades diversas, no precisadas e imprevisibles. Esta consecuencia resulta inadmisible, puesto que es regla general de todo el derecho la racionalidad y, por ende, ninguna norma debe entenderse como habilitante de la libre arbitrariedad de ninguna autoridad y menos de un tribunal.

4 - Por ende, si bien corresponde entender que la Corte puede asumir la función consultiva prevista en la fracción 1ª del artículo 64 con cierto grado de flexibilidad en la admisión (en especial en cuanto a los instrumentos internacionales susceptibles de ser materia de consulta), este relativo ámbito de apreciación deberá reconocer siempre el acotamiento impuesto por la necesidad de no desvirtuar el general objetivo preventivo, o sea, que en su ejercicio no debe esta Corte apartarse de la *ratio legis* normativa. En este sentido, le es dado al tribunal formular una interpretación extensiva de la competencia consultiva conforme a la fracción 1ª del artículo 64, pero no integrar analógicamente esa habilitación con supuestos que no persigan un objetivo preventivo.

Conforme a este entendimiento, resulta claro que, en el presente caso, la razonable flexibilidad que permiten los términos de la facción 1ª del artículo 64 fue el criterio con que se decidió la admisibilidad y el trámite.

Pero de las precisiones expresa y detalladamente puestas de manifiesto en forma harto reiterada en el curso de la audiencia pública, resulta incuestionable que se solicitan a la Corte respuestas directa y únicamente referidas a la situación planteada por la República Bolivariana de Venezuela al desvincularse del sistema.

5 - De esta circunstancia, que emerge con claridad de lo manifestado en la audiencia, nada indica que la presente consulta se dirija a evitar o prevenir violaciones a la Convención Americana por parte del Estado que la formula ni de cualquier otro, puesto que es claro que el solicitante no manifiesta su voluntad de desvincularse del sistema, como tampoco hay en este momento ningún otro Estado que haya manifestado esa voluntad y, más aún, ni siquiera hay noticias de que otro Estado esté en disposición de hacerlo, en tanto que las anteriores situaciones análogas, en la actualidad revisten carácter anecdótico.

Por otra parte, cualquier eventual o posible conducta futura del Estado de Venezuela que llegase a ser internacionalmente antijurídica, tampoco sería susceptible de prevenirse ni evitarse en función de las respuestas que esta Corte proporcione a la presente consulta, toda vez que el Estado que la formula, por sí mismo, no puede adoptar ninguna medida a este respecto, salvo las que emergen de la garantía colectiva y cuya naturaleza es eminentemente política y, por ende, su cumplimiento o incumplimiento es ajeno a la jurisdicción de la Corte.

En definitiva, esta Corte –en los casos en que le quepa competencia- ejercerá su jurisdicción, del mismo modo en que lo está haciendo en varios casos planteados contra ese Estado en el presente, sin que la respuesta a esta consulta pueda tener ninguna incidencia preventiva diferente.

En conclusión: dado que en el curso de la audiencia pública ha quedado claro que esta Opinión Consultiva no responde a un objetivo preventivo de infracciones convencionales, considero que no es procedente que esta Corte se pronuncie, como nunca lo ha hecho en referencia a casos concretos y sin ese objetivo.

6 - Con independencia de la señalada improcedencia de la consulta –y no sólo a título de mayor abundamiento- se hace imprescindible señalar también de modo especial, la inconveniencia de un pronunciamiento del tribunal, derivada del contexto del caso al que se refieren específicamente las preguntas que se formulan a la Corte.

Para ponderar el contexto de este caso es menester destacar sus muy particulares circunstancias y extrema gravedad, puestas de manifiesto por las siguientes características del conflicto, todas ellas de público y notorio: (a) Es conocida la diversidad de opiniones en torno a la situación del Estado de Venezuela, difundidas casi a diario por todos los medios y agencias de comunicación, que dan lugar a diferentes posiciones de los Estados de la región, abiertamente en pugna. (b) El marco de poder e incluso la virulencia de las manifestaciones encontradas respecto del caso, emanadas muchas de ellas no sólo de altos responsables políticos, sino también de diplomáticos y funcionarios internacionales de primera línea, ponen de manifiesto la alta intensidad del conflicto. (c) De sumar a lo anterior la calidad de los poderosísimos intereses en colisión, resulta incuestionable que el caso al que hacen directa referencia las preguntas que se formulan a la Corte es, en este momento, el conflicto internacional continental más grave y controvertido en la región.

De lo expuesto, corresponde concluir que, mediante esta Opinión Consultiva, se invita a esta Corte, bajo la apariencia de interrogantes abstractos y carentes de objetivo preventivo, a pronunciarse en una materia inescindible del conflicto político internacional de mayor volumen y gravedad en el presente momento regional.

7 – Las preguntas que se formulan en la consulta reclaman a esta Corte –como no podría ser de otro modo- una respuesta en términos jurídicos y, por cierto, la provista por su mayoría reviste un alto e incuestionable nivel no sólo de técnica jurídica sino también de elevada prudencia, que merece el mayor respeto.

