

Observaciones a la Solicitud de Opinión Consultiva de la República de Colombia de octubre de 2019 relativa a “la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos”

Presentadas por el Dr. Björn Arp

Abogado especializado en la protección internacional de los derechos humanos*

Sumario

I. Existencia de un Caso individual pendiente ante la Comisión Interamericana sobre la misma cuestión objeto de la solicitud de opinión consultiva.....	2
II. La resolución de la opinión consultiva por la Corte desvirtuaría la jurisdicción contenciosa de la Corte en el Caso individual pendiente.....	4
III. La resolución de la opinión consultiva por la Corte constituiría un menoscabo de los derechos procesales de la víctima en el Caso individual pendiente.....	5
IV. Afectación muy específica de la solicitud de opinión consultiva al Caso individual contra Nicaragua y posibilidad de que la solicitud en realidad busque eludir el procedimiento contencioso.....	7
V. Conclusiones sobre la inadmisibilidad de la presente solicitud de opinión consultiva sobre la reelección presidencial indefinida.....	8

* El Dr. Björn Arp es el representante de Fabio Gadea Mantilla en su demanda contra Nicaragua ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en una reclamación por la aceptación ilegal de la candidatura presidencial de Daniel Ortega en las elecciones presidenciales de 2011 (Caso 13.727).

I. Existencia de un Caso individual pendiente ante la Comisión Interamericana sobre la misma cuestión objeto de la solicitud de opinión consultiva

Quisiera informar a la Corte IDH de la existencia de un caso individual actualmente pendiente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que el peticionario ha planteado las cuestiones que ahora también Colombia formula ante la Corte. Se trata del Caso 13.727, *Fabio Gadea Mantilla v. Nicaragua*. La Comisión Interamericana declaró el Caso admisible el 26 de diciembre de 2018¹.

En este Caso, el peticionario denuncia la violación de su derecho de participación política, en su vertiente del sufragio pasivo, por la aceptación ilegal de una candidatura de un contrincante político, el todavía hoy presidente de Nicaragua, José Daniel Ortega Saavedra, en cuyo contexto se produjeron varias violaciones de los derechos humanos consagrados en los artículos 23 (participación política), 24 (igualdad ante la ley), 25 (protección judicial), todo esto a la luz de los arts. 1.2 y 29 a) y b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El caso se originó durante el año 2011, en vísperas de las elecciones presidenciales del 6 de noviembre del mismo año. El régimen electoral en este Estado estaba conformado por una serie de normas que comenzaban con la Constitución de Nicaragua y que se encontraba desarrollada por la Ley Electoral.

De acuerdo con el art. 147.4 de la Constitución de Nicaragua, se establece que:

No podrá ser candidato a Presidente ni Vice-Presidente de la República:

a) El que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la Presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el período siguiente, ni el que la hubiere ejercido por dos períodos presidenciales;

El señor Daniel Ortega se encontraba ejerciendo la Presidencia de la República y ya ejerció dicho cargo por dos períodos presidenciales anteriores. Por tanto, aplicando el régimen legal vigente, Daniel Ortega no podía volver a presentarse legalmente como candidato a la reelección como Presidente de Nicaragua. Con la certeza legal de que Daniel Ortega no podía presentarse como candidato, varias personas, entre ellas Fabio Gadea Mantilla, presentaron sus candidaturas para la elección presidencial. Para ello, registraron sus candidaturas ante el Consejo Supremo Electoral de Nicaragua, en plazo y en forma.

No obstante, estos candidatos observaron que también Daniel Ortega registró su

¹ El Informe de Admisibilidad de la Comisión Interamericana puede descargarse del siguiente sitio web: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/admisibilidades.asp> (sección correspondiente a 2018).

candidatura a estas mismas elecciones presidenciales. Al constatar que este registro había sido realizado en flagrante contravención con el tenor literal de la Constitución y el resto del régimen electoral en vigor en Nicaragua, los candidatos presentaron un Recurso de Impugnaciones de Candidatos a Presidente². El Consejo Supremo Electoral admitió este recurso y lo resolvió el 4 de abril de 2011³. Esta resolución rechazó la impugnación de la candidatura de Daniel Ortega, confirmando *erga omnes* su derecho de participar en las elecciones presidenciales de 2011. La resolución fue sumamente escueta, no entró a analizar las disposiciones de la Constitución de Nicaragua y aportó una única fundamentación para su decisión, que era una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua de 30 de septiembre de 2009. En esta sentencia, la Corte Suprema resolvió un recurso de amparo constitucional presentado por Daniel Ortega para reclamar sus derechos fundamentales individuales. La sentencia le daba a él el derecho de participar como candidato presidencial con independencia de lo dispuesto en el mencionado art. 147.4 de la Constitución. La Corte Suprema se basaba en el derecho individual a la participación política (aquí, aplicado a favor de Daniel Ortega) reconocido, entre otros, en el art. 23 de la Convención Americana.

