



UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

ESCUELA DE DERECHO

CÁTEDRA DE SEMINARIO

**REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CAUSADO A LAS VÍCTIMAS DEL DELITO DE
LA TRATA DE PERSONAS BAJO EL CRITERIO DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Trabajo de Grado para optar al Título de Abogado

Línea de Investigación: Derecho Penal

Autor: Dany Andrea Leal Castro

Tutor: Abg. Jesús Gerardo Díaz

San Cristóbal, Junio 2020.

A Dios, por ser mi fiel proveedor...

A Mi Madre, por ser mi apoyo incondicional...

A Mi Abuelo, por ser mi padre y gran ejemplo de perseverancia y amor...

A Mis Hermanos Moisés y Nohemi, por ser mis fieles compañeros...

“Pero en cuanto a mí, el acercarme a Dios es el bien, he puesto en Jehová el
Señor mi esperanza, para contar todas tus obras” Salmos 73:28

Agradecimientos.

Agradezco en primer lugar, a Dios todopoderoso, creador del cielo y de la tierra, mi fiel proveedor, quién con su inmenso amor y misericordia me llenó de sabiduría durante todo este camino para poder alcanzar con éxito la meta final. Agradezco a mi Madre Dania Castro, por ser mi apoyo incondicional, mi ayuda, por cuidarme como a la niña de sus ojos y por sacrificarse, durante estos cinco años para que yo obtuviera la mejor educación, no pudiste haberlo hecho mejor Mamá. Agradezco a mi abuelo y padre Francisco Castro, quien partió a los brazos del Señor el 07 de abril del presente año, dejando un gran vacío en mi corazón, pero, infinitas ganas de luchar hasta el final porque este también era su sueño. A mi tía Virmar Grimán, por permitirme siempre contar con su apoyo incondicional, a mi tío Luis Castro abogado de la familia, a mi tía Milagros Castro quién partió a los brazos del Señor el 15 de marzo del presente año, y quién en vida siempre estaba pendiente del momento en que iba a terminar mi carrera, hoy lamento profundamente que ya no está con nosotros. A mis hermanos, eternos compañeros, gracias por su paciencia y ayuda cuando más lo necesite. Agradezco a Anabel Sayira Jaimes, por siempre permitirme contar con su apoyo, y estar siempre para mí enseñándome el camino del bien, a Iraime Pineda y José Alí Márquez Chacón, porque en ellos encontré un gran apoyo y ayuda incondicional durante estos últimos años, gracias por nunca decirme que no. A todos ustedes, ¡GRACIAS!

Constancia de aprobación del tutor

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi carácter de tutor del trabajo de grado presentado por Dany Andrea Leal Castro para optar al Título de Abogado cuyo título es: REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CAUSADO A LAS VÍCTIMAS DEL DELITO DE LA TARTA DE PERSONAS BAJO EL CRITERIO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Considero que este trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación correspondiente.

Firma

Nombres y Apellidos del tutor

C.I.

Constancia de Aprobación del Jurado

APROBACIÓN DEL JURADO.

En nuestro carácter de jurado del Trabajo de Grado presentado por Dany Andrea Leal Castro, para optar al Título de Abogado, cuyo título es REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CAUSADO A LAS VÍCTIMAS DEL DELITO DE LA TARTA DE PERSONAS BAJO EL CRITERIO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Consideró que este trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación correspondiente y en consecuencia es aprobado en nombre de la Universidad Católica del Táchira por:

María Inés Higuerey

Laura Omaña

Maite Soto

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO
CÁTEDRA DE SEMINARIO

Reparación del Daño Moral causado a las Víctimas del delito de la Trata de Personas bajo el Criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Autor: Leal, Dany

Tutor: Díaz, Gerardo

Año: 2020

RESUMEN.

La trata de personas como hecho delictivo, ocasiona en las víctimas un daño moral, que impide el libre desenvolvimiento y desarrollo de sus actividades rutinarias, pues, siendo sometidas a una situación de explotación sexual o laboral, e incluso ambas, sus derechos humanos son gravemente vulnerados. En consecuencia, se hace necesario la reparación de este daño con la finalidad de que las víctimas puedan compensar o mitigar los efectos derivados de su producción, e intentar en la medida de lo posible restituirse en la situación anterior a la que se encontraban antes de la comisión del delito. Para ello, este trabajo de investigación, realizado bajo la metodología monográfico, documental y descriptivo, se ha propuesto como objetivo general: analizar la reparación del daño moral causado a las víctimas del delito de la trata de personas bajo el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dentro de la cual, se ha concebido como formas de reparación la indemnización, la reparación compensatoria o sustitutiva, la reparación social y las medidas de satisfacción, exigiendo para ello que el daño producido sea cierto, personal de quien lo demanda y lesione un interés jurídicamente tutelado. Permitiendo el acceso a la Comisión IDH para interponer una petición cuando exista violación a los Derechos Humanos y se hayan agotado todos los mecanismos de defensa en la jurisdicción interna sin obtener ningún resultado. Se promueve además el uso del proceso restaurativo como complemento de la aplicación de la pena privativa de libertad, en donde en primer lugar, se repare el daño causado a la víctima y en segundo lugar, se aplique al delincuente la sanción prevista en la normativa penal.

Descriptores: Trata de personas, daño moral, justicia restaurativa, derechos humanos.

ÍNDICE GENERAL

Páginas Preliminares

Agradecimientos.....	iii
Aprobación del Tutor.....	iv
Aprobación del Jurado.....	v
Resumen.....	vi
Introducción.....	1
Capítulo I.....	4
Desarrollar el Delito de la Trata de Personas.....	4
Definición del Delito de la Trata de Personas.....	4
Definición de Víctima y Tratante:.....	7
Diferencias entre Tráfico Ilegal de Migrantes y Trata de Personas.....	9
Elementos del Delito de la Trata de Personas.....	11
Marco Jurídico Internacional.....	14
Modalidades del Delito de la Trata de Personas.....	23
Causas del Delito de la Trata de Personas.....	28
Consecuencias del Delito de la Trata de Personas.....	30
Derechos Humanos y su Relación con la Trata de Personas.....	34
Estándares de Derechos Humanos para el Tratamiento de la Trata de Personas.....	38
CAPÍTULO II.....	45
Criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la Reparación del Daño Moral.....	45
Antecedentes Históricos del Daño Moral.....	45
Las Vertientes Doctrinarias del Daño Moral.....	50
Definición de Daño Moral.....	59
Naturaleza Jurídica del Daño Moral.....	61
Clases de Daño Moral.....	63
Elementos Constitutivos del Daño Moral.....	67

Bienes Jurídicos Tutelados por el Daño Moral.....	71
Límites en la Reparación del Daño Moral.....	72
Daños Extrapatrimoniales.....	74
Hacia Dónde Debe Ir la Indemnización del Daño Moral:.....	74
Reparación del Daño en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	78
Formas de Reparación.....	83
Reparaciones Inmateriales.....	86
CAPÍTULO III	89
Demostrar la Importancia de la Justicia Restaurativa.	89
Definición de Justicia Restaurativa.....	89
Crisis del Modelo Retributivo:.....	91
Diferencias entre Justicia Restaurativa y Justicia Retributiva:.....	92
Utilización de Distintos Términos:.....	94
Teorías que dan Contenido a la Justicia Restaurativa.....	94
Pilares de la Justicia Restaurativa.....	97
Enfoque de la Justicia Restaurativa.....	99
Valores de la Justicia Restaurativa.....	100
Principios que Rigen la Aplicación de la Justicia Restaurativa.....	101
Mecanismos de la Justicia Restaurativa.....	103
Tipos de Sanciones en la Justicia Restaurativa.....	107
La Justicia Restaurativa como Medio Alternativo.....	109
Proceso Restaurativo.....	111
Críticas a la Justicia Restaurativa.....	114
La Pena.	120
Definición:.....	122
Fundamento:.....	123
Efectos:.....	124
Diferencia entre Pena y Reparación:.....	126
Capítulo IV	128
Conocer la Forma de Acceso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	128
Historia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos:.....	128

Instrumentos Regionales de Promoción y Protección de Derechos.....	131
Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	137
Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	137
La Comisión Interamericana de Derechos Humanos:.....	137
La Corte Interamericana de Derechos Humanos:.....	141
¿Cómo Iniciar la Tramitación de una Petición ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?.....	144
Portal del Sistema Individual de Peticiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	149
Términos y Condiciones de Uso.....	149
Manual de Uso para Peticionarios que Orienta sobre el Acceso al Portal del Sistema Individual de Peticiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	156
Sistema de Peticiones y Casos.....	161
Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano:.....	161
Guía para Presentar una Petición.....	166
Situaciones de Gravedad y Urgencia.....	171
Formulario para Presentar una Petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	173
En el Ordenamiento Jurídico Venezolano.....	175
Normas y Principios Constitucionales Violados con la Denuncia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos:.....	179
La Violación del Derecho de Petición o Amparo Internacional:.....	180
Capítulo V.....	191
Conclusiones.....	191
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	196

Introducción.

El daño moral, constituye una afectación en el área interna del ser humano, producido por diversas circunstancias, dentro de las cuales figura como una de las más importantes la comisión de un hecho punible. De esta manera, la trata de personas al ser un hecho delictivo de gran trascendencia en el momento que atraviesa la sociedad, por los altos índices de pobreza, la falta de educación y el desempleo, lleva a las víctimas a convertirse en presa fácil de los tratantes, pues estos se aprovechan de las carencias y necesidades que atormentan a las víctimas, y por medio de ofertas engañosas, como costos bajos y accesibles para entrar dentro del sistema de educación universitaria, para tener un buen empleo, o dinero sin mucho esfuerzo, las reclutan y convierten en parte de las redes de trata.

Una vez dentro de las redes de trata, las víctimas en contra de su voluntad son explotadas sexual y laboralmente, para obtener un lucro que no las beneficiará a ella, sino que enriquecerá al tratante, pues la mal llamada industria del sexo mueve una gran cantidad de millones de dólares al año. Ante esta situación las víctimas pueden sufrir de daños físicos, como enfermedades sexuales o cualquier otro tipo de enfermedad, pero también sufren de un daño emocional que tiende a ser trascendente en el tiempo, afectando la estabilidad mental de la víctima, pues ha sido sometida a altos niveles de maltrato, violencia física y sexual, inculcación de sentimientos de inferioridad, su dignidad humana ha quedado totalmente reducida como si se tratase de un objeto.

Ante esta situación se hace necesario determinar los mecanismos de reparación del daño moral en la víctima de trata, tomando en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha constituido una base fundamental en cuanto a la reparación de este daño se refiere, surgen

entonces las siguientes interrogantes: ¿Cuál es el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la reparación del daño moral causado en las víctimas del delito de la trata de personas? ¿Cómo se define el delito de la trata de personas en el Derecho Internacional? ¿Qué se entiende por daño moral? ¿Cuál es el enfoque de la justicia restaurativa? ¿Cómo es la forma de acceso que tienen las víctimas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

Para resolver las interrogantes mencionadas en el párrafo anterior, el presente trabajo de investigación se ha propuesto como objetivo principal analizar la reparación del daño moral causado a las víctimas del delito de la trata de personas bajo el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, objetivo del cual se desprende: desarrollar el delito de la trata de personas en sus aspectos más relevantes señalados por el Derecho Internacional, explicar el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la reparación del daño moral, demostrar la importancia de la justicia restaurativa en la reparación del daño causado a la víctima, y conocer la forma de acceso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos para presentar una petición por violación a los derechos humanos.

Es por ello, que a través del desarrollo de esta investigación, se dará a conocer los aspectos más relevantes del delito de la trata de personas tales como: los instrumentos jurídicos internacionales de protección a los derechos de las víctimas de trata, el reconocimiento de sus derechos humanos así como del daño moral que la comisión de este delito ocasiona, las causas que dan origen a este delito y la responsabilidad de los gobiernos en asumir su papel de garantes y protector de los derechos humanos, además se han incluido los estándares de los derechos humanos a través de los cuales pretende lograrse prevenir este delito y ofrecer a las víctimas una atención efectiva.

Con respecto al daño moral se abordan los aspectos doctrinales de su evolución, definición, características, elementos, los mecanismos de reparación del daño concebidos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos tales como la restitución, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición y rehabilitación, así como la titularidad de aquellos que pueden reclamar la reparación de este tipo de daños.

En relación con la Justicia Restaurativa, la finalidad principal de esta investigación es demostrar la importancia de enfocar el proceso llevado en contra de los tratantes a la reparación del daño causado a la víctima y luego sí aplicar al delincuente la sanción prevista en la normativa penal. Es por ello que, en el capítulo destinado al estudio de la Justicia Restaurativa, primeramente, se da a conocer la misma como un mecanismo alternativo de sanción, su enfoque en el ofensor, la víctima y la sociedad, la importancia de dar atención a los daños y necesidades de las víctimas, así como la obligación que debe asumir el responsable del delito de manera activa reparando las consecuencias desfavorables.

En cuanto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se da a conocer paso por paso el acceso a los órganos de este sistema para la interposición de una petición por violación a los Derechos Humanos, haciendo la salvedad de la limitante que posee el Estado Venezolano al no formar parte de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero sí de la Comisión Interamericana.

Capítulo I

Desarrollar el Delito de la Trata de Personas.

El delito de la trata de personas, ha existido a lo largo de la historia de la humanidad, desde siglos anteriores, las personas han sido tratadas como un objeto, explotadas y vendidas con fines de esclavitud. Hoy en día debido a la creciente corrientes de Migrantes que se vive a nivel mundial, en donde puede decirse que una parte de ellos sale por simple curiosidad interior de tener nuevas experiencias de vida, otra al contrario decide salir de su país de origen por necesidades económicas que los llevan a buscar oportunidades de empleo, y de obtener dinero en los lugares equivocados.

Así los protagonistas de la delincuencia organizada se dedican a atraer este tipo de personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, por medio del fraude y del engaño, ofreciendo una serie de ventajas que pueden resultar atractivas, oportunidades de tener el empleo soñado, educación, dinero sin tanto esfuerzo, luego como león a su presa enganchan a la víctima y la someten a la explotación, humillación, trabajo forzado, despojan a las víctimas de sus documentos de identidad, y reducen la dignidad que gobierna la vida humana al mínimo de su validez.

A través del inicio de esta investigación, pretende darse un estudio sobre los aspectos más resaltantes de este delito, su significación y trascendencia en la sociedad, la responsabilidad de los gobiernos en la prevención, la concientización de toda la sociedad en general para evitar el uso de los medios que permitan el acceso de los tratantes del control sobre la vida de las víctimas.

Definición del Delito de la Trata de Personas.

En primer lugar, corresponde conocer por medio de una lista de definiciones, lo que se entiende por el delito de la trata de personas y los

diversos elementos que estas comprenden, definiciones que han sido dadas por una serie de organizaciones a nivel mundial que se han dedicado al estudio y prevención de este delito.

Definición del Delito de la Trata de Personas Según el Protocolo de Palermo (2003)¹: El Artículo 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas que Complementa a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional también conocido como el Protocolo de PALERMO, define a la trata de personas en la siguiente forma:

Por trata de personas se entenderá la captación, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o a una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. Esa explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos...

El Protocolo de Palermo, es uno de los instrumentos internacionales más importantes surgidos en materia de trata de personas. Comprende esta definición dada por el Artículo 3 del Protocolo una serie de aspectos contenidas en ella. Puede observarse que se incluyen dentro de la misma las posibles etapas de este delito como lo sería la captación, el traslado, la acogida o recepción de personas, también comprenden algunos de los diversos medios empleados para alcanzar la finalidad de este delito, como sería el rapto, fraude, engaño y abuso de poder. Aprovechándose de una situación de vulnerabilidad en la que puede encontrarse la víctima, prometiéndole pagos o beneficios, con la única finalidad de obtener su

¹Protocolo para Reprimir, Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2003, Diciembre 25). [Transcripción en Línea]. Disponible:https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/protocoltraffickinginpersons_sp.pdf[Consulta: 2020, Febrero 19].

explotación.

Se habla en este caso de que buscará obtenerse el consentimiento de la persona a través de estos medios, se entiende que este consentimiento está basado en lograr convencer a la persona para que esta se traslade en forma voluntaria al lugar destino, o acceda al cumplimiento de las condiciones que llevarán a cabo luego su explotación. Se incluye también dentro de esta definición alguna de las modalidades de este delito como lo es la explotación sexual, trabajo forzado, esclavitud o prácticas semejantes, servidumbre y extracción de órganos.

Definición de Trata de Personas Según la Organización Internacional para las Migraciones, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2003)²: Estos tres organismos internacionales, han unificado una definición de trata de personas en tal sentido se han referido a la misma como:

...El reclutamiento, transporte, traslado o albergue, o el recibo de cualquier persona para cualquier propósito en cualquier forma, incluso el reclutamiento, traslado o albergue, o el recibo de cualquier persona bajo la amenaza o el uso de la fuerza o mediante raptó, fraude, engaño, coerción o abuso de poder para propósitos de esclavitud, trabajo forzado (incluso la servidumbre forzada o el cautiverio por deuda) y la servidumbre.

Dentro de esta definición dada por estos organismos internacionales se incluye como etapas de este delito el reclutamiento, traslado y recibo de las víctimas. Respecto a su finalidad, se habla de cualquier propósito que lleve a la obtención de algunas de las modalidades bajo las que considera se desarrolla este delito, incluyéndose a tales efectos sólo tres de ellas: esclavitud, trabajo forzado y servidumbre, siempre que se empleen como

²Elaine Pearson (2003). *Manual Derechos Humanos y Trata de Personas* [Libro en Línea]. Alianza Global Contra la Trata de Mujeres: Editorial Impresol Ediciones LTDA. Disponible: https://publications.iom.int/system/files/pdf/manual_derechos_humanos.pdf [Consulta: 2020, Febrero 22].

medios para alcanzar su finalidad el uso del fraude, coerción, engaño o abuso de poder.

Definición de Trata de Personas Según la Relatora Especial de las Naciones Unidas para la Violencia Contra la Mujer (2003)³: La Relatora Especial de las Naciones Unidas para la Violencia contra la Mujer ha definido a la trata de personas como:

El reclutamiento, transporte, compra, venta, transferencia, albergue o recibo de personas: (i) bajo la amenaza o el uso de violencia, raptó, fraude, fuerza, engaño o coerción (incluso el abuso de autoridad) o el cautiverio por deuda para propósitos de: (ii) colocar o retener a dicha persona, bien sea con paga o sin ella, en trabajos forzados o prácticas como las de la esclavitud, en una comunidad diferente a aquella en la que dicha persona vivía en el momento del acto original.

Dentro de esta definición se incluye un elemento que no se observa en las definiciones anteriores y se refiere a que el delito de la trata de personas debe efectuarse en una comunidad diferente a aquella en que vivía la víctima en el momento del acto original, es decir, al momento de realizarse la oferta que permitirá obtener el posterior consentimiento de la víctima, la misma se encuentra en un determinado lugar donde vive y realiza sus actividades normales de día a día, al momento de cometerse el delito la persona deberá estar en un lugar distinto de aquel en que se desenvolvía normalmente.

Definición de Víctima y Tratante: Es importante, comprender con claridad lo qué significa ser víctima y quién puede ser un tratante a los efectos de una mayor comprensión sobre los términos utilizados a lo largo de esta investigación. Por lo tanto, se empleará una definición de víctima y una definición de tratante.

Definición de Víctima: Según la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se entenderán por víctimas (2017)⁴:

³Elaine Pearson Manual de Derechos Humanos y Trata de Personas (2003) *Óp. Cit.* p.6.

⁴Dra. Hilda Marchiori (2017). La Trata de Personas y la Grave Vulnerabilidad de las Víctimas.

Las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida el abuso de poder.

Será por lo tanto víctima, toda aquella persona que haya sufrido una consecuencia derivada de la comisión del delito en su contra, consecuencias que pueden ser emocionales, psicológicas, físicas, que generen una violación en los derechos humanos fundamentales que son protegidos a cualquier persona. Se habla entonces de una victimización por causa de la transgresión de las leyes en los ordenamientos jurídicos internos, que debe llevar a la investigación de los hechos y castigo del responsable, como también a la víctima a obtener una reparación por el daño que se le ha causado.

Definición de Tratante: En la Revista de Criminología y Sociedad, la Dra. Hilda Marchiori (2017)⁵ se ha referido al tratante ya sea en forma individual o colectiva, a aquellas personas que participen en las diferentes fases que se llevan a cabo para la comisión de este delito, así, deberá ser considerado tratante quien reclute a las víctimas, les proporcione los medios necesarios para realizar su viaje, como la tramitación de los documentos de identidad y el aporte económico que permita sufragar todos los gastos, quien traslade a las víctimas a su lugar de destino, quien las reciba en aquel lugar, utilice la fuerza, la amenaza, el temor para obligarla a realizar trabajos forzados, en fin, deberán ser considerados tratantes todas aquellas personas que obtienen un beneficio económico con la explotación y el sufrimiento de otros.

Diferencias entre Tráfico Ilegal de Migrantes y Trata de Personas.

Es importante reconocer las diferencias que existen entre tráfico ilegal

Revista Criminología y Sociedad [Revista en Línea], 6. Disponible: <http://www.criminologiaysociedad.com.mx/wp-content/uploads/2017/12/Marchiori-Trata-de-personas.pdf> [Consulta: 2020, Febrero 19].

⁵Dra. Hilda Marchiori (2017). *Ibidem*.

de migrantes y trata de personas a los efectos de evitar confusiones para determinar si estamos ante una u otra situación, sobre todo porque con respecto al tráfico ilegal de migrantes existe un consentimiento dado por las personas cuya única finalidad es cruzar la frontera de ilegales en un país para lo cual pagan una cantidad de dinero, pero por lo general no existe una red de trata de personas en estos casos.