Pero lo jurídico siempre es político, aunque la inversa no sea correcta, puesto que no todo lo político es jurídico, como se verá más adelante.

Lo jurídico es político en el obvio sentido de su inevitable incidencia (real o potencial) en el poder, puesto que toda decisión jurisdiccional, en el nivel que fuese (desde el municipal hasta el internacional), siempre consiste en un acto de poder inherente a la conducción o gobierno de una *polis*.

Pero además de esta obviedad, lo jurídico también es político en otro sentido, que también requiere especial atención: lo es, dado que, la experiencia verifica que todo discurso jurídico siempre habrá de ser leído en clave política por los involucrados en cualquier conflicto. Es imposible ignorar que cuanta oportunidad se les ofrezca a quienes se hallan involucrados en una confrontación, habrá de ser aprovechada por éstos para apoderarse y esgrimir todo discurso jurídico que consideren como argumento funcional a sus intereses.

8 – Debido a esta invariable experiencia, es imposible que un discurso pronunciado en un contexto jurídico no sea leído en el contexto político, pues es lo que usualmente sucede, sin que revista mayor relevancia en circunstancias más o menos corrientes en cualquier disputa resuelta por jueces, toda vez que, en las sociedades en general, no todas las relaciones son de cooperación, pues también las hay de conflicto y, además, estas últimas también son hasta cierto punto necesarias o funcionales al equilibrio social, en la medida en que operen como motor de su dinámica.

Pero, cuando en el contexto concreto, el conflicto adquiere un volumen inusitado y el tono en que se disputa pone de manifiesto un grado extraordinario de altísima virulencia, el conflicto deja de ser un funcional factor dinámico, puesto que su enorme dimensión cuantitativa opera cualitativamente con un efecto disruptivo que altera sustancialmente el potencial significado político del discurso elaborado en términos jurídicos.

9 – En este sentido, no puede dejar de advertirse que el conflicto que se plantea en el caso al que se refieren las preguntas de la consulta, no sólo ha adquirido inusitado volumen, sino que se presenta claramente como un conflicto entre Estados.

Es bien sabido que el derecho internacional de los Derechos Humanos surgió a mediados del siglo pasado como novedad revolucionaria en el derecho internacional, cuando este último, después de trágicas experiencias, comenzó a hacerse cargo de algunas conductas de los Estados respeto de su población, para garantizar un mínimo de derechos inherentes a todo ser humano por el mero hecho de serlo, dando lugar a un embrión de ciudadanía planetaria. Esta materia, que hasta ese momento estaba librada al orden interno de cada Estado, fue pasando, lenta pero progresivamente, a ser objeto del derecho internacional.

Dada esta naturaleza, en principio no es de la incumbencia del derecho internacional jushumanista la resolución de conflictos entre Estados, de los que debe hacerse cargo el derecho internacional tradicional, o bien, resolverse en el campo de la política internacional.

10 – Considerando lo hasta aquí expuesto, resulta imposible evitar que un pronunciamiento de esta Corte, emitido con la mejor y más transparente y sincera intención de limitarlo a la cuestión de derecho jushumanista, con el máximo nivel técnico y la consiguiente y tradicional prudencia de los jueces, no sea rápidamente apropiado para esgrimirlo como instrumento argumental en la confrontación planteada en el terreno de la pura y descarnada política internacional.

Sólo una autolimitación en la política podría evitar que esta transferencia se operase de modo prácticamente automático; pero este género de autolimitaciones nunca se registró en ninguna controversia política, lo que no debe imputarse a ninguna falla ética, sino simplemente a las reglas mismas de toda “praxis” política pura que, por su naturaleza misma, procura efectos inmediatos, no tolera dilaciones, “tempora” de modo muy diferente al jurídico y, por ende, entrena a sus operadores para el empleo habilidoso de todo discurso que se halle a su alcance, sin deparar en su naturaleza ni en la función u objetivo de sus autores.

Sin mucha exageración, podría decirse que esta característica de la “praxis” política responde casi a la propia condición humana, sin que esta afirmación implique necesariamente la caída en ningún “hobbesianismo” u otro juicio antropológico análogamente pesimista.

11 - En consecuencia, el contexto del caso al que se refieren las preguntas exige suma delicadeza en cualquiera de las aproximaciones que se quiera hacer, habida cuenta de que se trata de una confrontación entre Estados en la que se hallan en juego fortísimos intereses.

La propia situación institucional del Estado de Venezuela es de insólita complejidad política, institucional y diplomática, pues existe un gobierno que ejerce el poder territorial, pero hay Estados de nuestro continente que reconocen a una autoridad que no ejerce ese poder, lo que es prácticamente inédito en nuestro continente, aunque otrora se dio en otras regiones del planeta, en particular en el curso de la Segunda Guerra mundial en Europa, con los gobiernos en el exilio de países ocupados por los alemanes, y más cercanamente en Oriente.

Al menos hace casi medio siglo que no se plantea una situación relativamente cercana, desde los tiempos en que alguno de los países del continente reconocía al gobierno republicano español en el exilio durante la dictadura franquista. Pero entre nuestros mismos Estados, estas situaciones carecen de registro, salvo momentos muy transitorios y no exactamente iguales, sino limitadas al desconocimiento de regímenes “de facto”.