La resolución de rechazo del recurso de Fabio Gadea adoptada por el Consejo Supremo Electoral no era recurrible, por lo que la víctima accedió directamente al sistema interamericano para obtener una reparación por esta violación de sus propios derechos electorales.

Como ya indicamos, esta petición individual fue admitida el 26 de diciembre de 2018 y después del intercambio de memoriales entre las partes, con detalladas indicaciones sobre los hechos y el derecho aplicable a este caso, estamos esperando el pronunciamiento sobre el fondo por parte de la Comisión Interamericana. No obstante, a la vista de la presentación por parte de Colombia de la solicitud de opinión consultiva, la Comisión Interamericana ha interrumpido la tramitación del Caso de Fabio Gadea contra Nicaragua, añadiendo aún más dolor para la víctima que tiene que esperar más tiempo para obtener justicia por las violaciones de sus derechos humanos.

² Recurso presentado el 1 de abril de 2011.

³ Resolución n° 001-04/04/11 – P.E.2011.

II. La resolución de la opinión consultiva por la Corte desvirtuaría la jurisdicción contenciosa de la Corte en el Caso individual pendiente

Según la jurisprudencia de la Corte, “el artículo 64.1 de la Convención Americana le otorga una amplia potestad para abordar la interpretación de la Convención y de otros tratados de derechos humanos que vinculen a los Estados americanos, y el 64.2 la de analizar la compatibilidad de las leyes internas de los Estados con tales instrumentos”⁴.

No obstante, la Corte ha establecido un límite a esta discreción de la que cuenta en el análisis de situaciones jurídicas de los Estados miembros, consistente en que no es procedente la opinión consultiva que desvirtúe la jurisdicción contenciosa de la Corte. Se trata de que “el propósito de su competencia consultiva no puede desviarse hacia fines distintos de la protección de los derechos y libertades salvaguardados por la Convención”⁵. En el pasado, estas situaciones fueron aquellas en que la Comisión o un Estado miembro intentaron obtener un pronunciamiento de los órganos del sistema interamericano para posteriormente no tener que pronunciarse sobre la situación individual. La resistencia de la Corte a conocer de solicitudes de opinión consultiva sobre materias que ya son objeto de un proceso contencioso también es un resultado de la economía procesal. No hay razones por las que el sistema interamericano deba soportar dos procedimientos por esencialmente la misma cuestión jurídica.

En el presente caso, la reclamación de Fabio Gadea ha avanzado hasta superar la fase de admisibilidad, que concluyó con un informe de admisibilidad de 26 de diciembre de 2018, y que fue publicado en el sitio web de la Comisión Interamericana entre febrero y marzo de 2019⁶. Poco tiempo después de conocerse este informe, Colombia presentó la solicitud de opinión consultiva formulando las mismas preguntas planteadas en la demanda de Fabio Gadea contra Nicaragua. En la fundamentación de la solicitud de opinión consultiva de Colombia, el caso de Nicaragua figura de forma prominente entre las razones que llevaron al Estado a plantear esta solicitud⁷. Además, la solicitud de Colombia coincidió con el debate acerca de un nuevo mandato presidencial de Evo Morales en Bolivia. No obstante, la situación

⁴ Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994, párr. 21.

⁵ *Ibid.*, párrs. 21 y 24. En el caso de la Opinión Consultiva OC-14/94, la Corte se fijó en que la Comisión Interamericana no le presentara una solicitud de “declaratoria de compatibilidad entre tal disposición del derecho nacional del Perú [sobre la pena de muerte] y la indicada norma de la Convención” (el art. 4 de la Convención Americana).

⁶ Vid. nota 1, *supra*.

⁷ Solicitud de Opinión Consultiva de Colombia, de octubre de 2019, párr. 25.

en Bolivia fue distinta a la de Nicaragua, puesto que en Bolivia la cuestión jurídica más prominente no fueron los abusos constitucionales cometidos por los jueces, sino la obligatoriedad o no de un referéndum como máxima expresión de la voluntad popular⁸.

III. La resolución de la opinión consultiva por la Corte constituiría un menoscabo de los derechos procesales de la víctima en el Caso individual pendiente

La Corte IDH también ha decidido que no entrará a conocer de una solicitud de opinión consultiva si esto pueda constituir un menoscabo a los derechos de las víctimas de las violaciones de derechos humanos⁹. En efecto, la Corte considera que es en el procedimiento *contencioso* donde existe un marco procesal, probatorio y de garantías procesales adecuado para discutir sobre las alegaciones de violaciones de derechos humanos de forma directa¹⁰. Además, no se puede privar a los individuos que—representados por la Comisión—participan en éste, pues en el procedimiento consultivo la función y la posición procesal de la Comisión es distinta¹¹.