A tal efecto, en el Manual sobre la Investigación del delito y la Trata de Personas se diferencia entre tráfico ilegal de migrantes y tratas de personas basándose en los siguientes aspectos: consentimiento, carácter trasnacional, explotación, fuente del beneficio, acusaciones apropiadas y la intervención de un grupo delictivo. Analizándose a continuación cada una de ellas por medio de un cuadro comparativo para mejor visualización usando como referencia la información contenida en el Manual sobre la Investigación del Delito y la Trata de Personas⁶:

⁶Guía de Auto Aprendizaje, *Manual sobre la Investigación del Delito de la Trata de Personas* (2009). [Documento en Línea]. Disponible: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf [Consulta: 2020, Febrero 22].

ELEMENTO DIFERENCIADOR	TRATA DE PERSONAS	TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES
CONSENTIMIENTO	Las víctimas de este delito nunca han dado su consentimiento, y en caso de hacerlo pierde toda su validez por los medios que utilizan los tratantes.	Supone el conocimiento de quienes son objeto de él.
CARÁCTER TRASNACIONAL	No necesariamente debe suponer el paso por una frontera.	Supone facilitar el paso ilegal por la frontera hacia otro país.
EXPLOTACIÓN	Implica continua explotación de las víctimas.	El traficante y el migrante son socios, y su relación suele terminar al momento de facilitar su paso por la frontera.
FUENTE DEL BENEFICIO	Obtiene beneficios suplementarios mediante la explotación continua de la víctima.	Generan sus ingresos por derechos cobrados al transportar a las personas.
ACUSACIONES APROPIADAS	Supone la comisión de varios actos delictivos.	Por lo general, sólo incluye como hecho delictivo el paso ilegal por la frontera.
INTERVENCIÓN DE UN GRUPO DELICTIVO	En este tipo de delitos, interviene una cadena estructurada de personas que se organizan para tal fin, en diferentes puntos estratégicos.	Aunque de alguna manera pueda existir una organización de los traficantes, se refiere sólo a los medios de transporte utilizados para el paso de la frontera.

Tomando en cuenta los aspectos anteriores, no puede confundirse la trata de personas con el tráfico ilegal de migrantes, pues, aunque coincidan en algunos aspectos que dieran lugar a una posible confusión, se trata de dos situaciones en contextos diferentes y con propósitos diferentes. Pues en el tráfico ilegal de migrantes se recluta a la víctima para ejercer sobre ella una explotación y obtener un beneficio económico. En el tráfico ilegal de migrantes solamente se busca obtener un logro al transportar a una persona ilegalmente hacia la frontera de un determinado país.

Elementos del Delito de la Trata de Personas.

El delito de la trata de personas, se encuentra compuesto por una serie de elementos que actúan como indicadores que permitirán determinar cuándo se está en presencia de este delito, constituyendo un conjunto concatenado de actos que revelan a su vez la forma en cómo se lleva a cabo la comisión de este delito, que incluye por lo tanto: acto o tentativa de acto, reclutamiento, transporte dentro y fuera de las fronteras (incluidos en el Protocolo de Palermo), compraventa, recepción o albergue de una persona, coerción, engaño, trabajo forzado u obligado, todo ello efectuado en una comunidad diferente. A continuación, se presentan por separado, cada uno de estos elementos los cuales han sido desarrollados en el Manual de Derechos Humanos y Trata de Personas, escrito por Elaine Pearson (2003)⁷:

Reclutamiento: Es la primera tarea llevada a cabo por los tratantes para la comisión del delito. Así se dedican en primer lugar a buscar a sus víctimas para lo que utilizan diferentes medios como las redes sociales, ofertas de empleo, oportunidades de estudio, intercambios estudiantiles, entre otras muchas ofertas, siempre que sean atractivas y llamen la atención del tipo de personas que necesitan atraer. Si por ejemplo, lo que se desea reclutar son mujeres para una red de prostitución, el tratante realizará ofertas

⁷Elaine Pearson Manual de Derechos Humanos y Trata de Personas (2003) *Ibíd.* p.6.

atractivas para mujeres como cursos de belleza, modelaje, y así sucesivamente, si son hombres y se quieren para trabajos pesados será otro tipo de publicidad.

Acto o Tentativa de Acto: Se refiere este elemento a un aspecto muy interesante. Pues en algunas ocasiones surge la duda de si hubo la intencionalidad de cometerse en determinada persona el delito de la trata de personas, aunque no haya sido consumado. Se habla de la existencia de la intención para tal fin aun cuando por diversas razones no haya podido llevarse a cabo. Así, Elaine Pearson (2003)⁸ ha señalado que la tentativa de acto se constituye en el momento en que se encuentra presente la intención de hacer a la persona víctima de trata, constituyendo en sí el delito.

A través de un ejemplo puede distinguirse mejor este elemento, así si una persona es engañada con una oferta de empleo en otro país, y al llegar es privada de su libertad en un lugar donde será luego explotada con fines sexuales, pero logra escaparse porque por ejemplo ha quedado una puerta abierta, aunque no haya sido efectivamente explotada está intención que hubo en el tratante constituye el delito de trata de personas y debe ser sancionado como tal.

Transporte Dentro y Fuera de las Fronteras: Es un elemento indispensable en la comisión del delito de la trata de personas, pues el mismo no puede ser efectuado si las víctimas no son trasladadas a un lugar diferente del que viven. Esto es en razón de que será mayor el control y el temor infundido en la víctima cuando es llevada a un lugar que no conoce, lejos de sus familiares y de los lugares donde sabe que puede obtener ayuda, la víctima puede ser llevada a otro país, como puede ser trasladada a un lugar dentro de su país de origen.

⁸Elaine Pearson Manual de Derechos Humanos y Trata de Personas (2003) *Ibíd.* p.6.

Sin embargo, Elaine Pearson (2003)⁹ acertadamente ha considerado que no importa si la víctima es llevada dentro o fuera de su país de origen, pues el daño producido siempre será el mismo, debido a que la intención de explotar sigue en pie donde sea, así como el control y la manipulación, lejos de su familia y de cualquier apoyo.

Compra Venta, Recepción o Albergue de una Persona: Dentro de este delito debe necesariamente comprarse, recibirse o albergar a la víctima. Esto ocurre luego del traslado, cuando la víctima llega al lugar de destino, puede ser comprada como si se tratase de un objeto, o recibida y albergada en el lugar de destino. Siempre existirá dentro de este delito una persona que se encargará de recibir a la víctima para guiarla con engaños al lugar donde será explotada.

Coerción: Refiriéndose al uso de la fuerza para así obligar a la víctima a realizar las actividades de explotación que le exija el tratante, pues en la mayoría de los casos es sólo a través de la fuerza y la violencia que se obliga a las víctimas a actuar en contra de su voluntad, e incluso los tratantes recurren al uso de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas como un medio para facilitar la realización de estas actividades por parte de la víctima, sustancias que la mayoría de las veces le son suministradas sin su consentimiento o en contra de su voluntad.

Engaño: Se incluye este elemento porque sin el engaño este delito no podría ser llevado a cabo, pues si una persona sabe todo el daño que se le va a producir y el nivel de explotación en qué va a estar, que todas las propuestas no son ciertas, la persona no accedería por ningún medio a ser víctima de este delito. A tal efecto, el manual sobre la investigación del delito de la trata de personas (2009)¹⁰ señala que el engaño, es una especie de

⁹Elaine Pearson Manual de Derechos Humanos y Trata de Personas *Ibíd.p.6.*

¹⁰Manual sobre la Investigación y el Delito de la Trata de Personas (2009) *Óp. Cit. p.9.*

enganche en la víctima, para llamar así su atención. También se sirve del engaño para mantener un control constante sobre la víctima, pues frecuentemente se le miente acerca de su condición, estatus legal y migratorio, sobre el lugar donde se encuentra. Se inculca en ella un sentimiento de inferioridad y temor.

Trabajo Forzado u Obligado: El delito de la trata de personas se encuentra compuesto por diversas modalidades una de ellas es el trabajo Forzado. Considerando que el trabajo ha sido tradicionalmente concebido como una fuente de ingresos para el sustento personal y familiar, en este caso se obliga a la víctima a la prestación de un servicio que puede ir más allá de sus capacidades físicas y mentales, con poca remuneración y sin ningún tipo de garantía en cuanto a la seguridad laboral. Esto puede incluir trabajos que implican un esfuerzo físico exagerado y que puede ocasionar graves problemas en la salud.

En una Comunidad Diferente: Como último de los elementos que componen el delito de la trata de personas, se requiere que la víctima sea trasladada a una comunidad diferente del entorno en el que normalmente se desenvuelve. Esto es así, para evitar que la víctima pueda escapar o contactar a alguien conocido, en un lugar totalmente distinto es mucho más fácil ejercer el control sobre la víctima.

Explotación: Se trata pues de la finalidad a la que se ha querido llegar con la comisión de este delito. Las víctimas pueden ser explotadas sexual o laboralmente, a través de ellas los tratantes obtienen beneficios económicos para sí mismos. Dando a la víctima sólo una pequeña parte que pudiera considerarse miserable y en el peor de los casos no les proporcionan nada. Explotación también implica violencia física y psicológica para lograr que las víctimas realicen las actividades que forman parte del interés del tratante.

Marco Jurídico Internacional.

A nivel internacional, existe una serie de instrumentos que han sido un pilar fundamental para todos los países en el desarrollo de los derechos humanos fundamentales y el respeto que debe tenerse por los mismos. Todos los seres humanos poseen derechos fundamentales por el simple hecho de ser persona, son derechos que no se pueden negociar, ni relajar por ningún tipo de voluntad. Específicamente en el delito de la trata de personas existe una violación de numerosos derechos humanos fundamentales.

A continuación, se hace mención a los instrumentos internacionales más resaltantes que consagran el respeto a la dignidad del ser humano, el derecho a la salud, a la educación, la libertad, el trabajo libre y con una remuneración justa. Una serie de principios que se manifiestan en contra del delito de la trata de personas. Esto es lo que constituye la protección jurídica a nivel internacional contra el delito de la trata de personas.

Convenio Internacional Sobre los Derechos Civiles y Políticos (1966)¹¹:

Dentro de esta convención se encuentran consagrados los siguientes derechos:

- No debe existir ninguna distinción en razón del sexo (Art.2).
- Igualdad entre hombres y mujeres para disfrutar de los derechos civiles y políticos (Art.3).
- No debe darse a las personas tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art.7).
- Ninguna persona tiene por qué ser esclava ni ejercer la servidumbre hacia otra persona. (Art.8). Esas prácticas han quedado abolidas, no

¹¹Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (No. 2200). (1966, Diciembre 16). [Transcripción en Línea]. Disponible: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf[Consulta: 2020, Febrero 22]

debe permitirse que ninguna persona se sienta como un objeto.

- Derecho a la libertad y seguridad. Lo que incluye la prohibición de arrestar o detener a una persona en forma arbitraria. (Art.9)
- Libertad de movimiento. (Art.12). Pues tienen las personas la libertad de escoger el camino que desean recorrer, trasladarse hacia donde deseen con los medios escogidos por ellas mismas y sin ningún tipo de coacción.
- Igualdad ante las cortes y tribunales (Art.14) Todos los seres humanos son iguales, en consecuencia, todos deben tener los mismos derechos al momento de dirigirse a un tribunal a realizar una denuncia, la ley debe protegerlos a todos por igual (Art.26) y garantizar un real ejercicio de la tutela judicial efectiva en especial de cada una de las víctimas del delito de trata de personas.

Convención Interamericana sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988)¹²: Dentro de la cual se consagran los siguientes derechos:

- No debe existir ninguna distinción en razón del sexo, origen nacional o social. (Art.2) Como puede verse se añade a la prohibición de discriminación por razones sexual, también el hecho de que muchas personas son discriminadas por ser de un determinado país o pertenecer a un determinado grupo social, lo que genera un rechazo hacia ellos y los convierte en blanco fácil para los tratantes.
- Igualdad entre hombres y mujeres para disfrutar los derechos civiles y políticos. (Art.3)

¹²Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (1988, Noviembre 17). [Transcripción en Línea]. Disponible: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/protocolo-san-salvador-derechos-economicos-sociales-culturales.pdf> [Consulta: 2020, Febrero 22]

- Derecho a ejercer un trabajo escogido libremente bajo condiciones que protejan las libertades fundamentales de las personas. (Art.6) En algunos países la prostitución es legal, y un grupo de personas se dedica a esa actividad como medio de sustento personal y familiar, en este caso lo hacen en forma libre y voluntaria, con respeto de sus libertades fundamentales. Sin embargo, no puede obligarse a una persona a prostituirse en contra de su voluntad o a desempeñar cualquier otro tipo de trabajo forzado, o ser privada de su libertad para que no escape.
- Derecho a desempeñarse en un ambiente de trabajo con condiciones justas y favorables (Art.7)
- El matrimonio debe contar con el consentimiento de ambas partes (Art.10). Como se ha mencionado anteriormente al referirse a las modalidades de la trata de personas, el matrimonio servil constituye una de ellas, donde se utiliza la institución del matrimonio para enmascarar el maltrato y abuso que sufre la víctima. Estas personas son dadas en matrimonio sin su consentimiento y obligadas a permanecer en él bajo amenazas y el uso de la violencia.
- Derecho a un nivel de vida adecuado, que incluya vestuario, alimentación y vivienda (Art.11) derechos que en su mayoría son negados por los tratantes quienes se rehúsan a dar un nivel mínimo de vida adecuada a sus víctimas.
- Derecho a la salud física y mental (Ser.12) Como es visto, una de las consecuencias del delito de la trata de personas son los efectos persistentes de problemas de salud físicos y mentales, en donde los mentales son los que se mantienen por un tiempo mayor.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación

sobre la Mujer (1981)¹³: Dentro de esta convención, se consagran los siguientes derechos en favor y protección de la mujer:

- La obligación de los Estados de eliminar toda discriminación que provenga de cualquier persona, organización o empresa, así como también abolir las leyes, regulaciones y costumbres que contengan prácticas discriminatorias. (Art.2). Esto, en razón de la discriminación que existe hacia la mujer para la realización de determinados tipos de trabajo, se discrimina porque es mujeres, porque está embarazada o porque es posible que pueda quedar embarazada, discriminación que no puede tolerarse y menos en la sociedad de iguales en la que se ha intentado fomentar.
- Los Estados partes deberán tomar las medidas pertinentes, incluso de ser necesario dentro de su legislación con la finalidad de abolir todas las formas de trata de mujeres, junto con la explotación y prostitución de las mismas. (Art.6). Se refiere en este caso a la importancia de las medidas legislativas, como medio de protección eficaz.
- El matrimonio no cambiará automáticamente la nacionalidad. (Art.9). Aunque pareciera absurdo, es una de las formas de matrimonio forzado contraer el mismo sólo para obtener determinada nacionalidad, utilizando el matrimonio como una máscara para ocultar el maltrato que se practica a la mujer y obtener beneficios de ese vínculo.
- Derecho a la libre elección de empleo (Art.11). Elección libre y voluntaria, no elección forzada debido al contexto de necesidad en qué

¹³Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (No.105). (1981, Junio 9). [Transcripción en Línea]. Disponible: https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_sobre_todas_las_formas_de_Discriminacion_contra_la_Mujer.pdf [Consulta: 2020, Febrero 22].

pueda encontrarse la mujer, porque tiene hijos por ejemplo y no tiene otro medio para sustentarse entonces tiene que acudir a medios ilegales o riesgosos para su vida.

- Derecho al cuidado y acceso a los servicios de salud (Art.12)
- Protección de las mujeres en áreas rurales (Art.14). Porque en este caso aún hoy en día son vendidas, u obligadas a contraer matrimonio con hombres mayores.
- Igualdad ante la ley (Art.15)
- Derecho a elegir libremente al cónyuge y el establecimiento de una edad mínima para el matrimonio (Art.15). El establecimiento de la edad mínima en protección de la mujer, de su cuerpo y de su capacidad para desarrollarse.

Convención contra la Tortura y demás Tratamiento Cruel, Inhumano o Degradante (1987)¹⁴: Dentro de esta convención se encuentran consagrados los siguientes derechos:

- Incluye en primer lugar una definición de tortura según la cual será el dolor, sufrimiento físico o mental en forma de castigo para intimidar o ejercer la coerción por parte de otra persona. (Art.1).
- La no expulsión o regreso de una persona a otro Estado si existen motivos sustanciales para considerar que esta persona se encontraría en peligro de ser torturada.(Art.3). Este es un aspecto muy importante para la protección de las víctimas de trata, puesto que en muchos

¹⁴Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (No. 39/46). (1987, Junio 26). [Transcripción en Línea]. Disponible: https://cti2024.org/content/docs/UNCAT%20PCAT%20treaties_ES.pdf[Consulta: 2020, Febrero 22]

casos se ven obligadas a volver al lugar en donde han sido recluidas porque las políticas de migración del país donde se encuentran, no permiten que permanezcan más tiempo del que legalmente deberían en sus territorios.

- El derecho que tienen las presuntas víctimas de tortura a quejarse y de ser analizado su caso en tiempo oportuno y por una autoridad imparcial, los testigos y demandantes deberán ser protegidos contra toda clase de maltrato o intimidación. (Art.13)

Convención sobre los Derechos del Niño (1989)¹⁵: Esta es una convención muy especial en protección de la niñez, dentro de la cual se consagran los siguientes derechos:

- Protección contra la violencia física y mental, las lesiones, abuso, abandono, maltrato o explotación por negligencia, incluso abuso sexual. (Art.19). Deben incluirse también las sanciones correspondientes para quienes incurran en estos abusos, en contra de los niños que en sí mismos son incapaces para defenderse.
- Protección contra la explotación económica o contra la realización de cualquier trabajo que pudiera ser peligroso, que interfiera con la educación, que sea nocivo para la salud o su desarrollo. (Art.32)
- Protección contra cualquier forma de explotación y abuso sexual. (Art.34)
- Protección contra el rapto, venta o trata de niños en cualquiera de sus formas para cualquier propósito. (Art.35)

¹⁵Convención sobre los Derechos del Niño (1989, Noviembre 20). [Transcripción en Línea]. Disponible: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>[Consulta: 2020 Febrero 22].

- Protección contra cualquier forma de explotación que perjudique el bienestar del niño. (Art.36)
- Libertad de la tortura, cualquier trato o castigo cruel, inhumano o degradante. (Art.37).

Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias (1990)¹⁶: Este es un sector especialmente vulnerable a ser víctima de trata, debido a que son muchos los casos de migrantes que se encuentran en condiciones críticas, con escasez de bienes y servicios más importantes y debido a esta condición es que son atraídos por los tratantes. Dentro de esta convención se encuentran los siguientes derechos y garantías para los migrantes:

- Prohíbe la tortura, el trato cruel, inhumano o degradante. (Art.10). Muchas veces efectuado en discriminación por su condición de migrantes.
- Prohíbe la esclavitud, servidumbre, trabajo forzado u obligado. (Art.11). Significa, que no porque una persona sea migrante, o porque se encuentre indocumentada puede ser obligada a realizar trabajos forzados o inhumanos. Pues la condición de ser humano y el respeto a la dignidad no puede reducirse por ningún motivo.
- Derecho a la libertad y seguridad, protección efectiva del Estado en contra de cualquier violencia, amenaza o intimidación. (Art.16). El Estado receptor de personas migrantes debe garantizar su protección, aún si estas personas se encuentren indocumentadas, pues será responsable de los daños que sufran estas personas en su territorio.

¹⁶Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. (No.45/158). (1990, Diciembre 18). [Transcripción en Línea]. Disponible: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>[Consulta: 2020, Febrero 22]

- Imponer Sanciones efectivas contra las personas, los grupos o las entidades, que utilicen la violencia, amenaza o intimidación contra los trabajadores migrantes que se encuentran en una situación irregular. (Art.68).

Protocolo de PALERMO (2003)¹⁷: El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas que Complementa a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, es el instrumento internacional más eficaz y reciente en la materia específicas de trata de personas. Dentro de ella se encuentran los siguientes derechos:

- Define la trata de personas. (Art.3)
- Asistencia y protección para las víctimas de trata. (Art.6)
- Posibilitar el status temporal o permanente de residente en los países de destino cuando esto sea necesario.(Art.7)
- Medidas para prevenir y combatir la trata de personas y proteger a las víctimas de una nueva victimización. (Art.9)

Convenio N°29 de la OIT sobre el Trabajo Forzado (1930)¹⁸: La Organización Internacional del Trabajo también ha dedicado su tiempo en promover la abolición de todas las formas de trabajo forzado, dentro de esta convención se consagran los siguientes derechos:

- Los Estados se comprometen a suprimir la utilización forzado u obligado durante el menor tiempo posible. (Art.1). En el caso en que

¹⁷Protocolo para Reprimir, Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2003, Diciembre 25). *Óp. Cit. p.5.*

¹⁸Convenio sobre el Trabajo Forzoso (No.29). (1930). [Transcripción en Línea]. Disponible: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0:::55:P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:CON,es,C029,/Document[Consulta: 2020, Febrero 22].

exista dentro de los Estados alguna forma de trabajo que se considere forzosa y atente contra las capacidades del ser humano. De existir, por ejemplo, como suele suceder en los trabajos relacionados con la construcción, debe suprimirse o encontrarse un equilibrio.