12 – Las precedentes consideraciones no refieren meras *obiter dicta*, sino que hacen al contexto del caso, es decir, a un elemento de valoración que esta Corte ha tomado correctamente en cuenta en múltiples ocasiones y en el que insistimos.

Se trata, por cierto, de hacerse cargo del marco del caso –social, político, económico y en particular de violencia real o potencial- en que se debe valorar y decidir cada consideración que no puede limitarse a la competencia contenciosa, sino que -con igual razón- debe ponderarse cuando se postula el ejercicio de la competencia consultiva de la Corte, máxime si resulta claro que las preguntas están referidas a una situación concreta y de significativa y bien conocida entidad.

En este sentido, a las antes señaladas circunstancias configuradoras del contexto en que tiene lugar la solicitud de consulta a la Corte, debe agregarse que es inevitable tomar en consideración -como dato muy preocupante- que, en la confrontación que tiene lugar respecto del Estado de Venezuela, no han faltado serias y conocidas amenazas de pasar a las vías de hecho, o sea, de llegar a una situación bélica por medio de una intervención armada.

Cuando se alcanzan estos límites en la conflictividad política internacional, con riesgo nada menos que de violencia armada entre Estados del propio sistema, el contexto está indicando que debe procederse con la máxima delicadeza en todo lo que roce el tema conflictivo.

En otras palabras: el contexto en que se solicita la opinión de la Corte requiere un supremo nivel de esfuerzo –no sólo posible sino incluso imaginable- en favor de la pacificación y la solución racional del conflicto, siempre asentado en la premisa de que, cuando se llega a la conclusión de que una controversia sólo se puede resolver por la fuerza o por la violencia, en definitiva, lo que subyace en el fondo es un mal planteo de los términos mismos del conflicto.

Es más que obvio que cualquier situación que diese lugar a algún género de eventuales medidas de fuerza entre Estados de nuestra región, significaría un fracaso para el derecho internacional continental, trabajosamente construido a lo largo de más de un siglo.

Si bien el orden jurídico internacional continental conoció otrora fracasos de esta naturaleza (quizá el mayor haya sido la hoy lejana “guerra del Chaco” entre 1932 y 1935), son muchos más los que previno y –con la debida justicia- tampoco se le pueden retacear los méritos por el esfuerzo llevado a cabo para hallar salidas racionales a los propios ocasionales fracasos, lo que en varios casos impidió escaladas de letalidad. Ahora, ante el riesgo de un nuevo episodio, la tradición del derecho internacional continental demanda el firme compromiso de no ahorrar esfuerzo alguno por evitarlo.

13 – Es natural que los jueces, por formación y entrenamiento profesional, tengamos la tendencia a confiar en que los destinatarios de nuestras decisiones habrán de proceder con análoga racionalidad y prudencia. No obstante, nunca es adecuado presumir que nuestra prudencia jurídica –y pese a todas las advertencias y salvedades que formulemos- se proyectará en el comportamiento de todos los protagonistas de una pugna política de gran volumen.

Esa presunción invariablemente la contrasta la dura realidad, donde se verifica que en el plano de la confrontación política las conductas se rigen conforme a la regla de su “praxis” utilitaria de efecto inmediato.

En este sentido, cabe aclarar que no es verdad que la esencia de la política consista en la disposición de llegar hasta la guerra que aniquile al enemigo, conforme a la polarización “amigo-enemigo”, postulada arbitrariamente por el irracionalismo totalitario de Carl Schmitt. Pero no es menos cierto que, en ocasiones, la confrontación política alcanza estos deplorables niveles negativos, lo que, por fortuna para la humanidad, no agota su contenido ni mucho menos, sino que sólo muestra uno de sus límites lamentables. En esas circunstancias que tocan el límite más turbio de la política, lo que se requiere es un sano y común esfuerzo pacificador de máxima contención.

Por ende, dada la antes señalada práctica de la política y la virulencia de la disputa en torno del caso concreto al que se refieren las preguntas, la más juiciosa valoración de este contexto indica que es poco menos que imposible no abrigar el serio temor de que, en la eventualidad de agravarse el conflicto y desplazarse por cauces más enconados, la prudente y jurídica opinión de esta Corte pueda ser manipulada en un sentido por completo opuesto a la positiva y saludable voluntad de sus jueces.

14 - La reiterada experiencia internacional justifica ampliamente este temor, puesto que abundan los ejemplos de múltiples violencias que invocan generosas razones “humanitarias”. Más allá de la discusión doctrinaria en cuanto a la existencia de violencias y guerras de esa naturaleza –en la que no es momento de entrar-, al menos “ad argumentandum”, cabe dar por cierto que algunas revistan ese carácter, pero es indudable que no todas las que lo invocan en realidad lo son.