En aplicación de estas reglas generales, la Corte IDH no ha admitido varias solicitudes de opinión consultiva. En particular, en la solicitud de *Opinión Consultiva sobre la Compatibilidad de un proyecto de ley con el art. 8.2.b. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, la Corte declinó su jurisdicción porque consideraba que al pronunciarse de forma anticipada sobre el fondo de una materia que era objeto de varias peticiones individuales pendientes ante la Comisión se desvirtuaría la jurisdicción contenciosa¹².

En el presente caso sobre “reelección presidencial indefinida” existe la posibilidad de que por el impulso de Colombia la Corte IDH analice la situación de la reelección presidencial indefinida sin considerar las particularidades de las situaciones en los distintos Estados y las complejidades a las que llevaría un análisis pormenorizado de cada uno de los casos. Esto se refiere tanto a las complejidades jurídicas de los Estados afectados, como a las complejidades

⁸ En Bolivia, aparte de ciertas consideraciones jurídicas erráticas del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la participación política, manifestadas en la Sentencia 0084 de 2017, se produjo un referéndum popular el 21 de febrero de 2016, en que el “No” a la reelección ganó con un total de 51,30% de los votos, mientras el “Sí” obtuvo el 48,70% de votos restantes. Véase “Evo Morales será candidato en Bolivia pese a haber perdido la consulta sobre la reelección”, diario *El País*, 6 de diciembre de 2018, disponible online en https://elpais.com/internacional/2018/12/05/colombia/1544028963_858223.html.

⁹ Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994, párr. 28.

¹⁰ Corte IDH, *Compatibilidad de un proyecto de ley con el art. 8.2.b. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-12/ 91, de 6 de diciembre de 1991, párrs. 27 y 28.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibid.*, párrs. 28-30. La Corte se refería al caso *Viviana Gallardo y otras v. Costa Rica*.

fácticas que deben tomarse en cuenta para evaluar el funcionamiento del derecho aplicable en cada Estado. Tememos que la Corte IDH pueda efectuar afirmaciones generales sobre la situación de la reelección en relación con los países que tienen este problema en la actualidad sin entrar a valorar las particularidades de cada caso. Como ya señaló la solicitud de opinión consultiva, en octubre de 2019 fueron sobre todo tres países que habían permitido el renovado acceso a las elecciones presidenciales: Bolivia, Nicaragua y Honduras.

Apenas un mes más tarde, la situación en Bolivia se resolvió por la propia dinámica interna en este país, cuando el Presidente Evo Morales renunció a su cargo antes de asumir un nuevo mandato presidencial. Por tanto, la presente solicitud de opinión consultiva no tendría ninguna aplicación práctica a ese Estado.

En Nicaragua, la reelección indefinida promovida por el ex guerrillero Daniel Ortega fue articulada jurídicamente por el presidente del Consejo Supremo Electoral de Nicaragua, Roberto Rivas, que posteriormente fue objeto de sanciones internacionales de los Estados Unidos por lavado de dinero por grandes sumas de dinero, además de investigaciones criminales de varios países de América Latina, Estados Unidos y Europa¹³. Además, en Nicaragua, la decisión sobre la reelección presidencial constituía solo un elemento más en la cadena de eventos que suprimieron toda vida democrática en el país¹⁴.

En Honduras, la situación del presidente Juan Orlando Hernández y su reelección tiene un contexto particularmente complejo, no comparable a ninguno de los otros países, hasta el punto de que incluso la oposición política del país no quiere cambiar el acuerdo de permitir al presidente volver a postularse¹⁵.

Por tanto, la opinión consultiva que solicitó Colombia corre graves riesgos de poner la cuestión de la reelección indefinida en un contexto fáctico que no pueda tomar en cuenta todos los elementos necesarios y prestar la atención suficiente a las particularidades y matices de los sistemas políticos y constitucionales de los Estados realmente afectados, que en la

¹³ Vid., entre las múltiples noticias sobre Roberto Rivas, “EE.UU. sanciona a presidente del Consejo Supremo Electoral de Nicaragua por corrupción y fraude electoral”, diario virtual *Estrategia y Negocios*, 21 de diciembre de 2017, disponible online en <https://www.estrategiaynegocios.net/lasclavesdeldia/1136919-330/eeuu-sanciona-a-presidente-del-consejo-supremo-electoral-de-nicaragua-por-corrupci%C3%B3n>.

¹⁴ Vid. “La dictadura de Ortega”, diario *El País*, 18 de diciembre de 2018, disponible online en https://elpais.com/elpais/2018/12/17/opinion/1545074120_042388.html.