- Contiene una definición de lo que se ha de considerar por trabajo obligatorio o forzado. (Art.2)
- Prohibición de limitar el trabajo para ciertas personas. (Art.6)

Convenio N°105 de la OIT sobre la abolición del Trabajo Forzado (1957)¹⁹:

Dentro de este convenio se consagran los siguientes derechos:

- Suprimir todas las formas de trabajo forzado como medio de discriminación racial, social, nacional o religiosa. (Art.1)
- Medidas efectivas para asegurar la abolición inmediata y total del trabajo forzado. (Art.2).

Cómo puede observarse, existe una amplia gama de instrumentos jurídicos a nivel internacional que consagran una protección especial a favor de las víctimas de trata de personas y sus derechos más importantes, en cada una de ellas se insta a los Estados en tomar las acciones pertinentes para ratificar estas convenciones en su legislación nacional y garantizar a los ciudadanos el efectivo respeto por sus derechos fundamentales y la protección de la dignidad humana, facilitar el acceso a la justicia y evitar en las víctimas el temor a realizar cualquier tipo de denuncia por miedo a las acciones que contra ella pueda tomar el Estado. El Estado debe constituirse en garante y protector, más no en represor.

¹⁹Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso. (No.105). (1957). [Transcripción en Línea]. Disponible: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C105[Consulta: 2020, Febrero 22].

Modalidades del Delito de la Trata de Personas.

El delito de la trata de personas puede desarrollarse a través de diferentes modalidades que hacen necesario su conocimiento en razón de poder determinar ante qué situación se está efectuando el delito y por qué, es importante señalar que a medida que la sociedad avanza y siguen nuevas formas de crecimiento y modernización, estas modalidades en las que se presenta este delito han ido aumentando y puede decirse que en alguna manera mejorando su estilo y forma de presentación. Dentro de estas modalidades se encuentra la explotación sexual como forma principal, el matrimonio servil, explotación laboral, tráfico y venta ilegal de órganos, esclavitud, servidumbre, pornografía y trata de personas en la red y el turismo sexual.

Explotación Sexual: Se constituye el principal medio utilizado para la comisión del delito de la trata de personas, y el que efectivamente ha producido más lucro a los tratantes, pues a nivel mundial se ha comprobado que la mal llamada "industria del sexo" es la actividad que más lucro produce a nivel mundial. Se explota por lo tanto sexualmente a personas tanto adultas como menores de edad (siendo en este caso la responsabilidad penal más grave aún). Dentro de esta modalidad las víctimas pueden ser llevadas a este tipo de explotación a través de diferentes formas como la prostitución, el turismo sexual, pornografía y matrimonio servil.

Según la Organización Panamericana de la Salud (2013)²⁰ en un estudio realizado a las víctimas de trata por explotación sexual y publicado en su hoja informativa, se ha determinado que estas padecen síntomas tanto

²⁰Organización Panamericana de la Salud, Comprender y Abordar la Violencia Contra la Mujer, Hoja Informativa (2013). *Trata de Personas* [Documento en Línea]. Disponible: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98857/WHO_RHR_12.42_spa.pdf;jsessionid=E9A82C19663A42AAE268D47DC54FC8ED?sequence=1 [Consulta: 2020, Febrero 19].

físicos como sexuales y de salud mental, sufren de altos abusos físicos y sexuales antes y durante su explotación, es decir, al momento de ser acogidas y llevadas al lugar de destino para su explotación. Se evidencia que permanecerán en el tiempo los daños producidos en este caso a la salud mental luego de la experiencia vivida.

¿Cuáles son los síntomas que pueden presentarse con mayor frecuencia debido a la explotación sexual? Pueden presentarse fatigas, cefaleas, problemas relacionados con la salud sexual y reproductiva (por ejemplo, enfermedades adquiridas por vía sexual) dolor de espalda y una considerable pérdida de peso. A continuación, se analizarán las formas a través de las cuales se produce esta modalidad de explotación:

- **Prostitución:** siendo la más frecuente, practicada a través de establecimientos ilegales destinados a esta práctica, en donde la mayoría de las mujeres se encuentran privada de libertad en estos lugares y son obligadas a prestar servicios sexuales a personas desconocidas, sin ningún tipo de. Protección a su salud, en forma excesiva, con el uso de la fuerza y el suministro de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para facilitar el control sobre la víctima.
- **Matrimonio Servil:** En este caso, las mujeres (que pueden ser mayores o menores de edad) se dan en matrimonio ya sea por el pago de una deuda o son vendidas como cualquier objeto. Con la finalidad de convertirse en esclavas para fines sexuales y de cuidados de su marido. En este caso, tal y como se ha indicado en el Manual de Investigación del Delito de la Trata de Personas²¹ el matrimonio es utilizado como una excusa para permitir los abusos y el maltrato.

²¹Manual sobre la Investigación del Delito de la Trata de Personas, (2009) *Ibíd.* p.9.

- **Pornografía y Trata de Personas en la Red:** Es notable hoy en día el avance tecnológico con el que cuenta la sociedad y el mundo entero, existe cualquier cantidad de redes sociales a las que todas las personas tienen acceso indistintamente de si se trata de niños, adolescentes (especialmente los adolescentes quienes no conciben el uso desproporcionado de las redes como algo peligroso y suelen suministrar información privada) o adultos. Lamentablemente está es una de las formas más fáciles de los tratantes acceder a las víctimas, pues es el medio mayormente utilizado para realizar sus propuestas.

Ahora bien, ¿Qué es pornografía y cuál es su relación con la trata de personas? La pornografía según la Revista *Ábaco* sobre las Nuevas Representaciones de la trata de personas en Internet (2010)²² se ha concebido a lo largo de su existencia como toda representación visual auditiva o escrita en donde se muestra a determinada persona llevando a cabo cualquier actividad siempre que sea real, pudiendo ser simulada o no. Siendo este uno de los fines que persigue el delito de la trata de personas, obtener múltiples beneficios económicos a través de la reproducción ilegal de este tipo de contenido, con el o sin el consentimiento de las víctimas.

Es muy importante señalar que existen países en donde es legal la reproducción y comercialización de este tipo de material siempre que cumpla con todas las exigencias legales y además el consentimiento de las víctimas. En el mundo de la trata de personas sus víctimas son obligadas por la fuerza a la realización de actos sexuales, que son grabados para ser reproducido en material pornográfico y difundido mayoritariamente sin el consentimiento de la víctima.

²²Patricia Tujano Ruíz, Vania Tovilla Quesada, Jessica Dorantes Segura. (2010). Transtextualidad: Nuevas Representaciones de la Trata de Personas Y Pornografía en Internet. *Revista Ábaco* [Revista en Línea], 66. Disponible: https://www.researchgate.net/publication/283033460_Nuevas_representaciones_de_la_trata_de_personas_y_pornografia_en_Internet[Consulta: 2020, Febrero 22].

- **Turismo Sexual:** Suena muy curioso este término de "turismo sexual", representa pues la explotación sexual comercial de las víctimas de trata, en donde personas de diferentes lugares y países se dirigen a los lugares en donde tienen a las víctimas por la publicidad que se hace de ese lugar, de las mujeres, de los hombres que están en ese lugar, de los actos que realizan, del precio, de las comodidades, es decir toda una promoción como destino accesible para el ejercicio impune de esta actividad por parte de nacionales o extranjeros. Esto según lo referido por el Manual sobre Investigación del Delito de la Trata de Personas (2009)²³.

Explotación Laboral: El área laboral tiene muchas demandas, si no es la mayor demanda a nivel mundial, pues es el medio de sustento que utilizan todas las personas para satisfacer y cubrir sus necesidades básicas. De acuerdo al Manual sobre Investigación del Delito de la Trata de Personas (2009)²⁴ la explotación laboral en la trata de personas se manifiesta a través de la realización de trabajos forzados. Las víctimas son atraídas a estos medios a través del ofrecimiento sobre mayores y mejores oportunidades de vida en otros países o regiones de un mismo país. Y no sólo esto, sino que también se promueve la suscripción de supuestos contratos de trabajo en donde sus participantes bajo engaños creen estar seguros de que realizarán operaciones estrictamente laborales.

Sin embargo, es al momento del reclutamiento, en el lugar de destino, que las víctimas se dan cuenta de que las condiciones ofrecidas no son reales y son sometidas a la prestación de sus servicios en forma degradante, sin ningún tipo de protección ni siquiera remuneración alguna, son amenazadas y explotadas bajo el uso de la fuerza.

²³Manual sobre la Investigación del Delito de la Trata de Personas, (2009) *Ibíd. p.9.*

²⁴Manual sobre la Investigación del Delito de la Trata de Personas, (2009) *Ibídem.*

Esto trae como consecuencia que las víctimas se encuentren expuestas a graves riesgos tales como horas excesivas de trabajo, saneamiento inadecuado, peligros químicos, daños corporales por la falta de equipos de protección, ventilación y saneamiento inadecuado, horas de trabajo prolongadas. Según lo expuesto por la Organización Panamericana de la Salud en su hoja informativa (2013)²⁵. Estos factores de riesgo llegan a provocar en las víctimas deshidratación, problemas respiratorios, agotamiento, entre muchas otras consecuencias vitales para la salud.

Tráfico y Venta Ilegal de Órganos: Las redes de trata, también se dedican a traficar y vender órganos de manera ilegal, aprovechándose de la necesidad de aquellas personas que los necesitan. Obtienen una cantidad de dinero inmensa por la dotación de órganos a quienes tienen como pagarlos. Lo más grave ante esta situación es que los órganos que trafican no son de personas que fallecieron por causas naturales, o por un accidente, sino de personas jóvenes que ellos mismos secuestran y matan para la obtención de estos órganos.

Servidumbre: La servidumbre crea un estado de dependencia o sometimiento que según lo establecido por el Manual de Investigación sobre el Delito de la Trata de Personas (2009)²⁶ lleva a la víctima a realizar cualquier tipo de actos ya sean domésticos, sexuales o con fines reproductivos a través de cualquier forma de violencia.

Causas del Delito de la Trata de Personas.

A lo largo de este capítulo se han estudiado aspectos relevantes sobre la trata de personas, luego de definir las modalidades en las que se puede presentar este delito, es necesario responder a una interrogante ¿Cuáles son

²⁵Organización Panamericana de la Salud, Comprender y Abordar la Violencia Contra la Mujer, Hoja Informativa (2013). *Trata de Personas Óp. Cit. p.24.*

²⁶Manual sobre la Investigación del Delito de la Trata de Personas, (2009) *Ibíd. p.9.*

las razones por las cuales existe una situación tan vulnerable que somete a las personas a una pérdida total de su libertad y dignidad? Existen múltiples causas, por sólo mencionar algunas: pobreza y desempleo, falta de educación, leyes y políticas de migración, corrupción de las autoridades, discriminación, en fin, muchas otras causas por las cuales las personas son llevadas a ser víctimas de este delito. Obsérvese a continuación los aspectos que comprenden cada una de ellas:

Pobreza y Desempleo: Es uno de los motivos principales en razón de la falta de condiciones adecuadas para que las personas puedan desenvolverse dentro del entorno social, hay escasas oportunidades de empleo, y las existentes no cuentan con la suficiente remuneración para el sostenimiento de una familia. Esto es muy frecuente en los sectores de la sociedad más pobres y vulnerables, especialmente aquellos que están en crisis, las personas buscan por cualquier medio salir adelante o al menos tener su propio sustento, y es precisamente para estas personas que las propuestas de los tratantes son hechas en base a sus deficiencias y necesidades.

Es muy importante considerar que existen personas que no tienen conocimiento al momento de ser contactados por los tratantes de la situación real, así como también existen otras personas que acuden voluntariamente a ellos porque buscan el “medio más fácil para subsistir”

Falta de Educación: Esta es una causal muy frecuente, que puede verse desde dos aspectos. El primero de ellos es el poco nivel educativo que poseen las víctimas, por lo que cualquier propuesta por cualquier medio resulta legítima para ellas. El segundo aspecto es el alto costo de la educación en la mayoría de los países, por lo que son muchas las personas en especial jóvenes, que no cuentan con los recursos económicos necesarios para por ejemplo costear la educación universitaria, y acuden a cualquier

medio para alcanzar esta importante meta. En especial, cuando las propuestas de los tratantes se refieren a oportunidades de estudio en bajo costo como por ejemplo a través de un intercambio.

Violencia: En algunos casos la violencia que puede ser tanto física como sexual, constituye un antecedente en las víctimas que buscan huir por cualquier medio del maltrato en el que viven, y lamentablemente son blanco fácil de las redes de trata, que a través de promesas sobre tener una “vida mejor” son engañadas y llevadas luego a la explotación. Es importante señalar que el daño moral que sufren estas víctimas es aún mayor.

Leyes y Políticas de Migración: No parece lógico pensar que las leyes y las políticas de migración de un determinado país constituyan a una persona en víctima de trata. Sin embargo, es esta una de las causas más frecuente y que ha intentado ponerse bajo control a través de los instrumentos jurídicos internacionales que consagran una protección especial a las víctimas de trata. Esta causal se refiere a la poca accesibilidad de las políticas de migración para que las personas víctimas o no de redes de trata puedan obtener al menos un estatus de residencia permanente en determinado país.

Muchas personas son víctimas de trata bajo constante explotación porque no pueden escapar debido al miedo a ser deportadas e incluso encarceladas por las autoridades de migración, ya que muchas no poseen sus documentos de identidad porque son arrebatados por los tratantes como un medio de retención. Las leyes castigan y las víctimas se mantienen en miedo y frustración.

Corrupción de las Autoridades: ¿Cómo pueden las autoridades, que han sido constituidas para la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos? Existe un solo factor para ello y es la remuneración tan alta que reciben los funcionarios, en especial las autoridades de migración y las que están presentes en las fronteras, a cambio de permitirles cruzar al país

destino, en algunos casos, como por ejemplo en Tailandia algunas mujeres víctimas de trata han sido transportadas por funcionarios de la policía uniformados, así como también se han verificado situaciones en que estas autoridades se encuentran vinculadas con la protección de burdeles y otros lugares clandestinos.

Discriminación: Presente tanto en hombres como en mujeres para desempeñar diferentes roles, lo que hace que se sientan excluidos, con sentimientos de inferioridad, incluso con autoestima tan baja que los hace pensar que su verdadero lugar en la vida es ser un medio de explotación.

Consecuencias del Delito de la Trata de Personas.

El delito de la trata de personas produce graves consecuencias para quienes han sido víctimas de él así como también para la sociedad en general, que también en forma inconsciente es víctima a diario del temor que se infunde cuando salen a la luz estos delitos. Dentro de las consecuencias más importantes se encuentran: la comisión de otros delitos, violaciones a los derechos humanos, daño emocional, temor a interponer una denuncia, así como también consecuencias que se enmarcan en el ámbito de la salud tanto física como mental. Estas consecuencias han sido desarrolladas ampliamente por el Manual de Derechos Humanos y Trata de Personas (2003)²⁷.

Comisión de Otros Delitos: Es importante hacer una mención respecto a este punto. Pues se incurre en el frecuente error de pensar que la Trata de personas incluye en sí misma un solo delito, al contrario, para la comisión del delito principal se cometen a su vez otros delitos accesorios o dependientes del delito principal. Enmarcando entonces delitos como:

- Asalto y Agresión.

²⁷Elaine Pearson Manual de Derechos Humanos y Trata de Personas (2003) *Ibid.* p.6.

- Violación.
- Tortura.
- Rapto.
- Venta de Seres humanos.
- Retención ilegal.
- Asesinatos.
- Privación de los derechos laborales.
- Fraude.

Violaciones a los Derechos Humanos por parte de los Gobiernos: Debido a que son los gobiernos quienes en la mayoría de los casos se tratan a las víctimas como delincuentes, más aún cuando no poseen sus documentos de identidad y logran escaparse, no pueden dirigirse a centros de asistencia porque corren el riesgo de ser deportadas, incluso privadas de su libertad. No se brinda la asistencia correcta y necesaria a las víctimas, sino que son recriminadas por sus actuaciones. Por lo que existe temor de acudir ante las autoridades, olvidándose estas del papel de responsables y protectores que deben ejercer ante estas situaciones. Por lo tanto, puede derivarse de aquí dos circunstancias:

En primer lugar, una responsabilidad directa: ya que las personas víctimas de trata son vulnerables al arresto, la detención y deportación. Porque estos países no están dispuestos a reconocer que se trata de víctimas de crímenes, sino que se les perciben como personas que han ingresado ilegalmente o que se encontraban trabajando ilegalmente dentro de su territorio. Las personas víctimas de trata no tienen la oportunidad de instaurar demandas, y procurar

obtener reparación por daños y perjuicios, de ser seguro regresar a sus hogares, recoger sus pertenencias o solicitar asilo.

En segundo lugar, una responsabilidad indirecta en la que incurren los Estados cuando no eliminan la discriminación en razón del género, cuando no castigan a los tratantes y cuando no atienden las necesidades y los derechos de las personas víctimas de trata que han logrado escapar.

Es decir, que el Estado puede tener una responsabilidad directa, al ser por sus propios medios fuente principal de violación a los derechos humanos de las víctimas. Es aceptable y de hecho puede ser entendido que muchas veces las personas no tienen como probar que han sido víctimas de este delito, quizá en algunos casos hayan alegado la existencia de estos hechos para salvarse de una deportación. Sin embargo, es obligación del Estado iniciar las investigaciones pertinentes a los efectos de comprobar si son ciertas o no las declaraciones presentadas.

Daño Emocional: El siguiente capítulo de esta investigación, se ha dedicado completamente al daño emocional (moral o inmaterial) y sus consecuencias en la vida de quienes han sido víctimas. ¿Cómo afecta entonces el daño emocional a las víctimas de trata? En una importante jurisprudencia proveniente de Chile, específicamente del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (2013)²⁸ ha destacado el reconocimiento que debe hacerse al daño moral producido en las víctimas de trata, de la siguiente manera citada en palabras textuales del tribunal:

Este fallo demuestra que la trata de personas es un delito que atenta directamente contra la dignidad de la persona, afectando su integridad física y psíquica al poner en riesgo su vida, como también atentar contra su libertad personal y

²⁸Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (No. 293). (2013, Noviembre 2). [Transcripción en Línea]. Disponible:<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-reparacion-del-dano-causado-a-las-victimas-de-trata-de-personas/>[Consulta: 2020, Febrero 19].

ambulatoria al retenerles sus documentos y obligarlas bajo amenazas a permanecer bajo las órdenes de los tratantes. Todos estos hechos que modifican de manera grave sus vidas, provocando un dolor, tanto para ellas como para su familia deben ser reparados. La indemnización no va a borrar el delito ni el daño que ellas sufrieron, pero les va a significar el comienzo de su reparación.

Temor a Realizar Denuncias: Este temor es muy frecuente en la mayoría de las víctimas de trata, quienes se rehúsan a interponer una denuncia en contra de los tratantes o indicar lo que saben a las autoridades por miedo. La Doctora Hilda Marchiori (2017)²⁹ ha destacado la importancia de conocer, que, dentro de la criminalidad, se encuentra una cifra negra u oculta desconocida de hechos delictivos que se producen y que no son conocidos institucionalmente, debido a que la víctima teme a realizar la denuncia del daño. Dentro de lo que podemos encontrar los siguientes motivos:

- Temor que ha sido infundido por la organización delictiva. (no credibilidad en el sistema de justicia, abuso de poder, miedo a sufrir nuevos hechos delictivos, amenaza de los delincuentes hacia la familia).
- La vivencia del delito es un acto traumatizante

Además, la víctima no quiere relatar los hechos porque para ella significa recordar la vivencia de la victimización, ¿cómo es esto posible? Porque en medio del relato la víctima puede presenciar cualquiera de las siguientes situaciones:

- La conciencia del riesgo de muerte.
- Incomprensión de la violencia sufrida, su intencionalidad.

²⁹Dra. Hilda Marchiori (2017). La Trata de Personas y la Grave Vulnerabilidad de las Víctimas. *Ibíd.p.8.*

- Esfuerzo psíquico de romper el silencio.
- Crisis emocional.
- Persistencia de la angustia, miedo y depresión.
- Sentimientos de pérdida emocional, humillación.

Por lo que la víctima prefiere guardar silencio, que revivir en su mente todas las situaciones de explotación que vivió, recordar los maltratos, la violencia, son traumas que muy pocas personas logran superar, y cuando la víctima encuentra un trauma relatar los hechos, debe primero ser asistida por ayuda psicológica para que así puede dar toda la información que se necesite, sin que ello represente para ella una situación de ansiedad, estrés y depresión.

Consecuencias en la Salud: La salud es un área vital para la existencia del ser humano, un bien preciado de la vida que comprende tanto el ámbito físico como mental, y que siendo afectado gravemente puede llevar a la muerte. Es evidente entonces, que el sometimiento de una persona a las diversas modalidades desarrolladas por las redes de trata, puede afectar gravemente su salud, en un modo más sencillo explicado por la Organización Panamericana de la Salud (2013)³⁰ podría decirse que afecta de la siguiente manera:

- En primer lugar, la salud mental se ve afectada gravemente, es el área que sufre más daño y cuyos efectos por lo general son persistentes. Dentro de las consecuencias psicológicas figuran depresión, trastorno por estrés post traumático, y otros trastornos de ansiedad, ideas suicidas; dolor discapacitante o disfunción física.

³⁰Organización Panamericana de la Salud, Comprender y Abordar la Violencia Contra la Mujer, Hoja Informativa (2013). *Trata de Personas p.24.*

- En segundo lugar, el uso forzado u obligado de drogas y alcohol, puede ocasionar daños a diferentes órganos del cuerpo que se ven afectados gravemente por el consumo de estas sustancias.

Derechos Humanos y su Relación con la Trata de Personas.