El problema no es nuevo, porque no es posible ignorar que, en la política de todos los tiempos, el ser humano apeló a lo que ahora conocemos como “técnicas de neutralización de valores”, puestas de relieve en el campo de las ciencias sociales por Sykes y Matza hace más de seis décadas. Mediante estas técnicas se apartan las objeciones de conciencia y se facilita a quienes defienden ciertos valores, llevar a cabo conductas diametralmente opuestas a ellos (Gresham M. Sykes and David Matza, *Techniques of neutralization: a theory of delinquency*, en “American Sociological Review”, 1957, 22, p. 664-670).

15 – Estas técnicas, empleadas en casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, guerras y otras violencias, consisten en (a) la negación de la responsabilidad (“estoy forzado a hacerlo, no es mi voluntad, son las circunstancias”); (b) la negación de la lesión (“el daño no fue muy grande, son pocos los muertos”); (c) la negación de la víctima (“eran agresores, inferiores, inmorales, delincuentes, depravados”); (d) la condenación de los condenadores (“quienes me critican no tienen ningún derecho a hacerlo, son hipócritas”); (e) y la apelación a lealtades más altas (“me debo a la república, a la democracia, a la paz, a los Derechos Humanos”).

Estas técnicas no son racionalizaciones que procuran justificar o exculpar “a posteriori” cualquier conducta violenta, sino que se trata de formas previas de neutralizar valores, o sea, de eliminar objeciones de conciencia, con el objeto de facilitar el emprendimiento de la acción violenta, no siendo difícil detectarlas en todo episodio histórico de esta naturaleza.

16 – Las “técnicas de neutralización de valores” fueron descubiertas y explicitadas en las ciencias sociales a mediados del siglo pasado, pero se verifica su funcionamiento y eficacia en las más dispares épocas y circunstancias, puesto que ciertas regularidades estructurales de los fenómenos sociales operan de modo similar a las leyes de la física (las cosas pesadas siempre cayeron hacia abajo, sin necesidad de que Newton lo explicase).

Debido a que estas técnicas apartan con facilidad las objeciones de conciencia, la tentación de las “guerras humanitarias” es algo muy antiguo, al punto que lo hallamos -al menos en lo referente a nuestro continente- desde el siglo XVI, en la famosa controversia entre Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas, cuando el primero, para legitimar la conquista, neutralizaba sus valores cristianos con supuestas razones de “humanidad” fundadas teocráticamente, pero en los siglos posteriores se siguieron neutralizando valores en nombre de la biología (“raza”), más tarde invocando la “civilización” y el “progreso” y ahora, nada mejor que hacerlo en nombre de los Derechos Humanos y, por paradojal que parezca, incluso invocando la paz.

Lo cierto es que el viejo concepto de “guerra justa”, considerado ahora obsoleto por demasiado discutible, fue desplazado y toda violencia bélica prefiere inclinarse por el de “guerra humanitaria”, dado que ésta siempre resulta mucho más apta para mostrarse como “justa”.

17 - Por conforme al derecho que sea lo que responde esta Corte y con todas las advertencias y salvedades que la tradicional prudencia indica –calidades incuestionables del texto decidido por la mayoría-, el lenguaje humano es equívoco y todo discurso es susceptible de entenderse torcidamente, pues no hay vacuna contra los descaminos semánticos ni contra la segmentación y el recorte antojadizo y malintencionado de los discursos y, menos aún, contra la naturalización de tergiversaciones irracionales a fuerza de reiteración mediática en tiempos de noticas falsas y procesos inventados, donde los “once principios” de Göbbels se emplean cotidianamente, aunque sin mención de autor y con nuevos recursos tecnológicos.

En la historia, abundan los casos en que los más puros y espirituales discursos emanados del amor, se implementaron al servicio del odio, las venganzas y la movilización de masas humanas, desembocando en crímenes atroces, en que las víctimas se mostraron como verdugos, feroces tiranos se disfrazaron de libertadores y vulgares ladrones en impolutos adalides de la ética.

En casos de conflictividad de tan alto tono y encontrados intereses como el que motiva las preguntas que ahora se dirigen a esta Corte, contra la más sana intención que podamos tener los jueces y el más puro y meticuloso criterio jurídico de nuestras respuestas, conspira por un lado la natural equivocidad del lenguaje humano y, por el otro, la señalada tendencia a neutralizar valores antes de toda violencia y a racionalizarla después de consumada.

18 - Podrían mencionarse múltiples ejemplos más o menos contemporáneos del empleo de estas previas neutralizaciones de valor y posteriores racionalizaciones justificantes, exculpantes o excusantes, reveladores del riesgo que se corre, en atención al especial contexto del presente caso.

Por cierto, de escogerse ejemplos cercanos en el tiempo, sus particularidades estructurales no surgen con la necesaria claridad, dado que la abundancia de datos coyunturales dificulta la percepción de las características constantes de los fenómenos sociales. Sólo una perspectiva de mayor arco temporal permite separar lo coyuntural y dejar al descubierto los rasgos permanentes de estos lamentables fenómenos de poder.

Por ello, a efectos de destacar el riesgo que implica cualquier manifestación de esta Corte en el contexto del caso a que se refieren las preguntas de la consulta, no sólo es conveniente, sino necesario, acudir a la memoria de nuestro pasado sudamericano.