¹⁵ Vid., por ejemplo, entre muchos otros, la nota de prensa “A muchos de la oposición les conviene que reelección quede indefinida, dice Tomás Zambrano”, *Proceso* (digital), 9 de marzo de 2020, disponible online en <https://proceso.hn/actualidad/7-actualidad/a-muchos-de-la-oposicion-les-conviene-que-reeleccion-quede-indefinida-dice-tomas-zambrano.html>.

actualidad es eminentemente la República de Nicaragua¹⁶. Este proceder menoscabaría los derechos de las víctimas en el caso de *Fabio Gadea v. Nicaragua*, y nos lleva a solicitar que la Corte IDH decline su jurisdicción consultiva a favor de la jurisdicción contenciosa de la Comisión y Corte Interamericanas para conocer con detalle y rigor la cuestión de la reelección indefinida del presidente, tomando como primer punto de referencia la especial situación en Nicaragua.

IV. Afectación muy específica de la solicitud de opinión consultiva al Caso individual contra Nicaragua y posibilidad de que la solicitud en realidad busque eludir el procedimiento contencioso

Existe un riesgo de que una solicitud de opinión consultiva ante la Corte IDH sea utilizada como vehículo para articular cuestiones jurídicas que las partes quieran desviar de la jurisdicción contenciosa ante la Comisión y la Corte. Algunos comentaristas han advertido de este riesgo¹⁷. Este argumento es además reforzado por la circunstancia de que actualmente en América Latina el problema de la reelección presidencial indefinida en contravención del régimen constitucional en vigor es especialmente un problema para la vida democrática en Nicaragua. En Bolivia se solucionó el problema por la propia renuncia de Evo Morales en noviembre de 2019. Por tanto, sería más apropiado que el sistema interamericano desarrollase criterios jurisprudenciales en aplicación de la disposición general del art. 23 de la Convención Americana, comenzando con el Caso 13.727, *Fabio Gadea Mantilla v. Nicaragua*, que actualmente se encuentra pendiente de resolución sobre el fondo.

¹⁶ El propio Director de la Oficina de Defensa Jurídica del Estado, Camilo Gómez Alzate, subrayó públicamente que el objetivo de la solicitud de opinión consultiva fue la denuncia de la situación en Bolivia y en Nicaragua; vid. el artículo “No es por Uribe pregunta sobre reelección indefinida: Gobierno. ¿Para qué Colombia eleva una opinión consultiva ante la Corte Interamericana de DD HH? Análisis.” *El Tiempo*, 21 de octubre de 2019, disponible online en <https://www.eltiempo.com/politica/gobierno/razones-de-la-peticion-de-gobierno-duque-sobre-reeleccion-indefinida-a-la-cidh-425248>.

¹⁷ Vid. H. Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., 2004, p. 974, donde este autor afirma que cuando la opinión consultiva coincide precisamente con un caso contencioso pendiente ante la Comisión o la Corte, “es probable que la consulta se deba a la ausencia de voluntad de las partes para someter el caso a la Corte por vía contenciosa” (*ibid.*), refiriéndose a las circunstancias en que se presentó la solicitud para la Opinión Consultiva sobre *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985.

V. Conclusiones sobre la inadmisibilidad de la presente solicitud de opinión consultiva sobre la reelección presidencial indefinida

El estudio de las circunstancias expuestas en este documento permite concluir que existen al menos las siguientes razones para declinar la jurisdicción de la Corte IDH:

- Existe un Caso individual pendiente ante la Comisión Interamericana en el que se analizarán las cuestiones objeto de la solicitud de opinión consultiva. Sería contrario a la economía procesal, tan necesaria en el sistema interamericano, para que no se produzcan dos procedimientos sobre la misma cuestión;
- Se desvirtuaría la jurisdicción consultiva de la Corte si se pronunciara sobre una situación que está siendo objeto de un Caso individual. No se podrán salvaguardar los derechos procesales de la víctima en el Caso pendiente ante la Comisión Interamericana, pues la víctima no podrá participar directamente en la solicitud de opinión consultiva;
- Ante la renuncia de Evo Morales a la Presidencia en noviembre de 2019, el principal Estado con una situación de reelección presidencial indefinida en violación del régimen constitucional es Nicaragua, y en esta circunstancia es más adecuado resolver primero el Caso 13.727, *Fabio Gadea v. Nicaragua*;
- Existe el riesgo de que la opinión consultiva busque conscientemente, o tenga como consecuencia fáctica, que el sistema interamericano no se pronuncie sobre el Caso individual, obstaculizando así el derecho fundamental de acceso a la justicia para la víctima.

A la vista de todos estos argumentos, solicitamos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declina su jurisdicción para conocer la solicitud de opinión consultiva de Colombia sobre la reelección presidencial indefinida y que pida a la Comisión que continúe el trámite del Caso 13.727, *Fabio Gadea Mantilla v. Nicaragua*.