Tal y como se ha mencionado a lo largo de este capítulo, es indiscutible que los derechos humanos juegan un papel fundamental en la vida del ser humano para su protección en todas las áreas. Es importante conocer, cómo se relacionan los derechos humanos con las redes de trata, evidenciar las violaciones a los mismos que se producen en este delito, determinar la responsabilidad de los Estados en la protección de los derechos humanos.

Reconocimiento de los Derechos Humanos de las Víctimas: El punto vital de los derechos humanos es el reconocimiento de que existen, y de que deben ser protegidos y respetados por todos los medios de defensa posibles. Pues no tendrían ningún sentido hablar de derechos humanos, de enfocar su protección y respeto si no se reconoce que los mismos existen y más aún las víctimas de las redes de trata son seres humanos, por lo tanto, ellas también gozan de los derechos humanos los cuales son irrenunciables.

Ahora bien, ¿de cuáles derechos humanos debe existir un reconocimiento, en especial cuando las personas son víctimas de trata? Se refiere a los derechos humanos consagrados y protegidos por los instrumentos jurídicos a nivel internacional como la libertad de elección sobre la forma de trabajo, derecho a la vida, salud, educación, condiciones de vida adecuadas, prohibición de cualquier forma de esclavitud o servidumbre, protección a los derechos de los migrantes y de sus familias, abolición del trabajo forzado, asistencia y protección a las víctimas.

Formas de Violación a los Derechos Humanos: Según Elaine Pearson

(2003)³¹ Los derechos de las personas víctimas de trata pueden ser violados de tres formas:

- Por los gobiernos; al permitir o fomentar prácticas discriminatorias en contra de grupos determinados, como mujeres, migrantes, personas con discapacidades, impidiendo así el desarrollo y libre desenvolvimiento de la personalidad.
- Por los tratantes; quienes constituyen el principal medio de violación a los derechos humanos fundamentales pues son ellos quienes perpetran la comisión del delito en las víctimas.
- Por la omisión en los gobiernos; pero ¿omisión en qué sentido? Cuando omiten en la mayoría de los casos juzgar y procesar a los tratantes, y también cuando no reconocen la protección que ameritan los derechos de las personas víctimas de trata posterior a la comisión del delito.

Responsabilidad y Compromiso del Estado: Es una obligación del Estado y constituye su responsabilidad garantizar la protección y promoción de los derechos humanos. El sentido de esta responsabilidad se dirige en dirección a los actos realizados por sus propios funcionarios tales como oficiales de inmigración, policías de las áreas fronterizas. Así mismo, Elaine Pearson (2003)³² Básicamente ha señalado en su Manual que esta responsabilidad se basa en cuatro aspectos: respetar, proteger, asegurar y promover. Obsérvese a continuación:

Respetar: El respeto es un valor muy importante que abarca todos los ámbitos de convivencia posible en una sociedad, incluyendo como aspecto fundamental el respeto que debe existir por los derechos humanos ¿cómo

³¹Elaine Pearson (2003) Manual de Derechos Humanos y Trata de Personas *Ibíd.* p.6.

³²Elaine Pearson (2003) Manual de Derechos Humanos y Trata de Personas *Ibíd.* p.6.

puede el Estado respetar? Absteniéndose y emprendiendo. Abstenerse de ejecutar cualquier acción que se constituya en una violación contra los derechos humanos, por ejemplo, a través de la administración de sus actividades como Nación, es decir, limitando a sólo grupo de personas el acceso al país por las vías legales. Y emprendiendo a su vez métodos que permitan apoyar la protección a los derechos humanos por ejemplo a través de una ley especial que permita el estatus de residencia permanente a los migrantes, sancione las redes de trata, acciones de investigación para dismantelar estas redes, entre otras.

Asegurar y Proteger: De esta forma, los gobiernos deben procurar que bajo ninguna circunstancia las leyes y sus mecanismos de protección permitan que sus ciudadanos atenten contra los derechos de las demás personas. Debe fomentarse y asegurarse que cada ciudadano entenderá el respeto que conciben los derechos humanos fundamentales, entender que cada derecho que poseen empieza donde termina el derecho de los demás. Además, este aspecto se constituye no sólo en los ciudadanos sino también en los funcionarios del país, el Estado debe evitar la impunidad, castigar a cualquier responsable no importa si desempeña un alto cargo, si atenta contra los derechos humanos fundamentales de sus connacionales debe ser sancionado.

Promover: La promoción es un aspecto muy importante en la acción gubernamental de un país, por medio de ella, los ciudadanos conocen estrategias, leyes, medidas a aplicar para determinadas situaciones. La promoción entonces, debe ser utilizada como un mecanismo para que todos los ciudadanos conozcan sus derechos, sus garantías, todas las formas de acceso a la jurisdicción, nutrir de toda la información esencial para que quien sea víctima de un delito no sienta temor de interponer una denuncia, los Estados deben garantizar que el acceso a la justicia se produce en forma eficiente, sin dilaciones ni impunidades.

Además, debe proveerse toda la información referente a las redes de trata, para evitar victimizaciones, orientar sobre los riesgos de tomar empleos que no cuentan con los medios legales para su promoción y acceso, así como también orientar sobre el uso correcto de las redes sociales.

Estándares de Derechos Humanos para el Tratamiento de la Trata de Personas.

Los estándares de Derechos Humanos, se encuentran relacionados con el punto de partida que debe tomarse en cuenta para la prevención de la trata de personas, se trata de una serie de Derechos Humanos que, respetados y garantizados pueden constituirse en un pilar fundamental para la prevención de la trata de personas y a su vez evitar las consecuencias desgarradoras que este delito ocasiona en la vida de las personas, y en la sociedad en general. Estos estándares se encuentran constituidos por una serie de derechos que pudieran en un principio parecer no importantes, no obstante, son los derechos más importantes de los que una persona víctima de trata tiene que gozar.

Ahora bien, ¿Cuáles son esos derechos? No discriminación, seguridad y trato justo, acceso a la justicia, indemnización, estatus de residente, salud y otros servicios, repatriación y reintegración, los cuales han sido desarrollados ampliamente en el Manual sobre Derechos Humanos y Trata de Personas(2003)³³.

Principio de No Discriminación: Ya en puntos anteriores a esta categoría se ha referido sobre la importancia que constituye la no discriminación en la buena marcha y seguridad de una sociedad, ahora corresponde profundizar un poco más en relación a qué constituye el principio de No Discriminación, para ello deben tomarse en cuenta los

³³Elaine Pearson (2003) Manual de Derechos Humanos y Trata de Personas *Ibid.* p.6.

siguientes aspectos:

1. En protección de las víctimas de las redes de trata, debe garantizarse que las mismas no sufrirán ningún tipo de discriminación proveniente principalmente de la legislación, medio más utilizado para que las víctimas se sientan asechadas. Así como también de cualquier práctica que fomentada por el Estado pudiera dar lugar a discriminación por razones de raza, sexo, idioma; e incluso se incluyen las prácticas culturales. Resulta muy importante dentro de este aspecto que las personas víctimas de trata, así como quienes han trabajado (voluntaria o forzosamente) en centros relacionados con actividades sexuales, no se sientan rechazados por la sociedad.
2. Los Estados tienen que ser más flexibles con respecto a las medidas que tomen en el área migratoria, porque esto es un impulso vital para la prevención de este delito. Permittedose que sin obstáculos pueda circularse libremente ningún, otorgándose por ejemplo el estatus de residente, o algún tipo de permiso que permita la estadía legal en determinado país, especialmente para las personas víctimas de trata que han sido despojadas de sus documentos de identidad.

Seguridad y Trato Justo: Ofrecer seguridad a las víctimas incluyendo la certeza sobre el sistema de administración de justicia además de un trato justo e igualitario apegado a la ley sin distinción de ningún tipo, facilita que las víctimas accedan a interponer denuncias, proporcionar información, incluso que se sientan seguras de sí mismas, con la confianza que se necesita para desenvolverse con normalidad en todos los ámbitos de su vida. La necesidad de seguridad y trato justo envuelve los siguientes aspectos:

1. Si la víctima se encuentra en un país distinto a su país de origen, debe procurarse que esta pueda acceder al punto más cercano a su país natal, esto es a cualquier organismo de representación del gobierno de

su país que exista en el país en que se encuentra, lo que se materializa en el consulado o la representación diplomática más directa que pueda existir. Incluso a cualquier tipo de organización que se encargue de dar protección y asesoramiento a las víctimas y siempre que sea posible poner en contacto con sus familiares.

2. Debe brindarse especial protección a las víctimas, a sus familiares (cuando sea procedente) y a los testigos que existan, cuando se sigue un procedimiento judicial en contra de los tratantes. Esto es para evitar cualquier tipo de intimidación, represalias o amenazas que puedan ser tomadas en contra de las víctimas, esta protección debe incluir de ser necesario cambio de identidad, seguridad al momento de practicar cualquier detención o arresto, así como también la notificación principal a la víctima del delito cuando quien o quienes hayan participado en su comisión sean puestos en libertad.
3. Informar a las víctimas y a su vez brindar protección y asistencia sobre el conocimiento de sus derechos y las posibilidades que existan para exigir la indemnización por el daño correspondiente, así como también la orientación necesaria para que esta pueda determinar cuáles son los medios disponibles que permitirán facilitar su recuperación por ser víctima de este delito.
4. Garantizar la no detención de las víctimas en prisión o cualquier centro de reclusión por delitos relacionados con el área migratoria, porque no tienen sus documentos de identidad, o porque su pasaporte por ejemplo se encuentra vencido o sin los sellos correspondientes, lo que para las autoridades permite determinar que esta persona ha entrado en forma ilegal al país. Sin embargo, el Estado es responsable de iniciar una investigación para determinar la veracidad de los hechos que son relatados por las víctimas y procurar que bajo ninguna

circunstancia, esta permanezca bajo arresto mientras se lleva a cabo el procedimiento judicial en contra de los tratantes.

5. Deben protegerse los derechos a la intimidad, a la vida privada y la reputación de las víctimas, a través de la prohibición de divulgar cualquier información que se encuentre relacionada con su historial personal como víctima de trata.
6. Siempre que sea posible, el Estado debe promover la creación de organismos especiales dedicados a atender exclusivamente a las víctimas de trata tomando en cuenta las circunstancias de cada caso en particular, que faciliten la comprensión y brinden la ayuda necesaria a la víctima. Situación que no tiene el mismo nivel de eficacia cuando se siguen este procedimiento ante los tribunales ordinarios, debido a que llevan todas las causas indistintamente de donde provengan.

Acceso a la Justicia: Como medio de facilitar que las víctimas de redes de trata puedan interponer sus denuncias, sin importar su condición de legalidad en el país donde se encuentre o por el trabajo que desempeñe, debe garantizarse la igualdad ante la ley para todas las personas, su asistencia y representación mientras se lleva a cabo todo el procedimiento judicial. Si la víctima no cuenta con los recursos económicos suficientes que permitan costear los gastos del procedimiento, el Estado está en la obligación de proporcionarle una defensa pública y el acceso gratuito a la defensa de todos sus intereses lesionados.

Debe reconocerse, además, que no es la trata de personas el único delito cometido por los tratantes, por lo tanto, estos deben ser sancionados por la comisión de otros delitos como agresión, violación, tráfico de drogas, secuestro, entre otros. También debe evitarse que, en medio de los procedimientos judiciales, los derechos de las víctimas se vean vulnerados o en parte sacrificados, por el contrario, la vida privada, el honor, la intimidad y

reputación deben ser protegidos en todo momento, también el historial de vida de la víctima debe ser protegido, evitando cualquier tipo de discriminación por sus antecedentes. Si una persona ejerce la prostitución voluntariamente y en alguna ocasión es víctima de este delito, no por ello es menos persona.

Aun cuando la víctima sea acusada dentro del procedimiento penal, debe permitírsele que alegue en su favor toda la violencia y el maltrato que haya sufrido, lo que llevo a la comisión del delito que se le imputa.

Indemnización: Todas las personas víctimas de trata, tienen derecho a una indemnización que les permita obtener una restitución por el daño ocasionado, el libre desenvolvimiento de su vida y personalidad. Esta indemnización puede variar dependiendo del daño ocasionado, si se produjo un daño al patrimonio, debe procurarse la restitución del bien o los bienes que hayan sido afectados, en cambio, si el daño fue emocional, aunque se reconozca que no puede devolverse a la víctima a la situación anterior a la que se encontraba, debe procurarse en la medida de lo posible la compensación por otros medios del daño sufrido. Es importante considerar sobre la indemnización los siguientes aspectos:

1. Siempre que sea posible, debe embargarse el patrimonio de los tratantes para el pago de las indemnizaciones correspondientes.
2. Las autoridades deben poner en conocimiento de la víctima toda la información necesaria, así como los medios de acceso para reclamar su indemnización.

Estatus de Residente: Es importante considerar los siguientes aspectos sobre la importancia de otorgar el estatus de residente a las víctimas:

1. Dar a la víctima un permiso de residencia en el país al menos por un tiempo de seis meses que incluya un permiso para trabajar y poder cubrir sus propios gastos, evitando así ser una carga absoluta para el Estado. Con ello, quiere evitarse la expulsión inmediata o deportación, dando tiempo a la víctima para que pueda recuperarse. Tiene que tomarse en cuenta que la persona puede no querer regresar a su país de origen por temor a ser perseguida, o a ser torturada nuevamente, incluso muchas de ellas son amenazadas.
2. En la medida de lo posible y tomando en cuenta cada situación en particular debe procurarse dar un trato igualitario para la obtención de residencias permanentes a las víctimas de trata.

Salud y otros Servicios: Se incluyen dentro de esta área los siguientes aspectos a considerar:

1. Se debe apoyar la colaboración entre organismos dedicados a la protección y asistencia de la sociedad en general, informándose de las circunstancias en que se encuentran las víctimas de trata para que puedan ser atendidas conforme a sus capacidades.
2. Brindar a las víctimas de trata en forma igualitaria, sin discriminación alguna, cuidados médicos y psicológicos, que sean accesibles conforme a sus capacidades.
3. Realizar con carácter estrictamente confidencial entre la víctima y el centro de salud, exámenes de VIH y de cualquier otro tipo de enfermedades sexuales, en forma rutinaria y como medida de prevención y protección.
4. Debe proporcionarse a las víctimas de trata que se encuentren residiendo en forma temporal alojamiento en forma segura, acceso a

los servicios sanitarios y sociales brindados por el Estado mediante programas y planes de acción, asesoramiento, apoyo financiero mediante oportunidades de empleo y educación.

Repatriación y Repatriación: Este constituye uno de los mecanismos de protección más importantes para la víctima, pues por sus propios medios no puede regresar a su lugar de origen con su familia, y de intentarlo pueden ser recluidas nuevamente por los tratantes, esto en cuanto a la repatriación se refiere. En lo que respecta a la reintegración se debe garantizar que la víctima pueda ser reintegrada a la sociedad sin ninguna dificultad. En este sentido los aspectos a considerar son los siguientes:

1. Se requiere la facilitación a las víctimas de los recursos económicos que sean necesarios para regresar a su país de origen, así como la expedición de documentos de identidad, necesarios para identificarse en las fronteras de regreso a casa.
2. Deben ponerse en marcha programas de apoyo que den a la víctima asistencia en cuanto a los problemas que ha debido de enfrentar, o a los posibles que se enfrentará al regresar a su lugar de origen, esto con la finalidad de lograr una reintegración en la sociedad de manera más fácil, luego de que la víctima se haya recuperado en su totalidad. Esta asistencia es vital, para evitar el rechazo de la víctima ante sus familiares, amigos y la comunidad en la que se desenvuelve.

CAPÍTULO II

Criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la Reparación del Daño Moral.

El daño moral, juega un papel importante en cuanto a indemnización por un daño ocasionado se refiere. Aun cuando a lo largo de la historia ha tenido diferentes conceptualizaciones, desde el inicio de la humanidad no puede hablarse del reconocimiento de este daño, debido a que aun existiendo tenía más peso el daño material que podía causarse a un individuo, puesto que era lo que todos podían ver, sin embargo, fue al pasar de los años que el aspecto moral e interno de la persona fue tomado en cuenta para ser objeto de una reparación cuando se producía un daño, ya que más que afectar caracteres externos o materiales, se concentraba en los aspectos internos del ser humano, causando dolor y sufrimiento, al no poder la víctima recuperarse por mayor esfuerzo que hiciera en la situación anterior a la que se encontraba antes de la producción de ese daño.

Es por ello que resulta de gran importancia ir de forma escalonada, conociendo la evolución histórica que ha tenido el daño moral a lo largo de la historia de la humanidad a través de sus antecedentes históricos:

Antecedentes Históricos del Daño Moral.

Desde el inicio de la humanidad se observan indicios donde empezaba a caracterizarse la responsabilidad de los seres humanos por los daños que ocasionaban, así Abarca (citado en Brito González, 2013)³⁴ habla de la

³⁴ Brito González, M. S. (2013). *El Daño Moral y los Criterios para la Determinación de su Indemnización* [Resumen en Línea]. Trabajo de grado para la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador, Universidad del AZULAY. Disponible: <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/3186/1/09960.pdf> [Consulta: 2020, Marzo 02].

comunidad primitiva y el sistema de la venganza privada que fue implementado por esta comunidad, de allí que todo aquel que produjera un daño u ofensa a otra persona, este lo realizaba no sólo en contra del ofendido, sino también a todo su grupo familiar, por lo que era obligación del ofendido y su familia castigar al culpable y como la responsabilidad se extendía, a su familia también.

Sin embargo, no puede hablarse dentro de esta comunidad de la existencia de una responsabilidad e indemnización como tal, porque se extiende a todo un grupo familiar, sin tomar en consideración la individualidad por la que se caracteriza la determinación de la responsabilidad; claro está que no era posible entender la importancia de esa determinación ya que el contexto de ese momento sin ningún tipo de avances y conocimientos no estaba dado para ello.

El primer cuerpo normativo que logró ser registrado en la historia se conoce como el **Código de Hammurabi**, en él, se hizo referencia a lo que podía entenderse como un tipo de compensación consistente en el deber de restituir por daño o robo causado hasta treinta veces la cosa que ha sido objeto de perjuicio, a su vez, estableciendo que si el agresor no disponía de los medios y el alcance para la indemnización, entonces sería condenado a muerte y el Estado es quién debía hacerse responsable por esa indemnización. Esta posición del Código de Hammurabi fue vista por Rabinovich Ricardo en su obra "Historia del Derecho" (citado por Brito González, 2013)³⁵

A simple vista ha de entenderse que no puede condenarse al pago por concepto de indemnización treinta (30) veces el valor de la cosa que ha sido afectada o del daño que se ha causado (al menos es lo que se desprende de la interpretación de lo señalado por el Código de Hammurabi) sin realizarse

³⁵Rabinovich Ricardo *apud* Brito González, *Óp. Cit.* p.46.

un procedimiento previo que permita valorar la cuantía de ese daño y más aún, establecer la pena de muerte por no contar con los medios para indemnizar no parece la mejor solución, pues la idea principal de una indemnización no es que luego el Estado tenga que cubrir ese tipo de gastos. Sin embargo, considerando nuevamente el contexto histórico de esta época, sin duda alguna se está en presencia de un gran avance, pues se ha añadido la responsabilidad individual y el límite para la indemnización.

Brito González (2013)³⁶ en el análisis que realiza en su obra tomando en cuenta los antecedentes históricos del daño moral, destaca el **Código de Manu** como el punto de partida de la regulación moral, ya que dentro de él se encontraba una variedad de normas relacionadas con la ética y dentro de las cuales se puede apreciar una indemnización por causa de daños que afecten el honor de las personas, castigando con penas pecuniarias e incluso la muerte.

En este caso, se demuestra un avance sobre la consideración del daño moral, pues empieza a ser relacionado con los daños producidos a una persona y dentro del cual se pueda ver afectado su honor, considerando que el honor era un aspecto que gozaba de mucha protección en esa época, además se empieza a entender que la única vía que puede permitir una compensación por el daño ocasionado (en este caso al honor) es la vía pecuniaria, puesto que sólo puede mitigarse el daño causado, más no puede restituirse a la situación anterior en la que se encontraba.

En el Antiguo y Posterior Derecho Romano varía la concepción de daño dependiendo de la época en que se desee ubicar. Así Ortolan (Citado en Brito González, 2013)³⁷ señala que en el **Antiguo Derecho Romanola** concepción de daño que se tenía para el momento sólo hacía referencia al daño material

³⁶ Brito González (2013) *Ibíd.* p.46.

³⁷ Ortolan *apud* Brito González, *Ibíd.*

derivado de cualquier conducta ilícita que ocasionara un daño afectando así el patrimonio de una persona. Por lo tanto, puede entenderse que en esta época lo más importante era el patrimonio que gozaba de una protección y regulación especial.

Sin embargo, con la **evolución del Derecho Romano** Nace un elemento vital, de trascendencia única en materia de daño moral, como lo es el concepto de injuria, así Ortolan (*Óp. Cit.*) Se refiere a la injuria en esta época como una ofensa que al ser una expresión de desprecio hacia los demás afecta el área espiritual del ser humano. Es realmente entonces, en la evolución del Derecho Romano que se manifiesta un nuevo avance en la concepción del daño moral, pues se añade la injuria y se reconoce que una ofensa producida a ella puede afectar derechos importantes como el respeto a la dignidad, la vida privada, la intimidad, el honor y reputación.

Posterior a ello, en la **Ley de las XII tablas** Brito González (2013)³⁸ demuestra la permanencia del concepto de injuria pero con una ampliación al mismo pues ya se concebían como todo atentado físico que se realizaba en contra de las personas de cualquier manera, sea que fuesen golpes o heridas sin embargo, añade, que no existía una distinción que pudiese determinar la intención de causar o no un agravio, fue después de los cambios sociales y económicos que surgieron en esta época que la injuria se expandió también al campo de la honra, la propiedad privada y la difamación. Otorgándoseles en la ley de las XII tablas una importante clasificación en injurias graves y leves.