“Recordar” significa “volver a ligar”, “acordar”, o sea, tender la “cuerda” con el pasado que nos permite recoger la experiencia para la mejor comprensión del presente y eficaz prevención del futuro. De allí que siempre sea menester mantener en tensión la “cuerda” que nos hace “acordar” en la memoria.

Es la historia –eterna *magistra vitae-* la que nos permite “acordar” con el presente, “religar” el aleccionador episodio sudamericano de mayor crueldad e iniquidad internacional, que permanece clavado como un puñal sangrante –pues hasta hoy sangra- en el corazón del sentimiento continental, y del que fue protagonista mi propio Estado, hace más de un siglo y medio: se trata de la tristemente célebre “guerra al Paraguay” o “guerra de la Triple Alianza”.

19 - Precedida por traiciones, faltas a las palabras empeñadas, promesas incumplidas, compra de voluntades y deslealtades, intereses de la potencia hegemónica extracontinental del momento, ambiciones expansionistas en la región, desprecio a los llamados de casi todas las otras naciones sudamericanas a la solidaridad continental, intervención abierta en conflictos de otras naciones, ninguna de estas bajezas se ahorraron para plegarse a una guerra de increíble crueldad contra el Paraguay, cuyo pueblo resistió heroicamente durante años, hasta que culminó con la casi extinción de la población masculina paraguaya y el cobarde asesinato de Francisco Solano López y su hijo adolescente, que nunca se rindieron.

20 - Paraguay en 1863 tenía la misma población que la Argentina, con una balanza comercial constantemente favorable, que le permitió fortalecerse, preparar sus defensas, montar en Ibicuy una fundición de cañones impresionante para la época, instalar el primer ferrocarril y el primer telégrafo del continente, comprar navíos acorazados en Europa y enviar allá a sus oficiales y técnicos a entrenarse. El país, gracias a la mano durísima de Gaspar Rodríguez de Francia, se había ahorrado las guerras fratricidas de todos los nuestros y había sabido aprovechar esa oportunidad, hasta convertirse en una verdadera potencia.

Para los curiosos “liberales” argentinos de ese momento –que no dudaban en sumarse al carro expansionista de los esclavistas brasileños y a las presiones imperiales británicas-, Solano López era un terrible “dictador” y, en nombre de la “libertad” de su pueblo, sostenían la necesidad de acabar con el “tirano”. Pero el pueblo no parecía acompañar a los despiadados invasores que invocaban su “libertad”, pues la guerra duró años, el jefe militar y presidente argentino mordió el polvo de la derrota varias veces, hasta que sus aliados, notando su escasa habilidad táctica, prefirieron reemplazarlo y dejar al frente de las tropas al yerno del emperador. La resistencia del pueblo paraguayo hizo que la guerra se prolongase por años; acabó apenas en 1870.

A la Argentina le dejó una enorme deuda de guerra, que repercutiría años después en una crisis, precedente de todas las posteriores hasta la fecha, en la larga y vergonzosa historia de su capítulo como parte del endeudamiento neocolonial de nuestra región. Sin embargo, obtuvo su objetivo, es decir, destruyó al Paraguay, que prácticamente quedó sin hombres, con una aplastante mayoría de mujeres, ancianos y niños, con su potencial productivo destrozado, sin contar con que estuvo a punto de pasar a ser parte de Brasil.

21 - Hubo argentinos que reaccionaron desde el comienzo contra esta pretendida “guerra humanitaria” o “de liberación”, como los poetas Carlos Guido y Spano y José Hernández (este último autor del poema nacional “Martín Fierro”). Pero, sobre todo, la más potente voz jurídica de la denuncia fue del autor del anteproyecto de la Constitución argentina de 1853: Juan Bautista Alberdi (“Organización política y económica de la Confederación Argentina”, 2ª ed., Besanzon, 1856).

Los responsables de este genocidio no tuvieron reparo en estigmatizar a Alberdi como “traidor” y le negaron el pago de sus salarios por servicios diplomáticos prestados a la Confederación, para dejarlo morir en la pobreza en París, donde escribió y legó a la posteridad los borradores y notas sin terminar de un libro que, pese a ser incompleto, se haría famoso (“El crimen de la guerra”, Edición crítico-genética/Estudio preliminar de Élida Lois, Universidad Nacional de San Martín, 2007; también: Idalia Flores G. de Zarza, “Juan Bautista Alberdi en la defensa del Paraguay en la Guerra de la Triple Alianza”, Bs. As., 1978).

22 – El argumento de la “guerra humanitaria”, que fue esgrimido por los gobiernos de Buenos Aires y Rio de Janeiro y hasta hoy se reitera en la historia oficial argentina (escrita por quien comandó la guerra), fue ridiculizado por Alberdi, señalando que mal podía justificar semejante guerra un emperador que mantenía la esclavitud en sus dominios. En cuanto a López, afirmaba: “Decir que la guerra no tuvo más objeto que suprimir la persona de López, es una impertinencia insultante lanzada al sentido común. Un gobierno serio como el del Brasil no gasta dos millones de francos, cien mil hombres, cinco años en suprimir a un individuo. Prueba de que era otro el objeto tenido en mira es que todo un pueblo ha desaparecido bajo el hacha del Brasil, antes que López” (“Escritos Póstumos de Juan Bautista Alberdi. Memorias y Documentos”, T. XV, págs.. 463-4).

Respecto de los crímenes de López expresaba: “¿Qué crímenes son esos que nadie ha visto ni conocido sino sus enemigos? Que ni el Paraguay mismo conoce, pues si López fuera el tirano que se hace obedecer por la fuerza, no quedaría el país sin ejército alguno, como hoy está, en presencia de treinta mil invasores extranjeros que no pueden arrancarlo a la simpatía de las poblaciones exámines”. En cuanto a su conducta, concluía: “Esa actitud de López vale más que todas sus victorias y todo el honor de su resistencia gigantesca: es la respuesta triunfante de la verdad dada a la calumnia del usurpador” (“Escritos póstumos”, T. XV, p. 457).

Si a Alberdi le hubiese sido dado vivir hasta hoy, en el curso del siglo y medio transcurrido desde que escribió estas líneas, se le hubiesen presentado múltiples ocasiones para reiterar sus argumentos, con los pertinentes cambios de lugares y nombres.

23 – Tal vez Solano López no diese con la imagen perfecta del presidente democrático de una república ideal conforme al modelo del estado ético kantiano o del racional hegeliano –como nunca lo había sido el Paraguay ni ninguno de los nuestros- ni la de una pureza política pulcramente respetuosa de derechos, pero tampoco era nada democrático un imperio esclavista que fue el último Estado en abolir la esclavitud en nuestro continente (apenas en 1888, con la “Lei Áurea” de la princesa Isabel), ni tampoco lo era el presidente argentino que faltó a su palabra al intervenir en la política uruguaya, transportando rebeldes en sus buques de guerra y que, en la simultánea campaña contra nuestros caudillos del norte, que nunca se plegaron a esa vergonzosa guerra, mandó militares que asesinaron a Ángel Vicente Peñaloza y clavaron su cabeza en una pica, como tampoco el renombrado ilustrado que, pese a los muchos tomos que dejó escritos, le aconsejaba “no ahorrar sangre de gaucho”; menos aún quien debía ser garante del federalismo argentino y de la integridad uruguaya y paraguaya, pero a quien el banquero del emperador (el vizconde de Mauá) se apresuró a otorgar un generoso préstamo y los agresores a comprarle a buen precio caballos, ganado y pertrechos para la invasión. Tampoco lo fue el ministro obediente a la embajada británica, que respondió con inaudita soberbia los reclamos sudamericanistas contra la guerra, formulados por los gobiernos de Chile, Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia; menos aún cabe pensar que los representantes británicos tuviesen por objeto mejorar la institucionalidad del Paraguay, ni que el imperio brasileño no tuviese ambiciones expansionistas (v. sólo por mencionar alguna de la nutrida literatura histórica, de la argentina: José María Rosa, “La guerra del Paraguay y las montoneras argentinas”, Buenos Aires, 1985; del mismo, “Historia Argentina”, Bs. As., 1974, T. VII; de la brasileña: Julio José Chiavenato, “Genocidio americano: la guerra del Paraguay”, Bs. As., 1984; del mismo, “O negro no Brasil: da senzala à guerra do Paraguai”, San Pablo, 1986; de la paraguaya: Josefina Pla, “Los británicos en el Paraguay 1850-1870”, Asunción, 1994).

24 - En este episodio, que ha dejado una mancha imborrable en la historia sudamericana, salieron a la luz las peores mezquindades y miserias humanas, no exclusivas de un hecho histórico aislado, sino las mismas que emergen cuando los intereses en pugna son demasiado poderosos.

Pese a que muchos años más tarde un gobierno popular argentino devolvió al Paraguay las banderas y supuestos “trofeos” de guerra, esta lección nos avergüenza hasta la fecha y hace que los sudamericanos, que mantenemos viva en la memoria la “cuerda” de la historia, experimentemos fundado y profundo temor a las guerras “humanitarias”, teniendo muy presente aquella frase que unos atribuyen a Baltazar Gracián y otros a Benjamín Franklin, pero que, cualquiera haya sido el autor, encierra una verdad imperecedera: “nunca hubo una buena guerra ni una mala paz”.

A esta ilimitada e impúdica vocación estructural fagocitaria de nobles discursos, propia de los episodios análogos al contexto del caso al que se refieren las preguntas de la consulta, obedece el enorme temor a que cualquier manifestación jurídica –por mejor intencionada, técnica, prudente y pletórica de advertencias que fuese-, pueda ser manipulada, aún en mínima parte, como combustible para una “buena guerra”.

25 – Por cierto, antes de quedar claro en la audiencia pública que las preguntas se refieren en concreto al caso particular de Venezuela, la consulta procuraba llegar elípticamente al caso, planteándolo como una cuestión de eventual violación de Derechos Humanos. A este respecto, cabe advertir que en el estricto plano del derecho internacional jushumanista –no en el del derecho internacional tradicional entre Estados- las preguntas de la consulta demandan respuestas innecesarias por obvias.