Denotándose aquí que ya estaba empezando a existir un parámetro para la valoración del daño ocasionado, pues dependiendo del daño que se producía la injuria podía ser grave o leve, y esto resulta ser de vital importancia, ya que se entendía que no todas las ofensas podían ser

³⁸ Brito González (2013) *Ibíd.* p.46.

valoradas de la misma manera, pues existían algunas que no producían daños graves, entonces podían ser reparadas de una forma menos gravosa, mientras que existían otras que pudieran ocasionar daños irreparables y por lo tanto elevar el monto de su indemnización. Además, el campo del daño moral empezaba a extenderse en situaciones no vista antes, como en caso de daños producidos a la propiedad privada y a su vez a delitos como la difamación.

Sin embargo, fue en la **Edad Media** donde Rabinovich (Citado en Brito González, 2013)³⁹ Considera que el daño moral adquirió más fuerza en la conocida obra de las siete (7) partidas cuya autoría se atribuye al Rey Español Alfonso X donde se incorpora dentro de las categorías comprendientes del daño moral las lesiones producidas no sólo a los derechos patrimoniales sino también a los derechos extrapatrimoniales y a su vez, regula una indemnización pecuniaria. Por lo tanto, es a partir de esta época que los derechos extrapatrimoniales se incluyen como tales dentro del daño moral, reconociéndose la existencia de los aspectos internos del ser humanos que pueden verse afectado por hechos que, aunque tienen su punto de concentración en la parte externa del patrimonio, afectan sin duda alguna la parte interna del hombre, cuyo resarcimiento es posible sólo a través de la vía pecuniaria.

En el último escalón de esta evolución histórica, Brito González (2013)⁴⁰ enmarca un acontecimiento dentro del cual se dio a conocer la importancia de los valores morales y espirituales a tal grado, de demostrar que ambos forman parte imprescindible del desarrollo político, social y cultural de cualquier sociedad e inclusive para la organización de la misma, es por ello que a través de la **Revolución Francesa** se les otorga protección constitucional a esos valores. Protección que resultó necesaria a los fines de

³⁹Rabinovich *apud* Brito González *Ibíd.* p.46.

⁴⁰Brito González (2013) *Ibíd.*

encontrar efectivamente consagrado en un cuerpo normativo vigente, y actualizado toda la gama de derechos que comprende el ámbito extrapatrimonial de una persona y que será objeto de estudio a lo largo de esta investigación.

Resulta también imprescindible incluir dentro de la evolución histórica que ha tenido el daño moral la discusión doctrinaria que ha habido entorno a lo que debe considerarse como daño moral, los derechos que esté incluye y la forma de reclamarse su indemnización, que varía dependiendo del sector de la doctrina que se tome, discusión que se muestra a través de las denominadas Vertientes Doctrinarias del Daño Moral dentro de las cuales se encuentran: la concepción de patrimonio y reparación dineraria, la división de los derechos, la clasificación de los derechos de la personalidad, la concepción que indemniza las consecuencias ilícitas junto con la inestimabilidad pecuniaria de los bienes no patrimoniales, el daño visto desde los tangible de las cosas, el daño a partir del interés legítimamente protegido y el contenido valuable o no en dinero del derecho lesionado, y por último la doctrina de la corriente.

Las Vertientes Doctrinarias del Daño Moral.

La Concepción de Patrimonio y Reparación Dineraria: En su estudio de las vertientes doctrinarias del daño moral para la Revista Boliviana de Derecho, Rueda Fonseca (2007)⁴¹, señala que durante el siglo XIX empieza a surgir lo que se conocería como el patrimonio del individuo y aún como es conocido actualmente, se encontraría formado por todos los bienes de contenido económico que posee una persona, es decir, sus activos y pasivos, siendo este el punto de partida para el nacimiento del derecho a la reparación

⁴¹Rueda Fonseca, M. (2007). Las Vertientes Doctrinarias del Daño Moral o Pretium Doloris. *Revista Boliviana de Derecho* [Revista en Línea], 4. Disponible:<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539904003>[Consulta: 2020, Febrero 27].

de cualquier daño en forma pecuniaria, sin embargo esta reparación podía ser efectuada solamente si se causaba en los bienes materiales, excluyéndose la indemnización los daños extrapatrimoniales o morales, por considerarse inmoral reclamar, y aceptar dinero a cambio de este tipo de daños.

Sin embargo, esto fue sólo en un inicio porque posteriormente se superó el hecho de considerar inmoral la reparación de daños morales o extrapatrimoniales (concebidos así) y se dividió la reparación del daño en: daños patrimoniales y extrapatrimoniales o morales.

Así mismo, esta concepción reconoce abiertamente el elemento pecuniario del que goza el patrimonio de todas las personas, sin embargo, no se reconoce como tal la existencia de los derechos personales, únicamente se encuadra su resarcimiento cuando se afecten derechos de contenido patrimonial, esto en opinión de Rueda Fonseca (2007)⁴².

Por ende, puede apreciarse que esta parte doctrinal fue utilizada por algunos autores que partiendo de su punto de vista pero con origen patrimonial y dinerario tomaron su propia concepción del daño moral, así por ejemplo Mazeaud y Tunc (Citado en Rueda Fonseca, 2007)⁴³ clasificaron el daño moral según que este afectara la parte social del patrimonio moral, es decir, todo el contenido material; y aquel que menoscaba la parte afectiva del patrimonio moral, por ejemplo el dolor que puede experimentarse ante la pérdida de un ser querido. Von Thur (Citado en Rueda Fonseca, 2007)⁴⁴ por su parte toma en cuenta diversos factores de los cuales considera que el daño moral no es reparable, lo único que procedería en este caso sería una compensación o satisfacción mediante otros medios que no siempre van a incluir el dinero, por lo tanto, centra la clasificación del daño en forma

⁴²Rueda Fonseca (2007) *Ibíd.* p.51.

⁴³Mazeaud y Tunc *apud* Rueda Fonseca *Ibíd.*

⁴⁴Von Thur *apud* Rueda Fonseca *Ibíd.*

generalizada al daño patrimonial.

Haciendo énfasis en esta concepción, puede observarse que centra toda su atención en los aspectos materiales que componen el patrimonio de una persona, por ser el eje principal de producción de todo tipo de daños, y de cuya consecuencia se desprende el daño moral. Para aclarar un poco el panorama podría tomarse en cuenta el siguiente ejemplo: en un accidente de tránsito producido en contra de un vehículo que estaba estacionado frente a una plaza y dentro del cual había una persona, sucede un choque provocado por otro vehículo que venía en alta velocidad, produciendo un fuerte impacto y ocasionando heridas graves en la columna de la persona que se encontraba dentro del vehículo principal afectado.

Como consecuencia de ello, esta persona tiene una fractura en su columna que le impedirá de por vida volver a caminar y junto a esto no tendrá muchas posibilidades para seguir con la vida que llevaba anterior a este accidente. Aquí hay dos consecuencias, una material y una emocional, tomando en cuenta los parámetros establecidos por esta concepción y el uso que los autores anteriormente mencionados hicieron de la misma; se produce en primer lugar un daño material al patrimonio de la persona en su vehículo, y en segundo lugar se produce también un daño en la parte afectiva de la persona, pues presenta secuelas emocionales de negación al no poder desenvolverse en forma normal en su vida a la que estaba acostumbrada, posiblemente tendrá que ser una carga para su familia.

A simple vista no cabe aquí hablar de una reparación, pues no puede devolverse a la persona afectada a la situación en la que anteriormente se encontraba, tampoco puede “repararse” su pierna por ningún medio quirúrgico. Sin embargo, podría compensarse por otras vías como por ejemplo a través de una suma de dinero que le permitan cubrir los gastos médicos y de vida en general que pudiera necesitar. Considerando que según

esta teoría el daño moral sólo se produjo en este caso por el daño material que se ocasionó al vehículo, generando una especie de cadena: daño al patrimonio seguidamente del daño moral.

Clasificación que Considera la División de los Derechos: Lalou (Citado en Rueda Fonseca, 2007)⁴⁵ simplifica esta teoría de la siguiente manera: amplía la distinción que ya anteriormente existía entre derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, incluyendo dentro de los derechos patrimoniales todos los derechos reales y de crédito que tiene el individuo y su vez concediéndole la oportunidad de poder reclamar una indemnización en el momento en que se produzca una lesión a cualquiera de estos derechos. Dentro de los derechos extrapatrimoniales incluye los derechos de la personalidad y la familia, cuya lesión podía ser objeto de una indemnización en dinero que se va a discutir dependiendo del daño ocasionado.

Como puede observarse esta teoría divide el daño moral de los daños patrimoniales, porque se ha reconocido que no existe una dependencia económica que permita únicamente la producción de este tipo de daños, ya que puede producirse un daño emocional que no depende necesariamente de una circunstancia económica o del afecto al patrimonio material de la persona. Y esto se debe a la necesidad de proteger derechos tan importantes como los derechos de la personalidad y de la familia, pues se entiende que estos derechos forman parte esencial del ser humano, se habla de la protección de derechos como el honor, la reputación, la vida privada, la intimidad, la privacidad de las comunicaciones, e incluso derechos como a tener un nombre, el derecho a una familia y a poder mantenerse en unidad con la misma.

Por lo tanto, puede indemnizarse a través de la vía pecuniaria una difamación o una injuria, la difusión de una foto enviada en intimidad y que

⁴⁵Lalou *apud* Rueda Fonseca *Ibíd.* p.51.

sea divulgada, la difusión de mensajes en violación a la privacidad de las comunicaciones, la explotación sexual, el maltrato psicológico, el abuso de poder que lleve a hacer cosas por obligación, la pérdida de un ser querido por accidente de tránsito, o por negligencia en el área laboral, o por un robo, entre muchas otras situaciones.

La clasificación de los Derechos de la Personalidad: Esta teoría tal y como lo indica Rueda Fonseca (2007)⁴⁶ hace especial énfasis en los derechos de la personalidad como parte vital del daño moral, permitiendo distinguir entre el daño moral y cualquier otro tipo de daño, y se ha incorporado como parte de los derechos de la personalidad, el derecho a la integridad física, el derecho a la vida y a la disposición del cuerpo.

Para esta teoría, los derechos de la personalidad corresponden a cada ser humano por el simple hecho de ser persona, ya que en sí mismos representan la razón de ser del hombre, pues no puede concebirse una persona que no goce de sus propios derechos de la personalidad. Y a su vez, se han dividido en dos categorías según preserven la integridad física o existencial. Los derechos de la personalidad que preservan la integridad física se encuentran compuestos por la vida, la plenitud corporal, el actuar sobre las propias partes del cuerpo y el cadáver. Y los derechos de la personalidad que preservan la integridad existencial comprenden en sí mismos la propia imagen, el derecho a la intimidad, honor y libertad de actuar.

Permitiendo desprenderse entonces de esta teoría, que el daño moral se encuentra formado por todos los derechos de la personalidad que poseen los seres humanos, es esa parte emocional o afectiva que se menoscaba ante una violación producida a cualquiera de estos derechos, constituye pues una innovación en cuanto a daño moral se refiere, pues se incluyen una gama de derechos que amplían grandemente el concepto de daño moral,

⁴⁶Rueda Fonseca (2007) *Ibíd. p.51.*

como por ejemplo la protección a la libertad de actuar, en donde una persona tiene derecho a decidir en que quisiera por ejemplo trabajar y ser coaccionada a una prestación de servicios en contra de su voluntad afecta su parte emocional produciendo un daño moral en sí misma que merece y debe ser compensado o al menos ser satisfecho bajo algunas de las formas de compensación. Y es esta teoría la que ha sido acogida por la mayoría de los países de línea continental.

La Concepción que Indemniza las Consecuencias de la Conducta Ilícita, Junto a la Inestimabilidad Pecuniaria de los Bienes No Patrimoniales: Rueda Fonseca (2007)⁴⁷ hace notar algunas consideraciones sobre esta teoría, en base a ella sólo puede repararse el daño moral que provenga de infracciones penales previstas en la ley, por lo tanto, no existe posibilidad para su reparación si esta tampoco está en la ley, y esos casos establecidos en la legislación son los que se producen por el hecho delictual.

Esto surge como consecuencia de la inestimabilidad pecuniaria, referida al rechazo de asignar un valor económico a los derechos internos más importantes del individuo, por ello únicamente sólo puede ser resarcible y cuantificable los daños patrimoniales. Sin embargo, solamente puede estimarse de esta forma el interés público porque su afectación trasciende al ámbito penal. Y corresponderá al juez determinar y asignar la obligación de resarcir con ayuda de la ley en caso de que dicha obligación prospere.

Se concibe entonces el daño moral como consecuencia de una conducta ilícita, derivada del hecho penal castigado y sancionado por la ley, que a su vez establezca el daño moral que puede causarse y la posibilidad de ser reparado, no se excluye totalmente el daño moral ni se niega que pueda existir, pero lo limita al hecho ilícito necesariamente que trascienda al área penal y otorga al juez la tarea de valorar ese daño en caso de que sea

⁴⁷Rueda Fonseca (2007) *Ibíd. p.51.*

procedente. Lo que no resulta muy apropiado pues no puede hacerse depender taxativamente de lo que establezca la norma la producción del daño moral sólo por determinadas circunstancias, pues éstas siempre van a ir más allá de las que estén establecidas.

Debido que a la luz de esta teoría si una persona sufre por ejemplo un daño moral derivado de una cicatriz dejada como consecuencia de una intervención quirúrgica entonces al no estar contemplada esta circunstancia en la ley, no sería indemnizable, pues no basta utilizar como fundamento para ello que es contrario a moral estimar en valor económico este tipo de daños, lo que podría terminar siendo contrario a derecho, porque en la mayoría de los casos la única vía para poder hablar de una reparación es la económica.

El Daño visto desde lo Tangible de las Cosas: Rueda Fonseca (2007)⁴⁸ a través de esta teoría señala que el daño moral se encuentra relacionado con la esfera inmaterial, incorporal e invisible, y que es por medio de lo tangible de las cosas, es decir, del daño producido a los aspectos materiales que existirá una repercusión que pondrá al daño moral en la esfera inmaterial. De allí que autores como Carbonnier (Citado en Rueda Fonseca, 2007)⁴⁹ muestra una clasificación del daño a partir de tres aspectos; materialidad, inmaterialidad, y daño corporal; y a su vez, Rippert – Boulanger (Citando en Rueda Fonseca, 2007)⁵⁰ divide el daño en tres tipos; el daño causado a los bienes, el perjuicio causado a la salud o la vida y el daño moral.

Ambos autores conciben dos tipos de indemnizaciones como consecuencia del daño moral; una como suma sancionadora que se otorga bajo el título de pena privada y otra como un enriquecimiento gratuito a favor de la víctima fundamentada en que el daño moral no produce detrimento patrimonial alguno.

⁴⁸Rueda Fonseca (2007) *Ibíd.* p.51.

⁴⁹Jean Carbonnier *apud* Rueda Fonseca *Ibíd.*

⁵⁰Rippert – Boulanger *apud* Rueda Fonseca *Ibíd.*

Por lo tanto, continua Rueda Fonseca (2007) ⁵¹ señalando dentro de esta vertiente que debido a que el daño moral no atenta contra ningún elemento del patrimonio, cuando se acuerda su indemnización, no existirá un reemplazo en ningún elemento del patrimonio de la víctima, por lo tanto, tomando en consideración la opinión de los autores que acogieron esta teoría, la suma de dinero que obtendría la víctima tendrá siempre el carácter de pena privada y nunca de reparación. Ahora bien, puede repararse a través de una suma puramente moral y señalando la reprobación de la conducta del infractor, añadiéndole la publicidad a la condena o condenado.

Si bien, esta teoría centra su atención en dos tipos de indemnizaciones específicos que pueden obtenerse por concepto de daño moral, a simple vista pareciera no muy acertado concebir que el daño moral se considere como una suma de pena privada puramente, y menos acertado pareciera concebir lo que se recibe por causa del daño moral como un enriquecimiento sin causa por el simple hecho de que no se ha afectado el patrimonio de la persona. Pues todas las cantidades de dinero que se reciben giran en torno a la compensación y/o satisfacción que busca darse a la víctima por el daño que ha sufrido independientemente de que haya habido o no una afectación material.

El Daño a Partir del Interés Legítimamente Protegido: Esta teoría versa esencialmente sobre dos principales postulados y así Rueda (2007)⁵² señala en primer lugar que al encontrarse un vacío legislativo le corresponde al juez comprobar la existencia del daño moral y en segundo lugar corresponde a quien ha sido afectado, determinar cuál es el interés jurídicamente protegido que le ha sido lesionado, ya que sólo así puede exigir sus derechos y fijar los parámetros de la responsabilidad del autor del daño.

⁵¹Rueda Fonseca (2007) *Ibíd. p. 51.*

⁵²Rueda Fonseca (2007) *Ibíd.*

En este sentido, deberá tomarse en cuenta dos aspectos: la necesidad de un perjuicio cierto, que podrían reclamar los parientes y afines, así como también aquellos que no tengan un vínculo directo por consanguinidad o afinidad, independientemente de ello el juez deberá tomar en cuenta que el demandante pruebe la existencia de su pesar y a su vez la presunción que surge del grado de parentesco. La necesidad de un interés legítimo es decir que se encuentre efectivamente protegido por la ley y la moral.

Sin embargo, esta teoría encuentra un punto débil que pudiera generar luego inconveniente, ya que al permitir que cualquier persona que no tenga un vínculo directo con la víctima se apersona a reclamar la existencia del daño moral, presentaría dificultades al momento de demostrar realmente la existencia del daño, por ello sólo la víctima y sus parientes directos en caso de ausencia de la misma, porque se encuentre incapacitada para reclamar o porque haya fallecido pudieran exigir una indemnización por este concepto. En lo demás, resulta muy importante que la víctima en sí misma pueda determinar si el interés que le ha sido afectado está protegido por la ley y la moral, y esto es bien importante porque de lo contrario se incluirían una lista de daños que pudieran estar faltos de probidad, buenas costumbres, moral y respeto.

El Contenido Valuable o No en Dinero del Derecho Lesionado y Del Cual Pende una Clasificación de Daño en Valuable y No Evaluable: Rueda Fonseca (2007)⁵³ ha identificado entonces este carácter del daño moral con el dinero como medio para resarcir el derecho afectado. Ya que independientemente de cómo haya sido lesionado el derecho siempre será susceptible de ser reparado económicamente. Esto se debe a que la doctrina considera que el dinero crea una forma de satisfacción ante el daño que se ha causado, por lo tanto, resultará viable como una manera para indemnizar. Reconociéndose que, aunque no puede restituirse a la situación anterior en la

⁵³Rueda Fonseca (2007) *Ibíd. p.51.*

que la persona se encontraba antes de la producción del daño, el dinero puede mitigar los efectos del padecimiento causado.

Es con el nacimiento de esta teoría que ha surgido un gran avance respecto al modo de resarcir el daño moral, pues se ha tomado en cuenta el dinero como un elemento que aunque durante mucho tiempo para estos casos al ser considerado como inapropiado para este tipo de resarcimiento, se ha logrado comprender que no significa que se esté dando un valor económico a derechos inherentes al ser humano, que conforman su vida y personalidad, que constituyen su razón de ser, no significa que se esté dando un valor económico a la vida, a la salud, al dolor, a los sentimientos, al sufrimiento.

Sino que se trata de aliviar un poco el pesar que ha quedado luego de la producción del daño moral, por ejemplo, si falleció un ser querido, una suma de dinero puede ser útil para cubrir desde los gastos funerarios hasta ir a terapias, pagar escuelas o universidades de los hijos, e incluso comprar alimentos. Se dirige la indemnización pecuniaria es en busca de mitigar el sufrimiento, porque aunque no pueda nunca volverse a la situación anterior, ya que no se podrá revivir un ser querido, o no puede deshacerse por completo un daño causado en los sentimientos de una persona, al menos sí habrá la intención de compensar y satisfacer por otro medio la carencia que ha quedado. Siendo útil para ello el dinero.

Definición de Daño Moral.

Habiendo hecho un recorrido histórico que ha permitido adentrarse en lo que tiene que ver con la evolución que ha sostenido al daño moral, desde el principio de la historia hasta la actualidad, puede entonces considerarse algunas definiciones que han sido dadas sobre el daño moral y también los elementos señalados por cada una de ellas.

Definición de Renato Scognamilio: Según Renato Scognamilio (Citado en Rueda Fonseca, 2007)⁵⁴ “el daño moral es aquel que incorpora sufrimientos psíquicos o morales, como el dolor”.

Definición del Doctor Alejandro Pietri: El Doctor Alejandro Pietri, en su libro *La Valoración Jurídica del Daño Moral* lo define como:

*Daño moral, es por exclusión, el daño no patrimonial, es el daño que no recae directamente sobre el patrimonio de una persona, o que, cayendo sobre bienes objetivos, ocasione o no lesión material en los mismos, causa una perturbación anímica en su titular, cualquiera que sea el derecho que sobre ellos se ostente. El daño moral es, pues daño espiritual, daño inferido en derechos de la estricta personalidad, o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad material, económica...*⁵⁵

Definición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“El daño moral o inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, y el menoscabo de valores muy significativos para las personas, como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima” Acosta Calderón (Citado en Cubides Molina, 2016)⁵⁶

“Asociando el daño moral con el padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad, humillación, degradación y la inculcación de sentimientos de inferioridad, inseguridad, frustración, e impotencia” Rojas (Citado en Cubides Molina, 2016)⁵⁷

El daño moral es entonces, aquel daño que no afecta en forma

⁵⁴ Renato Scognamilio *apud* Rueda Fonseca *Óp. Cit. p.51*.

⁵⁵ PIETRI, A (1988). *De la Acción de Simulación: Valoración Jurídica del Daño moral*. Venezuela. Editorial Fabreton, p.107.

⁵⁶ Cubides Molina, J. D. (2016). *Reparaciones en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Focalizado en la Modalidades de Reparación Adoptadas por la Corte IDH y el Consejo de Estado Colombia* [Resumen en Línea]. Trabajo de Investigación para optar por el título de Magister en Derecho en la Universidad de Colombia.

Disponible: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2839300 [Consulta: 2020, Marzo 02].

⁵⁷ Rojas *apud* Cubides Molina (2016) *Óp. Cit. p.61*.

principal bienes materiales, está dirigido a afectar la parte emocional del ser humano, a través de la lesión de los derechos de la personalidad, valores y creencias que el mismo posee. Comprende el dolor intenso, puro y real, también la humillación, el desafecto, impotencia. Afecta no sólo a la víctima principal sino también a sus familiares directos y más allegados, porque ellos también sufren la secuela de daños que les alcanza involuntariamente.

Naturaleza Jurídica del Daño Moral.

Haciendo referencia a la naturaleza jurídica del daño moral, ha existido una discusión doctrinaria que pasa de considerar al daño moral como parte de la indemnización por daños y perjuicios, como una verdadera pena, hasta llegar a la posición acogida mayoritariamente por la doctrina como es el caso del daño moral del tipo satisfactorio – compensatorio. Pasando a continuación al análisis de cada una de esas posiciones doctrinarias.

Daño Moral como parte de la Indemnización por Daños y Perjuicios:

Con respecto a esta posición doctrinaria, el daño moral concibe en sí mismo dos funciones relacionadas con el resarcimiento del afectado y la pena privada impuesta al responsable. Así, el resarcimiento opera como una compensación por el daño que ha sido causado, y que de alguna manera intenta repararse, y la pena privada como una manera de castigar esa conducta en la persona del responsable y también ante los ojos de la sociedad.⁵⁸

Como puede observarse en este punto resalta el hecho de que se castigue al responsable como forma de hacerle entender que su conducta ha sido y debe ser rechazada por la sociedad, y a su vez actúa como prevención de la comisión de futuros hechos similares, por parte de los miembros de la

⁵⁸Alvárez Vigaray (1966) La Responsabilidad por Daño Moral. [Documento en Línea]. Disponible:https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1966-10008100116[Consulta: 2020, Marzo 2].

sociedad que ya han visto la sanción aplicada al culpable. Comprendiéndose su indemnización como parte de los daños y perjuicios de igual forma en la que procedería en un daño patrimonial.

Daño Moral como una Verdadera Pena: Brito González (2013)⁵⁹. Se refiere a esta vertiente como naturaleza jurídica del daño moral, en la que resalta la sanción y el castigo que es impuesto al ofensor, quien es el autor del acto concebido como contrario a la ley. Constituye una base para esta posición el considerar a los derechos vulnerados en la producción del daño moral como no susceptibles de ser valorados económicamente, es decir, como no apreciables en dinero.

Por lo tanto, se presta aquí especial atención al castigo que debe tener el culpable como único medio para satisfacer verdaderamente el daño causado a la víctima, pues, aunque se indemnice no puede brindarse una satisfacción plena. Sin embargo, esto no resulta viable en la actualidad pues aunque el castigo al autor del daño es base principal para inducir a la sociedad al repudio de conductas anti jurídicas y demostrar la importancia de no cometerlas para no ser sancionado, esto no satisface a la víctima en el daño producido, pues aunque puede decirse que el castigo del ofensor lleva a la víctima a un posible estado de tranquilidad, se requiere también de la reparación del daño a través de una indemnización principalmente monetaria que permita a la víctima el disfrute de una vida y condiciones “meramente normales”.

Daño Moral del Tipo Satisfactorio – Compensatorio: Es la posición acogida por la doctrina mayoritaria, pues según expresa Brito González (2013)⁶⁰ es esta la verdadera naturaleza jurídica del daño moral, pues su única función es de satisfacción. Y puede verse de esta manera que la

⁵⁹ Brito González, (2013) *Ibíd.* p.46.

⁶⁰ Brito González (2013) *Ibíd.* p.46.

finalidad de obtener una indemnización por concepto de daño moral es que la persona del perjudicado encuentre satisfecho o al menos compensado una parte de su derecho, pues lo que se busca a través de este medio es intentar compensar el daño sufrido.

No significa, que deba excluirse la sanción para el responsable, pero no debe tomarse esta como lo más importante en estos casos, pues lo que realmente merece importancia es que la víctima pueda compensar el daño ocasionado, pueda satisfacer un poco el dolor sufrido a través de otros medios, una vez más se reconoce que la restitución al estado anterior en que se encontraba la víctima es imposible, nunca podrá volverse a la misma situación, pero debe velarse porque la víctima en la medida de lo posible tenga un estado de vida normal, con terapias o rehabilitación de ser necesario, tratamientos médicos o psicológicos que pueden variar dependiendo de la condición en que se encuentre, y sería injusto que la totalidad de esos gastos deban ser sufragados por la víctima, con fundamento en que no fue ella quien provocó (en la mayoría de los casos) el daño que a sí misma le fue causado.

Clases de Daño Moral.

Surgen entonces, las siguientes interrogantes ¿Puede el daño moral producirse de una o varias maneras? ¿Cómo se manifiesta el daño moral? Y para ello es necesario conocer cuáles son las distintas maneras en las que puede verse el daño moral, para ello, diversos autores se han dedicado a clasificar el daño moral según diversos factores, mostrándose a continuación una de las clasificaciones más resaltantes dada por dos autores en particular:

Atendiendo a Sus Efectos: Según el Doctor Alejandro Pietri (1988)⁶¹ el daño moral puede clasificarse en aquel que es susceptible de una estimación

⁶¹PIETRI, A (1988) *Óp. Cit. p.61.*

pecuniaria y en daño moral *Stricto Sensu*:

- **Daño moral susceptible de una estimación pecuniaria:** Se califica así al daño moral que afecta en forma principal el patrimonio de una persona, ocasionando una pérdida o disminución del mismo e incluso aquel daño que afecta el ritmo en que una persona percibe sus ingresos económicos.
- **Daño moral *Stricto Sensu*:** Es aquel que se encuentra directamente relacionado con la parte espiritual y moral del sujeto, por lo tanto, no es susceptible de una valoración económica, pues no se ha afectado el patrimonio ni los derechos económicos de la víctima.

Atendiendo a este tipo de daño moral, puede comprenderse la existencia de dos tipos de daño moral uno relacionado con la parte económica y otro relacionado con la parte moral. Y resulta bien interesante debido a que puede el daño producido a bienes materiales de la persona afectar su estado emocional e incluso mental, afectar su calidad de vida, aunque en este caso se haya producido en forma principal un daño al patrimonio, este ha traído obligatoriamente como consecuencia el daño moral, lo que puede entenderse que ocurrirá como una consecuencia necesaria del daño al patrimonio.

Mientras que en forma contrapuesta se encuentra el daño moral *Stricto Sensu*, aquel que verdaderamente se origina en el interior del ser humano, como al perder a un ser querido y las secuelas que siguen a esa pérdida, cuando se ha sufrido explotación, entre otras causas. Pues existen daños que sin trascender a lo económico ni relacionarse íntimamente con ellos, afectan el interior del ser humano, porque es eso, un ser humano, de carne y hueso, susceptible ante sentimientos y emociones, débil ante fracasos y decepciones, daños y tristezas.

Por la Norma Jurídica que lo Regula: El Doctor Alejandro Pietri (1988)⁶² en daño moral civil y daño moral penal:

- **Daño moral civil:** Haciendo alusión a la reparación privada personal, la cual según en su criterio y efectivamente ajustado a la realidad tendrá siempre carácter civil.
- **Daño moral penal:** Este concepto es un poco más amplio pues incluye el delito y el daño causado a la víctima que en la mayoría de casos es moral, pues afecta todo el interior de la persona. En este caso, aunque pueda existir una relación entre el agraviado y a la imposición de la pena al culpable, siempre habrá la necesidad de indemnizar a la víctima para la satisfacción de sus derechos e intereses. Más la imposición de la pena no alcanza al agraviado.

En esta forma de ver el daño moral. Se hace alusión al daño moral civil, que podría perfectamente relacionarse con el hecho ilícito previsto en la normativa civil, pues a tal efecto, aunque no contenga expresamente la palabra daño moral, el Art.1185 del código civil venezolano por ejemplo establece que todo aquel que ocasione un daño a otro tiene la obligación de repararlo ya sea por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de las leyes y reglamentos, sería aquella reparación privada que se busca por el área civil.

Ahora bien, refiriendo al daño moral penal, sería entonces el que proviene directamente por la comisión de un hecho punible y el agravio causado a la víctima será mucho mayor, este daño conllevará a la pena como castigo del responsable y cuya finalidad es totalmente pública de prevención de posibles conductas ante la sociedad y a la reparación del daño como medida de indemnización ante el derecho vulnerado.

⁶²PIETRI A, (1988) *Ibíd.* p.61.

Otra clasificación de daño moral, se atribuye a Alvarez Vigaray(1966)⁶³, quien ha clasificado el daño según se encuentre ligado a la producción del daño pecuniario o sea transitorio o permanente:

- **Ligados a la Producción del Daño Pecuniario:** Se encuentra que puede afectarse la parte social del patrimonio moral o la parte afectiva del patrimonio moral. Considera entonces, que todas las personas tienen un patrimonio compuesto exclusivamente por la parte moral, así:
- **Los que afectan la parte social del patrimonio moral** atacarán bienes jurídicos del individuo como el honor, reputación además de su consideración.
- **Los que afectan la parte afectiva del patrimonio moral** siendo aquellos que se causan en los sentimientos y afectos del individuo, por ejemplo, en la muerte de un ser querido, donde la estimación pecuniaria no tiene lugar, pues son perjuicios que normalmente en su origen no llevan perjuicios económicos.

Resulta un poco cuestionable reconocer con las palabras exactas del autor que pueda llamarse patrimonio moral a los afectos y sentimientos de la persona, sin embargo, se entiende y aprecia la idea principal que ha querido establecer el autor, pues puede afectarse la parte del ser humano relacionada con su sociabilidad, produciendo un daño a su honor o reputación a través por ejemplo de una difamación. Como puede afectarse también la parte afectiva del mismo en sus sentimientos, causando heridas más profundas como sucede al morir un familiar, al ser explotado sexualmente, al ser obligado por la fuerza a realizar actividades contrarias a las creencias y enseñanzas que ha llevado una persona durante toda su vida.

Atendiendo a su Duración: El daño moral puede ser transitorio o

⁶³Alvárez Vigaray (1966) *Ibíd.* p.63.

permanente debido a que puede extenderse por un largo periodo de tiempo dependiendo del grado de dificultad del daño ocasionado, como también puede desaparecer inmediatamente o mantenerse en el tiempo e inclusive puede llegar a ser constante.

Y es dependiendo de este criterio que debe tomarse en cuenta el alcance de la reparación, pues no será lo mismo tratar de reparar a alguien que tuvo una fractura en su pierna y por ello no puede caminar en 6 meses, a que la persona no pueda volver a caminar por el resto de su vida, el criterio y cuantía de la indemnización debe ser distinto dependiendo del caso y de la capacidad que tenga la persona de lidiar en forma transitoria o permanente con el daño producido atendiendo a su gravedad.

Elementos Constitutivos del Daño Moral.

En primer lugar, es necesario mencionar que dentro del daño moral se encuentran dos sujetos principales, protagonistas a los efectos de reparación e indemnización del daño. El sujeto activo es toda aquella persona que por su causa se haya producido el daño, es quien ha transgredido los derechos protegidos de la víctima. Mientras que el sujeto pasivo será aquella persona a la cual se produjo el daño y por lo cual tendrá derecho a demandar su reparación al ver lesionado un interés que el ordenamiento jurídico protege.

Ahora bien, el daño moral se encuentra formado por unos elementos que constituyen un presupuesto esencial para poder demandar su reparación, pues de lo contrario, cualquier daño podría demandarse por esta vía, haciendo que se pierda la institución del mismo. Ahora bien, Brito González (2013)⁶⁴ ha señalado en su obra, el daño moral y los criterios para la determinación de su indemnización, que el daño moral se encuentra constituido por tres elementos principales a saber: el daño debe ser cierto,

⁶⁴ Brito González, (2013) *Ibíd.* p.46.

debe ser personal de quien lo demanda, debe lesionar un interés jurídicamente tutelado.

El Daño Moral Debe Ser Cierto: Con respecto al primer elemento constitutivo del daño moral, señala Brito González (2013)⁶⁵ que el daño moral debe ser cierto, basándose en la existencia de elementos seguros y reales que permitan demostrar que verdaderamente ha existido un daño, que permitan al juez tener la convicción y certeza de que el daño se ha producido. Deben por lo tanto desecharse las simples eventualidades y dudas sobre si se ha producido o no el daño, pues esto no es suficiente para condenar al culpable al pago de una indemnización.

El Doctor Javier Tamayo Jaramillo (Citado en Brito González, 2013)⁶⁶ se refiere a que dentro de este elemento puede existir una certeza absoluta o relativa sobre la producción del daño, dependiendo del caso que se trate, así la certeza será absoluta cuando se trata de un daño que se ha producido en el pasado o en el presente, pues al ya haber ocurrido no cabe lugar a dudas sobre su producción y consecuencias, lo cual será más fácil de demostrar. Y se refiere a la certeza relativa en caso de que se haya producido el daño, pero sus consecuencias surjan para el futuro, lo que debe estar basado en las respectivas leyes de probabilidades, pues en este caso, aunque se ha producido el daño no se está completamente convencido de que puedan surgir sus consecuencias más adelante.

Se refiere entonces este elemento al daño cierto, del cual se tenga plena seguridad de su ocurrencia y del que no existan dudas para determinar las consecuencias de su producción, resulta interesante el hecho de involucrar una certeza relativa, pues bien existen daños que en un primer momento no van a demostrar su consecuencia, sino que se trata de una

⁶⁵ Brito González, (2013) *Ibidem*

⁶⁶ Tamayo *apud* Brito González *Ibidem*

secuela que puede desarrollarse con el tiempo, como el caso de una enfermedad física o mental que pudiese generar algún tipo de discapacidad, sin embargo, en este caso debiera existir un convencimiento absoluto de que estas circunstancias se generaran más adelante.

Así las cosas, no puede pretenderse la indemnización por concepto de daño moral ante circunstancias que no puedan demostrarse, o con dudas sobre la producción efectiva del daño, pues aunque se trate de un tema complejo probar este tipo de daño, debe existir siempre elementos que permitan desprender que el daño se ha ocasionado, así, si hablamos que una secuela del daño moral ocasionado en una condición de ansiedad y estrés post-traumático, esto en un primer momento pudiera demostrarse acudiendo al respectivo personal de la salud especializado en esa área que emitiera un informe que serviría de fundamento para demostrar la consecuencia producida.

El Daño Moral Debe Ser Personal de Quien lo Demanda: El segundo elemento constitutivo del daño moral, se refiere según Brito González (2013)⁶⁷ a que el daño moral debe ser personal de quien lo demanda, y esto encuentra su justificación en la prohibición de que no puede producirse el enriquecimiento de una persona sin justa causa, además de que no cualquiera puede ser indemnizado por el daño que ha sufrido otra persona. Este elemento se encuentra relacionado con la legitimidad, en donde se invierten los roles ya que dentro del juicio tendrá legitimación activa en primer lugar la víctima, pues es el afectado principal quien efectivamente ha sufrido el daño, sin embargo, este derecho puede ser objeto de transferencia a quienes se constituyen como herederos y parientes más cercanos en caso de que la víctima haya fallecido. Teniendo entonces, la legitimación pasiva en este caso, el productor del daño.

⁶⁷ Brito González, (2013) *Ibíd.* p.46.

Se refiere entonces a que siempre, mientras sea posible el daño será personal de quién lo demanda, y mientras la persona tenga vida la indemnización siempre le corresponderá, aún le corresponde en el caso de que se encuentre en una incapacidad para demandar, pues en este caso pudiera ser representada o asistida por un profesional del derecho, por un familiar, pero en un primer plano la indemnización corresponde a la víctima.

Esto no excluye el caso de que por ejemplo la víctima exija una indemnización por haberse convertido en una carga para sus familiares, pues esto es un concepto que puede incluirse en la indemnización pero que corresponde a la víctima por esta causa. Ahora bien, en caso de muerte, se abre la posibilidad de los herederos en reclamar la indemnización pues el daño moral por una consecuencia necesaria se ha trasladado a los familiares de quien ha fallecido.

El Daño Moral Debe Lesionar un Interés Jurídicamente Tutelado: El tercer elemento que constituye al daño moral se relaciona con el interés jurídicamente tutelado, ya que según Brito González (2013)⁶⁸ el daño moral Debe lesionar un interés jurídicamente tutelado, pues la acción de indemnizar sólo surgirá como consecuencia de la producción de un daño a los derechos e intereses que estén amparados y protegidos por el ordenamiento jurídico.

Efectivamente, si el daño ocasionado no produce una lesión a derechos e intereses que estén protegidos por la ley no puede activarse la acción para obtener una indemnización. El ordenamiento jurídico es un sistema muy amplio de protección de todos los derechos inherentes al ser humano, y siempre que la petición de indemnizar se encuentre establecida en la ley, puede otorgarse. Con esto, el autor de esta investigación trata de referirse a que, si el daño moral se produjo como una consecuencia de un delito que la misma víctima estaba cometiendo, no puede luego esta

⁶⁸ Brito González, (2014) *Ibíd.* p.46.

pretender que el ordenamiento jurídico le ampare en la vulneración de ese derecho, porque de igual manera pagaría las consecuencias por el delito cometido.

Esto puede verse en un ejemplo para mayor claridad: así Luis y su hermano manejan una red de narcotráfico en determinado país, y tratando de trasladar su mercancía a otro país, son sorprendidos por los órganos de policía y al surgir un enfrentamiento entre ellos el hermano de Luis muere por causa de una bala en su cabeza, Luis entonces al ser capturado llevaría un juicio por los cargos procesados en su contra, no puede entonces Luis exigir una compensación por la muerte de su hermano, que le ha producido un daño moral que considera irreparable, pues al estar en una clara infracción de lo establecido en las leyes no puede proceder una acción de indemnización por este concepto.

Bienes Jurídicos Tutelados por el Daño Moral.

Surge entonces, la interrogante de cuáles serían los bienes jurídicos que se encuentran tutelados por el daño moral. En primer lugar, debe entenderse que es un bien jurídico protegido, y al respecto, un bien jurídico protegido es aquel que pertenece al individuo, inherente a sí mismo y que goza de una protección especial por el ordenamiento jurídico. Son considerados inherente a la propia naturaleza del ser humano y según Cifuentes (Citado en Brito González, 2013)⁶⁹ esta protección especial se enmarca en los derechos de la personalidad, según el cual los derechos de la personalidad son manifestaciones del ser humano físicas o espirituales y que al tener tal importancia son llevadas al rango de bien jurídico.

Se afirma entonces que el bien jurídico tutelado en el daño moral se encuentra protagonizado por los derechos de personalidad, en donde la

⁶⁹Cifuentes *apud* Brito González *Ibíd.* p.46.

persona se ve amparada por el hecho de ser persona, no puede ser tratada como un objeto, no puede ser utilizada como instrumentos para cometer delitos, no puede pisotearse su dignidad ni rebajarse a lo más mínimo. Todas las personas tienen derechos fundamentales que siempre deben ser una prioridad, está el derecho a la vida, a la libertad, así como la libertad de creencias y de pensamientos, la libertad en todo su sentido, de tomar decisiones, de escoger su rumbo y destino. Así cuando una persona se ve obligada a desempeñar determinada labor por el temor a la violencia, al maltrato, cuando se le suprimen estos derechos fundamentales se origina un daño moral en su interior.

Quiere decir que la protección a los bienes jurídicos en esta caso es amplia, desde la difamación hasta por ejemplo la explotación sexual, se protege la vida, la salud, la educación, la integridad física y psíquica, el autoestima, la libertad, las creencias, los sentimientos, el afecto, la reputación, la dignidad, la capacidad de las personas para desempeñar actividades laborales, es decir, todo lo que incluye la auto existencia del ser humano.

Límites en la Reparación del Daño Moral.

Es necesario conocer, dos puntos interesantes con respecto al límite en la reparación del daño moral, aunque parezca ilógico limitar la reparación del mismo, pero su motivación se encuentra en evitar el aprovechamiento de estas circunstancias para obtener un enriquecimiento sin justa causa, pues sólo aquellos que verdaderamente han sufrido de este daño tienen derecho a ser reparados, y más aún, sólo quienes han padecido saben que cualquier cantidad en dinero no restituirá la situación infringida a la normalidad en la que se encontraba anterior a la producción del daño. Pero también se limita en protección del ofendido y del respeto por sus derechos, además del deber de considerar cada caso en forma particular.

Así Álvarez Vigaray (1966)⁷⁰ en su obra la responsabilidad por daño moral ha determinado dos límites de especial importancia: el primero de ellos se refiere a que la reparación no puede ser absoluta y general, y el segundo referido a que el dolor experimentado debe ser intenso, real y profundo.