Así, no hay buenas y malas violaciones de Derechos Humanos, pues todas son malas y, esta Corte, en ejercicio de su jurisdicción y en la medida de su competencia contenciosa, habrá de resolver las pasadas en que hubiese incurrido el Estado de Venezuela, de la misma manera que lo está haciendo en el presente.

En cuanto a posibles violaciones futuras, no tiene sentido pronunciarse sobre la base de hipótesis de eventuales violaciones que, obviamente, no se le han planteado, todo ello sin contar con que un pronunciamiento al respecto, por las razones antes señaladas (supra, 5), tampoco sería idóneo para surtir cualquier efecto preventivo.

26 - El problema que se pretende plantear como de eventual violación de Derechos Humanos por parte del Estado de Venezuela y que subyace a las preguntas formuladas a esta Corte, enfrenta al tribunal con una cuestión de muy diversa naturaleza y que nada tiene que ver con cualquier insostenible racionalización que pretenda legitimar violaciones de Derechos Humanos pasadas o futuras.

Se trata nada menos que de una cuestión que hace a los límites materiales o reales de la jurisdicción de la Corte, es decir, al alcance real de su “imperium” frente a un conflicto entre Estados de semejante volumen.

Es claro que en la región se registran muchas violaciones a Derechos Humanos, pero también lo es que esta Corte carece de la posibilidad material de sancionarlas a todas, pese a que la múltiple letalidad de algunas de ellas no escapa a la mirada más superficial. Basta mencionar las cometidas en el Estado Plurinacional de Bolivia a partir del golpe de Estado de noviembre del año pasado, donde se masacró población disparando contra civiles desarmados e incluso se intentó por decreto consagrar la impunidad de los agentes homicidas.

Este dato no sirve para legitimar ninguna violación a Derechos Humanos, porque es más que obvio que nunca las violaciones de un Estado pueden legitimar las de otro.

Lo que la anterior verificación demuestra es un elemental dato de realidad que debe ser asumido por todos los tribunales y jueces del mundo, cualquiera sea su competencia formal y como inherente a la propia función jurisdiccional: se trata de que es inevitable reconocer que el “imperium” de todo tribunal siempre es limitado.

27 - El “imperium” de cualquier tribunal no es un problema de límites a la jurisdicción impuestos formalmente por la competencia que la ley le atribuya, pues no es una cuestión de límite formal o legal, sino real o material: es lo atinente al poder efectivo, no únicamente de hacer cumplir sus decisiones, es decir, de controlar su cumplimiento, sino también y, sobre todo, de mantener bajo control sus inevitables consecuencias sociales y políticas en un contexto determinado.

Como se ha señalado, es obvio que “el derecho es política”, porque incide sobre el poder de gobierno de una “polis”, sea ésta más local o más extensa. Pero al admitir esta premisa, debe evitarse sufrir una alucinación y creer que “toda la política es derecho”, equívoco acerca del cual adelantamos opinión (supra, 7).

En efecto: no puede ignorarse que hay una dimensión que es propia de la política “pura” y que, como tal, excede al derecho, siendo imposible desconocerle su cometido sin caer en la referida alucinación peligrosa: la política tiene un ámbito que al mismo tiempo es jurídico, pero siempre se reserva otro que es político puro.

Hay conflictos que por su naturaleza deben ser resueltos en el terreno de la política, porque ésta se lo ha reservado y, por ende, no se lo puede sustraer a este ámbito “natural”. Las soluciones a los conflictos abiertamente políticos las debe proporcionar la política misma, porque los jueces carecen de “imperium” para hacerlo, por mucho que un tribunal quiera practicar el mejor intencionado activismo judicial.

28 – Si bien teóricamente –en el plano del “deber ser” o normativo- el derecho siempre dispone de la solución racional a los conflictos, el “imperium” de los jueces es limitado en cuanto a su capacidad para resolver eficazmente problemas que son de naturaleza política “pura”.

Pretender que los jueces decidan sin “imperium” no es una virtud, sino un vicio institucional ampliamente conocido en el mundo y que se denomina “judicialización de la política” (Patrizia Pederzoli – Carlo Guarnieri, “The judicialization of politics Italian Style”, en “Journal of modern Italian Studies”, 1997, vol. 2, pp. 321 y ss.).

Este fenómeno negativo tiene lugar cuando los protagonistas de la política pura no quieren o no pueden resolver alguno de los problemas de su competencia y, en ese trance, se lo derivan a los jueces, pese a que los operadores políticos que impulsan esta derivación son plenamente conscientes de que los jueces carecen de “imperium” para darle solución, es decir, saben muy bien que los tribunales no la proveerán.

Es sabido que cuando un problema se sustrae al ámbito propio de su “naturaleza”, en el terreno artificial al que se lo remite, no se resuelve. Esto sucede cuando se quiere resolver lo económico con meras medidas penales, los problemas de salud con puras medidas educativas, o problemas de educación exclusivamente con leyes civiles. Del mismo modo, cuando los jueces caen en la trampa de hacerse cargo de un conflicto de naturaleza política pura, como finalmente no pueden resolverlo, el descrédito por la falta de solución recae sobre ellos y, en ese trance, la política pura -siempre impiadosa- se encarga de hacerlos responsables ante la opinión pública nacional o internacional y eludir su propia responsabilidad.