La prohibición de una reparación absoluta y general: surge en este caso para la protección de los derechos de la víctima, pues no puede enmarcarse la reparación en una hipótesis absoluta, pues todos los daños son producidos y afectan en distinta manera, y aunque puedan encontrar algún parecido no pueden repararse de igual forma, porque el nivel de afectación siempre será diferente, por ello debe analizarse cada caso en particular, encuadrar la reparación al simple encabezado de la norma retrocedería el derecho a siglos atrás.

La justificación de la existencia del daño: Con respecto al este segundo límite, se encuentra en, si el dolor no es intenso, es decir, no se manifiesta en grados de intensidad y constancia por la lesión producida, no es real; que no pueda verse la afectación del mismo (en el estado de ánimo de la persona por ejemplo) y no es profundo, que trascienda la esfera interna del individuo, entonces no existe daño moral, porque estas son sus características principales intensidad, realidad y profundidad.

Daños Extrapatrimoniales.

El daño moral, también ha sido considerado como un daño causado en la esfera extrapatrimonial de la persona, o en un término más preciso en los derechos extrapatrimoniales. Ahora bien, ¿Qué puede entenderse como derechos extrapatrimoniales? Abarca (citado en Brito González, 2013)⁷¹ ha concebido a los derechos extrapatrimoniales principalmente como un conjunto de bienes jurídicos que en su naturaleza no pueden ser apreciados

⁷⁰Alvárez Vigaray, (1966) *Ibíd.* p.63.

⁷¹Abarca *apud* Brito González *Ibíd.* p.46.

económicamente, pues esa es su característica principal, la ausencia de una valoración en dinero, es por ello que poseen un nivel de trascendente hacia lo cultural, social y moral.

Se protege por lo tanto, bienes jurídicos como la libertad de los individuos, que forma parte de los derechos extrapatrimoniales y caracterizan la personalidad del ser humano, reconociéndose que no sólo la libertad sino todo el conjunto de derechos que forma el ámbito extrapatrimonial del individuo, no es susceptible de ser valorado económicamente, pues no puede darse un valor en dinero porque resulta incuantificable no puede ponerse un precio a la libertad, a la vida, a la salud, a los deseos ni a la felicidad. Sin embargo, es por la vía pecuniaria que puede utilizarse para la indemnización del daño ocasionado a esta esfera de la persona.

Hacia Dónde Debe Ir la Indemnización del Daño Moral.

Surge la duda entonces, de que, si no es susceptible este tipo de daños de ser valorado económicamente, ¿Cómo puede entonces indemnizarse a través del dinero? Pareciera ilógico que esto pudiera ser, sin embargo, la mayoría de las veces es la única alternativa que se tiene y por lo tanto debe utilizarse, pero no de cualquier forma, sino de la manera correcta.

Así, Barrientos Zambrano (2008)⁷² ha escrito para la Revista Chilena de Derecho un artículo específico sobre este punto, dentro del cual se destacan a continuación los aspectos más importantes:

- Debe hacerse posible la satisfacción de intereses y aspiraciones personales.
- Se debe buscar compensar el daño sufrido, colocando a la víctima en

⁷²Barrientos Zambrano, M. (2008). Del Daño Moral al Daño Extrapatrimonial: La superación del Pretium Doloris. *Revista chilena de Derecho* [Revista en Línea], 1. Disponible: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v35n1/art04.pdf> [Consulta: 2020, Febrero 27].

una situación patrimonial mejorada.

- Deben tomarse en cuenta factores como: el alcance de los daños, su intensidad, duración de los dolores, sufrimientos y perjuicios.

De tal manera, que al producirse un daño en la esfera extrapatrimonial de la persona debe tomarse en cuenta cada uno de estos aspectos para su reparación, así, debe asegurarse que por medio de la indemnización recibida, la víctima pueda satisfacer sus intereses y aspiraciones personales, pues la intención no es aumentar su patrimonio, o que esta se llene de dinero, que no va a compensar en ninguna forma el daño sufrido, por ello a través de esta indemnización se busca que la víctima pueda enfocarse en lograr el cumplimiento de sus objetivos personales, y enmarcarlos en su prioridad, si antes de la producción del daño, la víctima se encontraba estudiando alguna carrera universitaria, debe garantizarse entonces, que pueda seguir en el curso de la misma haciendo uso de la indemnización.

Debe además colocarse a la víctima en una situación patrimonial mejorada, pero, ¿qué significa mejorar su situación patrimonial? Lograr que la víctima alcance una estabilidad en su situación económica, tomando en cuenta si como consecuencia del daño ocasionado se ve impedida para trabajar por un periodo de tiempo, para cubrir sus gastos más importantes. Es por ello, que determinar el alcance del daño, su posible tiempo de duración, su intensidad, sus consecuencias futuras, son elementos de base fundamental para que se pueda determinar hacia dónde debe ir el dinero.

Si el daño trae como consecuencia la pérdida de un ser querido, por ejemplo, es posible que se mantenga por un periodo de tiempo, dentro del cual la víctima no se encuentre en condiciones de estabilidad mental para poder seguir trabajando, en este caso la indemnización debe ir orientada tomando en cuenta estos factores y así para cada caso en particular.

Qué Papel Juega el Dinero: Ahora bien, es necesario determinar cuál es el rol que cumple el dinero dentro de una indemnización por daño moral o extrapatrimonial. Destacando una vez más que el dinero no puede restituir a la persona en la situación jurídica anterior a la que se encontraba, ni tampoco es suficiente para darle valor al derecho que ha sido lesionado e incluso, muchas veces puede resultar insignificante porque muy acertadamente expresa el siguiente aforismo señalado por Barrientos Zambrano (2008) ⁷³“*a mayor patrimonio menores son las satisfacciones que puede proporcionar a su titular una misma suma pecuniaria*”. A su vez, destaca los siguientes aspectos sobre el papel que juega el dinero en una indemnización de este tipo:

- El dinero no puede borrar el daño moral que se ha producido.
- En el mejor de los casos puede sólo llegar a generar libertad económica.
- La víctima es quién debe superar el daño sufrido.
- La compensación en dinero es una indemnización que sólo puede ayudar en la superación del daño extrapatrimonial.
- Para la cuantía de la indemnización deben tomarse en cuenta factores como: el grado de dificultad objetiva, las características individuales de la persona y la predisposición del ofendido al dolor.

Se usa pues el dinero, como una forma de compensación que trata de aliviar el daño que se ha producido, reconociendo que esta indemnización no producirá los mismos efectos para todas las personas a nivel patrimonial, pues mientras más dinero tenga una persona menor será el nivel de satisfacción por concepto de esta indemnización. Sin embargo, si se intenta buscar una lista de alternativas para la satisfacción del daño moral distintas al dinero, puede que la lista sea larga dependiendo de la producción del caso,

⁷³Barrientos Zambrano, (2008) *Óp. Cit. p.76.*

pero ¿En todo caso puede restituirse la situación infringida al momento en que se encontraba antes de la producción del daño? Como no puede ser de este modo, es necesario el dinero, que juega un papel importante como se ha mencionado anteriormente a través de una forma de compensación.

Considerando los caracteres mencionados anteriormente, sin lugar a dudas antes de buscar una indemnización pecuniaria por concepto de daño moral debe entenderse que el dinero por muy elevada que sea la cantidad que pueda obtenerse no puede borrar las consecuencias que ha producido este daño en la víctima en donde mil veces hubiese preferido no haber tenido que pasar por esta circunstancia, si esto fuera posible entonces todas las personas del mundo sufrirían de daño moral y solicitarían grandes cantidades de dinero a su ofensor, borrando así el daño sufrido y prosiguiendo con su vida normal.

Luego de entender esto, entonces debe buscarse el lado personal que esta indemnización pudiera llegar a compensar y allí debe tomarse en cuenta la libertad económica del individuo, quien a través de esta compensación pudiera alivianar sus cargas, continuar con su vida, cubrir sus gastos más importantes, financiar sus proyectos, continuar sus estudios, todo siempre va a depender del caso en particular, pero pueden considerarse perfectamente estos ejemplos.

Así, la víctima juega un papel vital, pues en la producción del daño es ella y sólo ella quién puede superarlo, para lo que puede utilizar diversas herramientas como la ayuda psicológica, inversión del tiempo en otras actividades que le produzcan algún tipo de interés y satisfacción, en fin, cualquier actividad en la que el dinero puede fácilmente cooperar pero no superará el daño y sus consecuencias si en sí misma no pone de su parte, pues el dinero no puede hacerlo por ella.

Tomar en cuenta entonces factores como la dificultad del daño

ayudará a determinar cuál es la vía a recorrer para tratar de alcanzar el nivel más alto de satisfacción; las características individuales fijarán el tipo de necesidad por cubrir de la víctima, es decir, por ejemplo, si es de autoestima susceptible que conlleve fácilmente a la depresión la ayuda que requerirá entonces será psicológica, y en último lugar la predisposición al dolor que tenga la víctima determinará el grado en que pueda verse afectada por las consecuencias del daño moral, existen personas muy fuertes, así como también personas muy débiles.

Reparación del Daño en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, luego de considerar todas la generalidades que conforman el daño moral, desde sus antecedentes, definición, naturaleza jurídica, elementos constitutivos, tipos, límites hasta dar avances sobre la generalidad en cuanto a su reparación, debe considerarse el aspecto más relevante de este capítulo, cuya idea principal se encuentra basada en la reparación del daño moral en el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por ser un organismo de alta consideración a nivel internacional y cuyos factores llenos de amplitud abren un nuevo paso hacia forma en que debe ser reparado el daño moral por incluir al Estado como principal responsable de la indemnización cuando está no pueda obtenerse por parte del directamente agresor.

Es por ello, que a lo largo de las últimas páginas que componen este capítulo, se dedicará a explicar ampliamente el concepto de reparación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su forma de indemnización.

Concepto de Reparación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: A tal efecto, Rousset Siri. (2011)⁷⁴ citando a la jurisprudencia de la

⁷⁴ Rousset Siri, J. (2011). El Concepto de Reparación Integral en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos* [Revista en Línea], 1. Disponible: <http://www.cladh.org/wp->

Corte Interamericana de Derechos Humanos que se ha presentado en forma reiterada, señala que, en la misma, la Corte se ha referido a la reparación de la siguiente manera: *“Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial”*.

Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos al ser el fundamento jurídico de la reparación en su artículo 63 ordinal 1° señala lo siguiente:

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”⁷⁵

Es necesario entonces, conocer primero qué es lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha concebido como reparación, entendiendo a todas las medidas, de cualquier tipo, que sean tomadas para que desaparezcan las violaciones producidas a ese derecho, en este caso no se refiere solo al plano del daño moral, sino que reconoce la existencia tanto del daño moral como del daño material. Además, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) dispone la obligación de reparar las consecuencias surgidas por el daño causado a una persona añadiendo la figura de indemnización, pero no cualquiera sino una justa que verdaderamente compense el daño que se ha sufrido.

[content/uploads/2012/07/a1-n1-2011-art03.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convencion%20Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)[Consulta: 2020, Febrero 27].

⁷⁵Convención Americana Sobre Derechos Humanos (No.9460). (1978, Febrero 11). [Transcripción en Línea].

Disponible:https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convencion%20Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf[Consulta: 2020, Marzo 04].

El Derecho – Deber a la Reparación en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: La CIDH a lo largo de su funcionamiento ha destacado la relación que existe entre el derecho a ser reparado y el deber de reparar dentro de su jurisprudencia lo que Calderón (Citado en Cubides Molina, 2016)⁷⁶ ha destacado bajo los siguientes aspectos:

- En primer lugar, el derecho a reparar nace como consecuencia de la responsabilidad que puede atribuirse a alguien por no cumplir con sus obligaciones (en este caso se refiere al Estado).
- La reparación es pues un derecho para la víctima y un deber para el responsable del incumplimiento.

El acceso a la CIDH para obtener la reparación de un daño, surge como consecuencia principal de que no se ha obtenido dentro del Estado al cual se pertenece, una tutela judicial efectiva a los derechos fundamentales y al debido proceso, por lo que nace la necesidad de dirigirse ante un organismo internacional para obtener esta tutela, y aquí nace la responsabilidad del Estado por la inobservancia de sus obligaciones principales como brindar a sus ciudadanos el acceso a una justicia accesible en donde puedan obtener una justa indemnización por el daño que han sufrido y la satisfacción total de sus intereses. Por ello, para la CIDH el principal responsable es el Estado constituyendo para sí el principal obligado en el deber de reparar y a la víctima titular del derecho a obtener una reparación.

El Derecho Internacional, a través de la doctrina jurídica de la CIDH según lo ha expresado Saavedra (Citado en Cubides Molina, 2016)⁷⁷ “... *Las reparaciones ordenadas por la Corte imponen obligaciones de Derecho Internacional, cuyo contenido no puede ser modificado ni su cumplimiento*”

⁷⁶Cubides Molina, (2016) *Ibíd.* p.61.

⁷⁷Saavedra *apud* Cubides Molina, (2016) *Ibíd.* p.61.

suspendido por el Estado obligado, invocando para ello disposiciones de su derecho interno...”

Comprende entonces el deber de reparar dentro de la Corte, disposiciones que son de imperativo cumplimiento, las cuales no pueden relajarse por voluntad del Estado utilizando para ello validez de sus normas internas, pues si se encuentra ante la CIDH, es porque el alcance de su normativa interna no fue suficiente para ordenar la reparación del afectado, satisfacer sus intereses y obtener una tutela judicial efectiva dentro del sistema de justicia interno, por lo tanto, no puede el afectado sufrir las consecuencias injustas y verse en una situación de indefensión en donde el daño que se la causó no es reparado por ningún medio, es por ello que constituye una obligación de derecho internacional el deber de acatar y respetar todas las decisiones ordenadas por la Corte que contengan la obligación de reparar el daño causado.

A tal efecto, dentro de la CIDH, según lo ha señalado Torres A. (1999)⁷⁸ la naturaleza y fin de la reparación se entiende como una compensación para las víctimas y en caso de que no pueda compensarse directamente a estas, a sus familiares, pero no se trata de una condena, o de un castigo que se imponga al Estado, es una compensación porque se dirige a la parte lesionada, la idea es compensar el daño que la víctima sufrió de una manera efectiva, mientras que enfocándose únicamente en un castigo la víctima no obtendrá la reparación que necesita.

Titularidad del Derecho a Reclamar la Reparación: Dentro de la CIDH, existe una titularidad del derecho a reclamar la reparación, que conlleva a la necesidad de que quien acuda a la Corte para reclamar la reparación a un

⁷⁸Torres A. (1999). La Reparación del Daño en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Privado* [Revista en Línea], 4. Disponible: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/670/633> [Consulta: 2020, Febrero 19].

daño que se le ha causado, se asegure de que tiene la legitimidad exigida por la CIDH. Así las cosas, Torres A. (1999)⁷⁹ ha señalado que para la Corte, el derecho a reclamar la reparación compete en primer lugar a la víctima, por ser el principal afectado, pero también comprenderá a aquellos que resulten perjudicados en caso de la muerte de un ser querido por los perjuicios que esta ha ocasionado, entendiendo por parientes de la víctima a quienes serían sus sucesores otorgando para ellos una presunción que obra a su favor tal y como se realiza en la práctica de las jurisdicciones internas.

Siguiendo el criterio que ha señalado la Corte pueden entonces en primer lugar la víctima reclamar la reparación porque es quien ha sufrido el daño. Seguidamente se da el derecho a los familiares directos de la víctima sólo en caso de que esta haya fallecido, pues la muerte produce perjuicios que pueden variar dependiendo del rol que cumplía esta persona dentro del núcleo familiar y de la relación directa que pudiera mantener con sus parientes. Así, se da una presunción a favor de los familiares y el compañero sentimental de la víctima, en donde se excluyen de tener que probar el daño que se le ha producido pues se entiende que son los afectados principales.

En lo que se refiere a terceras personas que pudieran llegar a reclamar la reparación del daño, en este caso si debe probarse la existencia del daño y su relación con la víctima, pues la presunción mencionada anteriormente, no opera a favor de ellos.

Formas de Reparación.

La CIDH, ha concebido una serie de formas de reparación dentro de las cuales ha incluido el resarcimiento, indemnización, medidas de satisfacción, reparación social, indemnización pecuniaria pensadas en la víctima y en la importancia de la reparación del daño que se le ha causado, en garantía del

⁷⁹Torres A. (1999) *Óp. Cit.*

respeto y protección a sus derechos fundamentales. A continuación, se realizará de un análisis de cada una de ellas por separado:

Resarcimiento in natura: Torres A. (1999)⁸⁰ se refiere que al hacer uso de esta forma de reparación *“debe procurarse el restablecimiento del derecho vulnerado devolviendo a la víctima la posibilidad de ejercerlo si éste le fue negado, o de continuar ejerciéndolo plenamente si le fue limitado con el hecho dañoso”*.

Esta primera forma de reparación, resultará aplicable al caso en que se pueda declarar procedente una reparación de este tipo, pues se trata de restituir completamente el derecho que ha sido vulnerado lo que va a depender de la naturaleza del derecho transgredido y su posibilidad de volver a la normalidad, o según el caso debe darse a la víctima la posibilidad de que continúe ejerciendo su derecho libremente cuando a causa del daño sufrido la víctima se vio impedida de ejercer en su totalidad el derecho.

Reparación Compensatoria o Sustitutiva: De acuerdo a Torres A. (2014)⁸¹ esta forma de reparación es la que deberá llevarse a cabo cuando el derecho de la víctima ya no pueda ser restablecido lo que puede derivarse de dos situaciones: por la naturaleza del derecho implicado, o porque la vulneración afectó el derecho a la vida ocasionando la pérdida de un ser querido. Por lo tanto la CIDH señala algunas medidas compensatorias que permitirán hacer justicia en estos casos: tanto la víctima como sus familiares deberán conocer la verdad de los hechos ocurridos, el Estado tendrá la obligación de investigar y sancionar lo ocurrido, también deberá prevenir el Estado la posible ocurrencia de los mismos hechos, una suma de dinero también puede comprender en sí misma el carácter de sustitutivo.

Por lo tanto, se habla de compensación porque es la segunda opción

⁸⁰Torres A, (1999) *Ibíd.* p.83.

⁸¹Torres A, (1999) *Ibíd.* p.83.

en la lista de prioridad para la reparación y según lo establecido por la CIDH, esta compensación puede ir en varias direcciones, si la víctima a desaparecido o falleció sus familiares tienen el derecho de conocer lo verdaderamente ocurrido, de igual manera en vida de la víctima si se encontraba secuestrada y ahora está libre tiene derecho a saber lo que se pretendía hacer con su vida, o lo que realmente se buscaba con los hechos a los que se veía obligada a realizar.

El Estado, debe evitar la impunidad de los delitos que se hayan cometido y que causaron el daño a la víctima, además debe cumplir con su deber de investigar los hechos para encontrar al responsable en caso de que no se tenga conocimiento de su identidad o paradero, además debe poner en marcha todas las medidas necesarias para evitar que en acontecimientos futuros vuelva a ocurrir el mismo hecho. Ocupa entonces el dinero el puesto de compensación, reconociendo la Corte que puede ser utilizado para compensar e intentar un nivel de satisfacción en la persona de la víctima o en su defecto a sus familiares que han sido perjudicados.

Medidas de Satisfacción: A través de estas medidas se pretende el cumplimiento de dos objetivos que según Torres A. (2014)⁸² se materializan en reafirmar la existencia del derecho vulnerado y reconocer la ilegitimidad de su transgresión. Entonces, es a través de estas medidas que el perjuicio moral ocasionado puede ser resarcido. Obtener una sentencia sobre el fondo del asunto, la declaratoria de responsabilidad por parte del Estado, el esfuerzo para localizar y entregar los restos de las víctimas a sus familiares, son formas que contribuyen a la satisfacción moral del daño ocasionado.

Se reafirma entonces, que la víctima es titular de una serie de derechos que le corresponden por el simple hecho de ser persona y los cuales encuentran una protección dentro del sistema de justicia están

⁸²Torres A, (1999) *Ibíd.* p.83.

efectivamente tutelados tanto en el derecho interno como en el ámbito internacional, así, se reconoce también que una violación a los mismos es contraria al ordenamiento jurídico, y bajo ninguna circunstancia puede tolerarse un abuso ni violación a estos derechos, pues no existe un medio por el cual goce de legitimidad la vulneración producida a los mismos.

Reparación Social: La reparación social será necesaria siempre que se haya afectado a un colectivo, es decir, a un determinado grupo de personas, Torres A. (2014)⁸³ se refiere a esta forma de reparación como el medio a través del cual se aseguran las condiciones básicas de subsistencia y bienestar para el grupo que ha sido afectado. En estos casos, el daño lo sufre un grupo de personas y al tener un nivel de dificultad determinar cuál ha sido el daño en específico a cada uno, mientras esto se logra, siempre que sea posible una reparación individual, debe garantizarse los medios adecuados para que puedan sobrevivir durante el tiempo que se vean impedidos para el ejercicio total de sus derechos, así como también, crearlas condiciones necesarias para evitar una posible repetición, lo que se traduce en que las víctimas se puedan desarrollar en un contexto de seguridad y paz social.

Indemnización Pecuniaria: Esta forma de reparación, se corresponde con la justa indemnización que establece el Artículo 63 Ord. 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos a través de la cual se puede reparar el daño material y moral causado a la víctima. Con respecto al daño moral, Torres A. (2014)⁸⁴ ha determinado que la Corte se refiere a este tipo de daño como el dolor o sufrimiento de carácter psicológico, que vendrá como consecuencia de una violación a los derechos humanos. Y en relación a la forma en que debe liquidarse, hace las siguientes acotaciones:

- Se fija una suma de dinero considerando cada caso en particular y siguiendo criterios de equidad.