29 - Tobías Barreto, el conductor de la llamada “Escuela de Recife”, jurista importante y creativo de nuestra región, pensador solitario del nordeste brasileño, en la segunda parte del siglo XIX, escribió que no se ocupaba del derecho natural, porque lo que existía era “una ley natural del derecho” (*Estudos de Direito*, volume II, *Obras Completas*, volumen VII, Estado de Sergipe, 1926, p. 39).

En efecto: el derecho –como todo lo humano- no es omnipotente, y los jueces lo son menos todavía. Muchas veces nos habituamos a emplear metáforas en el discurso jurídico, pero debemos tener el máximo de cuidado para no confundirnos y acabar creyendo que las metáforas son la realidad. La omnipotencia jurídica es una alucinación peligrosa, como todo romanticismo filosófico lanzado a la búsqueda de principios infinitos para traerlos al derecho.

30 - Juzgar y sancionar violaciones de Derechos Humanos es función de esta Corte, como también prevenirlas, siempre en la medida de lo posible y de su competencia. Pero en el plano de la realidad social -que es a la que se atiene el derecho internacional jushumanista a medida que va elaborando su doctrina y jurisprudencia- la jurisdicción de esta Corte, como la de cualquier juez y tribunal del mundo, debe admitir la existencia de límites a su “imperium”, o sea, reconocer lo que puede resolver y hacer cumplir y controlar, para distinguirlo de aquello que -aunque decida- no podrá hacer cumplir o cuyas consecuencias no podrá controlar, por muchas que sean las advertencias que en cuanto a ellas formule, porque no está en sus manos hacerlo, dado que pertenecen al ámbito de la política “pura”.

Las decisiones jurisdiccionales que pretendieron resolver conflictos de naturaleza puramente política y, por ende, no tomaron en cuenta los límites de su “imperium”, al que claramente escapaba el control de sus efectos políticos, con demasiada frecuencia han resultado fatales en la historia, siendo suficiente con traer a la memoria las consecuencias de “Dred Scott V. Sandford” (60 U.S. 393) de 1856.

31 – En la realidad social y política, no está en las manos de esta Corte el poder de resolver el mayor conflicto internacional de la región, porque pertenece al terreno propio y puro de la política internacional y, por ende, cualquier decisión que sea capaz de incidir sobre ese conflicto, por jurídicamente fundada que fuese -y acompañada con las más prudentes advertencias pertinentes-, no puede menos que dejar en manos de la política “pura” la forma en que haya de incidir en la concreta lucha de poder. Es como lanzar una botella al mar, sin saber a qué playa habrá de dar y sin posibilidad alguna de recogerla.

La mayoría de la Corte, con su consabida y tradicional prudencia y sabiduría, responde ateniéndose al derecho, proporciona respuestas razonables a las preguntas de la Opinión Consultiva, formula las advertencias del caso, pero en lo fáctico, lanza un mensaje que la política “pura” y descarnada habrá de usar del arbitrario modo que las circunstancias hagan que lo considere funcional alguno de los intereses o bandos en pugna, puesto que carece del “imperium” necesario para controlar el uso que haga de la botella quien la recoja, quién sabe en qué lejana playa.

32 - Por todas las razones antes expuestas entiendo que (a) las preguntas que se dirigen a esta Corte están referidas al caso particular de la desvinculación del Estado de Venezuela del sistema continental; (b) la consulta no responde al objetivo preventivo que habilita la competencia consultiva de la Corte conforme al artículo 64 de la Convención Americana; (c) la desvinculación del Estado de Venezuela del sistema se inscribe en el conflicto de mayor volumen que se plantea hoy en la política internacional regional entre Estados; (d) por ajustada al derecho y con las más prudentes advertencias conducentes por parte de la Corte, será inevitable que sea leída de modo funcional por alguno de los contendientes en la pugna política internacional; (e) dada la magnitud y virulencia del conflicto, existe el grave peligro de que lo prudentemente advertido y jurídicamente manifestado por esta Corte, pueda ser manipulado y desvirtuado para legitimar eventuales actos de violencia; (f) la magnitud del conflicto político respecto del Estado de Venezuela hace evidente que se trata de un claro caso de pura política internacional, respecto del cual la Corte carece en la práctica de “imperium” para controlar las consecuencias políticas de cualquier empleo perverso y parcializado de su pronunciamiento.

33 – En conclusión: si bien tributo el merecido homenaje al esfuerzo de la mayoría de la Corte, puesto de manifiesto en el alto nivel del contenido jurídico y en la prudencia de sus advertencias, considero que cualquier pronunciamiento en la presente Opinión Consultiva es improcedente conforme a los prescripto por el artículo 64 de la Convención Americana y, en atención al grave contexto del caso, también lo considero inconveniente, por todo lo cual propongo no dar respuesta a las preguntas formuladas.

Así lo voto.

E. Raúl Zaffaroni

Juez

Pablo Saavedra Alessandri

 Secretario