⁸³Torres A, (1999) *Ibidem*

⁸⁴Torres A, (1999) *Ibid.* p.83.

- Para la valoración del perjuicio, deberá determinarse si además de la víctima sus familiares fueron afectados.
- Debe tenerse en cuenta la gravedad e intensidad del sufrimiento causado a las víctimas.
- La suma que se concede es total, haciendo de esa misma suma la división a quién haya alegado un perjuicio además de la víctima y le haya sido concedida una parte en la indemnización.

Reparaciones Inmateriales.

El daño inmaterial, se equipará al daño moral, siendo un sinónimo más del mismo, de esta forma más propiamente Daño Inmaterial se ha pronunciado la CIDH. De una forma muy interesante y tal como lo señala Cubides Molina (2016) el daño moral se asocia con una serie de caracteres: padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad, humillación, degradación, inculcación de sentimientos de inferioridad, inseguridad, frustración, impotencia.

Además de estos aspectos la Corte ha comprendido también dentro del daño moral las afectaciones a las condiciones de vida, el daño a la autoestima, el sentimiento de impunidad, el menoscabo de valores significativos para las personas, perturbaciones en contra de las creencias y costumbres, lo que indudablemente no es susceptible de una valoración económica.

Pues si una persona sufre de violencia psicológica en donde se le inculcan sentimientos de inferioridad que le han llevado a la idea del suicidio ya se le ha producido un daño moral, igual a aquella persona que ha perdido a un ser querido y que vive sus días llenos de sufrimiento, también se le ha causado un daño moral o aquella que ha sido víctima de violación sexual y ha descargado su dolor a través de la ansiedad, así diversos ejemplos podrían

mencionarse de situaciones que producen daño moral en las víctimas y en la mayoría de los casos como consecuencias de la comisión de un delito.

La CIDH ha dejado claro que el daño moral no es susceptible de ser valorado económicamente, pues no puede darse un valor que sea suficiente a la vida, a la integridad física y psicológica, a la salud, entre otros. En el caso Acosta Calderón Vs Ecuador, 24 de Junio de 2005 (citado en Cubides Molina, 2016)⁸⁵, la Corte ha sentado el criterio de que el daño moral solamente puede ser compensado en dos formas: en primer lugar *“mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero”* y en segundo lugar *“mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos”*.

De tal manera que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido ampliamente el daño moral y su composición. Así ha determinado que para su reparación deben tomarse en cuenta reparaciones compensatorias o sustitutivas, medidas de satisfacción, reparación social e indemnización pecuniaria, puede entregarse bienes o servicios a la víctima siempre que puedan ser valorados en dinero, y se incluye también como medio de reparación el hecho de que el responsable realice actos que alcancen o repercutan a nivel público, por ejemplo, una disculpa, una obra social, un servicio comunitario, un trabajo en una fundación, entre otros.

⁸⁵Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador *apud* Cubides Molina (2016) *Ibíd.* p.61.

CAPÍTULO III

Demostrar la Importancia de la Justicia Restaurativa.

La Justicia Restaurativa es un mecanismo alternativo de sanción que ha sido reconocido internacionalmente y al cual se ha dedicado este capítulo, a los efectos de demostrar la relación que existe entre la Justicia Restaurativa y el sistema penal junto con la reparación del daño como eje principal de la acción. Para ello, es necesario dar a conocer en primer lugar la definición de lo que ha de entenderse por Justicia Restaurativa.

Definición de Justicia Restaurativa.

Braithwaite (citado en Olalde Altarejos, 2010)⁸⁶ ha definido a la Justicia Restaurativa como:

Un proceso donde todas las personas con algún interés afectadas por una injusticia tienen la oportunidad de discutir las consecuencias de la injusticia y lo que se podría hacer para poner las cosas en su lugar. El valor clave es que, dado que la injusticia daña, la justicia debe sanar.

De acuerdo a Bazemore y Lode Walgrave (Citado en González Ramírez, 2012)⁸⁷ la Justicia Restaurativa es “Toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito”

Según Tony Marshall (Citado en González Ramírez, 2012)⁸⁸ la Justicia Restaurativa es:

⁸⁶ Olalde Altarejos, J. A. (2010). Mediación y Justicia Restaurativa: Innovaciones Metodológicas del Trabajo Social en la Jurisdicción Penal. *Revista de ciencias humanas y sociales, Miscelánea Comillas* [Revista en Línea], 133. Disponible: <https://revistas.comillas.edu/index.php/miscelaneacomillas/article/view/52/38> [Consulta: 2020, Marzo 04].

⁸⁷ González Ramírez, I. (2012). ¿Es la Justicia Restaurativa un Aporte a los Valores del Sistema Jurídico? *Revista de Justicia Restaurativa* [Revista en Línea]. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3853310> [Consulta: 2020, Abril 11].

⁸⁸ Tony Marshall *apud* González Ramírez, (2012) *Ibíd.* p.90.

Un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas o poseen un interés en un delito particular, resuelven de forma colectiva la forma de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro.

Una definición acertada internacionalmente a gran escala es la de Daniel W, Van Ness y Karen Heetderks Strong, (Citados en González Ramírez, 2012)⁸⁹ quienes han dado una definición de Justicia Restaurativa tomando como fundamento cuatro valores:

El primero es el encuentro entre las partes y su comunidad de cuidado, que promueve una narrativa común de las partes, permitiéndoles mostrar sus emociones, para facilitar el entendimiento mutuo. El segundo es la reparación de daño causado a la víctima y después a la sociedad. El tercero es la reintegración, la cual se refiere tanto a la víctima como al autor del delito, persiguiendo que se inserten nuevamente como personas íntegras en la comunidad. Y por último está la participación, dada por la oportunidad que se otorga a las partes de involucrarse activamente en todas las etapas del proceso.

Finalmente, como última definición se encuentra la dada por Mylene Jaccoud en el Foro Iberoamericano de Justicia Restaurativa (Citado en González Ramírez, 2012)⁹⁰ es concebida como “cualquier acción individual o colectiva que tiene como objetivo la restauración de las consecuencias de un crimen o de un conflicto, la resolución del mismo o la reconciliación de las personas afectadas por él”.

Es entonces la Justicia Restaurativa, un proceso cuya finalidad primordial es alcanzar la reparación del daño causado a la víctima, un mecanismo alterno de sanción que deja de un lado el enfoque en el delincuente y en la sanción que debe imponerse, para atender a las necesidades de la víctima, enfocándose en la reparación que a ella debe ser otorgada. Se comprende entonces, en la actualidad que el castigo al

⁸⁹ Daniel W, Van Ness y Karen Heetderks Strong *apud* González Ramírez, (2012) *Ibidem*.

⁹⁰ Mylene Jaccoud *apud* González Ramírez, (2012) *Ibidem*.

delincuente en su mayoría puede ser un agente reparador del daño, pero a la sociedad en general, no a la víctima quien ha sufrido efectivamente el daño. Un proceso de Justicia Restaurativa involucra de forma tal a las partes (víctima y ofensor), la sociedad y la justicia, permitiendo la conciliación y alcanzando un sistema de accesible a través de acuerdos logrados entre ambas partes.

Crisis del Modelo Retributivo.

No obstante, el proceso de Justicia Restaurativa es una propuesta que cada día va en desarrollo y en un constante progreso y avance, con el cual se busca superar el modelo retributivo de justicia que se enfoca en la pena otorgada al delincuente y en el castigo que la sociedad en general debe conocer sobre la producción de determinados hechos. De acuerdo a lo establecido por Cárdenas Márquez (2007)⁹¹ el modelo retributivo de justicia ve al delito como un problema exclusivo entre el Estado y la Sociedad, en donde se limita la participación de la víctima y de cualquier interesado con la finalidad de obtener una solución común al delito con beneficios tanto para el delincuente como principalmente para el ofensor.

Este es el modelo de justicia que impera en todas las sociedades a nivel mundial, en donde la titularidad de la acción penal la posee exclusivamente el Estado a través de su representación por el Ministerio Público Fiscal, especialmente en aquellos delitos de acción pública, catalogados así porque muy independientemente de la voluntad del afectado en denunciar o no a su ofensor, el Ministerio Público investiga y sanciona esos hechos, porque más allá de afectar a la víctima trascienden a la

⁹¹Márquez Cárdenas, Á. E. (2007). La Justicia Restaurativa Versus la Justicia Retributiva en el Contexto del Sistema Procesal de Tendencia Acusatoria. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores* [Revista en Línea], 20. Disponible: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/04/doctrina38574.pdf> [Consulta: 2020, Marzo 04].

sociedad en general.

Es por ello que la crisis se encuentra en la frustración que gobierna a las víctimas en no ser parte principal en el proceso llevado por la comisión de un delito que ha afectado gravemente produciendo un daño, pues en efecto, el sistema de justicia no responde a sus necesidades, sólo responde a las necesidades de un colectivo que no satisface el interés particular. En ninguna forma pretende degradarse el sistema de justicia, porque en múltiples delitos es necesaria la detención del delincuente para evitar la reincidencia que pueda afectar a más personas, y no puede negarse que mostrar a la sociedad una conducta delictiva que debe ser repudiada puede evitar de cierto modo el hecho de que se cometa la misma conducta delictiva por miedo a la misma sanción que sufrió el delincuente principal.

No obstante, tal y como lo ha señalado la Universidad Autónoma de Puebla en México (2015)⁹² el sistema de justicia debe preocuparse por cubrir la necesidad en la persona de la víctima en alivianar de alguna forma el daño que efectivamente se ha sufrido y dejar de enfocarse en utilizar el castigo como un sistema de venganza institucional. Es decir, la política criminal implementada por los Estados junto con los mecanismos para su activación debe ir en una dirección o enfoque y esto es primero la víctima, luego el ofensor y por último la sociedad, mecanismos que también permitirán recuperar esa sensación de orden y seguridad que busca alcanzar una sociedad con un sistema eficiente de administración de justicia, en donde las víctimas reciban una restitución por el daño causado y el ofensor sea obligado a responsabilizarse del mismo.

⁹²Universidad Autónoma de Puebla, México. (2015). La Justicia Restaurativa: Fundamento Sociológico, Psicológico y Pedagógico para su Operatividad. *Revista de Ciencias Sociales* [Revista en Línea], 39. Disponible:<http://www.scielo.org.mx/pdf/tla/v9n39/1870-6916-tla-9-39-00172.pdf>[Consulta: 2020, Marzo 04].

Diferencias entre Justicia Restaurativa y Justicia Retributiva:

A través del siguiente cuadro pretende mostrarse los puntos más resaltantes en los que se diferencia un modelo de Justicia Restaurativa y un modelo de Justicia Retributiva, divergencias establecidas por la Universidad Autónoma de Puebla, México (2015).⁹³

⁹³Universidad Autónoma de Puebla, México. (2015). *Óp. Cit. p.93.*

JUSTICIA RESTAURATIVA	JUSTICIA RETRIBUTIVA
La visión de los actos criminales se constituye de una forma muy amplia, reconociendo que los infractores producen un daño en las víctimas, la sociedad e inclusive en ellos mismos.	Defiende el crimen como simple transgresión de la ley.
Involucra a las víctimas y a la comunidad en general.	Da protagonismo exclusivo al Estado como titular de la acción penal.
El éxito está en alcanzar la reparación efectiva de todas las víctimas que han sufrido un daño.	Su éxito está en la pena efectiva que se impone al delincuente y el correcto establecimiento de su cuantía.
Se enfoca en el establecimiento de sanciones alternativas que faciliten la reinserción del delincuente en la sociedad.	Se enfoca en el establecimiento de una pena privativa de libertad que dificulta la reinserción del delincuente en la sociedad.
Permite que el delincuente pueda rectificarse.	Estigmatiza al delincuente marcándolo con una etiqueta de negativa.
El crimen es visto principalmente como una ofensa a la víctima y sus familiares.	Opera bajo el supuesto de considerar al crimen como una ofensa hacia el Estado.
Se reconoce en la definición del crimen un acto que afecta a la víctima, a la comunidad e incluso al mismo delincuente.	Se limita a la definición del crimen como transgresión de la norma.
En la visión del hecho punible analiza la situación de la víctima, del ofensor y la sociedad.	En la visión del hecho punible se dedica exclusivamente a la defensa del crimen.

De esta manera, se evidencia que la Justicia Restaurativa difiere del modelo retributivo en cuanto a su visión de los actos criminales y del estudio del hecho punible, de los protagonistas en el proceso, y la finalidad perseguida; en donde ha podido evidenciarse la preocupación de la Justicia

Restaurativa por lograr la reinserción del delincuente en la sociedad, pero de forma efectiva, sin rechazo, al hacerlo responsable de sus actos y reparador de sus daños.

Utilización de Distintos Términos:

Dentro de la Justicia Restaurativa se emplea la utilización de distintos términos, importantes a considerar, porque todos conllevan a la misma finalidad que es alcanzar la Justicia Restaurativa, y al emplearse de modo indistinto debe tomarse en cuenta que se hace referencia siempre a la Justicia Restaurativa. Dentro de estos términos se encuentran: programas de justicia restaurativa, proceso restaurativo, resultado restaurativo y partes. Términos contenidos en la Revista de Ciencias Humanas y Sociales (2010) sobre la mediación y justicia restaurativa⁹⁴ de la siguiente manera:

- Programa de Justicia Restaurativa: cualquier programa que utilice el proceso restaurativo buscando alcanzar con ello resultados restaurativos.
- Proceso Restaurativo: cualquier proceso en donde la víctima y el ofensor, así como también en los casos en que resulte necesario la comunidad, participan de forma activa en la resolución de las consecuencias originadas por el delito. Dentro de este proceso configuran principalmente la conciliación y la mediación.
- Resultado Restaurativo: es el acuerdo al que han llegado las partes en la finalización del proceso restaurativo, cuya finalidad es satisfacer las

⁹⁴Olalde Altarejos, J. A. (2010). Mediación y Justicia Restaurativa. *Ibíd. p.90.*

necesidades individuales y colectivas a través de la reparación, restitución y servicios a la comunidad.

- Partes: Involucra a la víctima, el ofensor, y cualquier otro individuo que pudiera haber sufrido una lesión en sus intereses debido a la comisión del delito.

Teorías que dan Contenido a la Justicia Restaurativa.

Estas teorías surgen con base a las cuatro formas que existen de responder a la conducta dañosa o delictiva: la política criminal, criminología, política criminal victimológica y la política criminal transdisciplinaria. Al respecto, la Universidad Autónoma de Puebla en México⁹⁵ se ha referido a estas teorías de la siguiente manera:

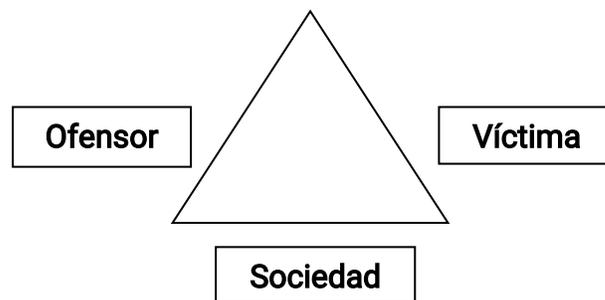
Política Criminal: Aquí, se promueve el uso de la pena como castigo al delincuente, pues es la pena lo que constituye la garantía y la razón de ser del proceso penal. El tribunal se ocupará, por lo tanto, solamente de aplicar las leyes para imponer una sanción que permita dar un castigo al delincuente por su actuación, sin tomar en cuenta las condiciones particulares de cada caso. Es entonces dentro de esta política criminal que la expresión popular “ojo por ojo y diente por diente” cobra vida, pues a quien cometa una conducta delictiva se castiga inmediatamente de acuerdo a las leyes.

Criminología: Esta forma surge como consecuencia al rechazo que existía al derecho penal en la corriente anterior. Así, la criminología se enfoca en el estudio de la persona del delincuente y en tratar de determinar cuáles son las razones que lo llevaron a delinquir. Por lo tanto, se enfoca en el estudio de su personalidad, la historia de su vida, su infancia y todas las posibles circunstancias que en su vida lo llevaron a la comisión del delito. Esta corriente se preocupa más por el delincuente que por la víctima, pues

⁹⁵Universidad Autónoma de Puebla, México. (2015).*Ibíd.* p.93.

intenta lograr con éxito su reinserción en la sociedad a través de mecanismos psicológicos y sociales que se utilizan como auxiliares para alcanzar esta finalidad.

Política Criminal Victimológica: Para su fundamento, toma en cuenta las corrientes anteriores, en este sentido, se enfoca en las víctimas del delito y también en el delincuente. Anteriormente no existía un respeto a los derechos del delincuente y esto es lo que busca esta política criminal victimológica, garantizar que se respeten los derechos del delincuente, y procurar su sanción como una manera de prevenir futuras conductas delictivas, que faciliten su reinserción en la sociedad, en lugar de fomentar una represión a la persona del delincuente. Esta corriente trae una propuesta que la materializa a través de un triángulo:



Así, tanto el ofensor como la víctima y la sociedad (con su poder judicial y los organismos no gubernamentales) deben estar en un plano de igualdad considerando los derechos y garantías que debe resguardarse a cada uno, sin transgredir el derecho de uno por respetar el derecho de otro. Se pretende, por lo tanto, la humanización del derecho penal a través del diálogo asistencial hacia las víctimas.

Política Criminal Transdisciplinaria: Finalmente, se encuentra la

política criminal transdisciplinaria por medio de la cual logra identificarse la vinculación que existe entre la biología, el crimen y su castigo, lo que permite dar una valoración a la conducta del delincuente y estudiar a fondo las causas que lo llevaron a cometer el delito, si fue por una circunstancia patológica o psicológica, lesiones producidas desde la infancia, e incluso los problemas y el descontrol que conlleva la vida de adultos.

Puede observarse entonces que el fundamento de la Justicia Restaurativa, empieza a surgir través de las diferentes formas en que es concebido el hecho delictivo, desde tomar en cuenta únicamente la sanción penal como castigo, hasta en el momento en que llegó a establecerse la importancia de considerar cada caso en particular, las circunstancias que llevaron a la comisión del delito, la reparación del daño en la víctima y la reinserción del delincuente en la sociedad.

Pilares de la Justicia Restaurativa.

Cuando se escucha la expresión “los pilares de algo” surge muchas veces la necesidad de investigar hasta lograr determinar qué es lo que se ha querido decir al indicar que pueda estar constituido por pilares. Ahora bien, los pilares de la justicia restaurativa constituyen la base o fundamento sobre el cual debe sustentarse la misma, son la máxima expresión de los aspectos en los que la Justicia Restaurativa basa su éxito y efectividad. Así, la Universidad Autónoma de Puebla en México (2015)⁹⁶ a través de su Revista de Ciencias Sociales ha señalado que dentro de estos pilares se encuentran: la atención al daño y necesidades, obligaciones, el compromiso y la participación.

Atención a los Daños y Necesidades: La Justicia Restaurativa debe centrarse en la reparación del daño sufrido por las víctimas, por el mismo

⁹⁶Universidad Autónoma de Puebla, México (2015). *Ibíd. p.93.*

ofensor y los miembros de las comunidades, es decir, la sociedad.

Constituye el primer pilar de la Justicia Restaurativa, atender primeramente los daños que se han sufrido como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, que afecta en primer lugar a las víctimas, a quienes debe buscarse el mecanismo adecuado de la reparación del daño, ya que obtener la debida reparación es lo que verdaderamente producirá una sensación de satisfacción y justicia en la víctima. También deben considerarse los derechos del delincuente porque él los posee, deben ser respetados, y aunque fue él quien cometió el hecho punible, también sufre consecuencias dañosas derivadas de su propia actuación, pues su reinserción en la sociedad no será tan fácil, pues deberá lidiar con el rechazo constante de la sociedad, por ello es que debe procurarse utilizar los medios más efectivos para lograr la no reincidencia y la reinserción efectiva.

Por supuesto, que no puede dejarse de lado a la sociedad que también sufre un daño a consecuencia del hecho delictivo por una persona, en donde se atemoriza y exige con una fuerte presión el castigo del responsable, pues se preocupará a toda costa de evitar que este hecho vuelva a producirse, así que constituye el miedo, la frustración y la ansiosa sed de justicia el daño que sufre la sociedad ante la comisión de un hecho delictivo y que debe prestarse especial atención a través de las garantías que brinda el Estado a la protección de los derechos de cada individuo que pertenece a la sociedad.

Las Obligaciones: Se refiere, a la responsabilidad activa del ofensor y a las obligaciones que esa responsabilidad conlleva. La protección y el interés que la Justicia Restaurativa otorga al delincuente, no significa que lo exime de las responsabilidades que conllevan la comisión de un hecho punible. Por lo tanto, se debe exigir a quién causo un daño su efectiva reparación, pues se trata de que el delincuente afronte las consecuencias de sus actos y esto sólo puede lograrse cuando se activa su responsabilidad a favor de la víctima.

Compromiso o Participación: Indistintamente puede hablarse de compromiso o participación, pues en ambos casos ha querido referirse a la misma situación. Debiendo considerarse lo siguiente:

- La construcción de medidas que permitan atender las necesidades e intereses de las víctimas, pero no basta solamente con construir esas medidas, sino que es necesario tomar las acciones pertinentes para hacer eficaces esas medidas.
- Debe tratarse de buscar la mejor manera en que las personas puedan relacionarse para alcanzar el bienestar general.
- Debe animarse a las personas a aceptar sus acciones y asumir las consecuencias que conllevan la adquisición de una responsabilidad penal.

Es así como la Justicia Restaurativa necesita para su operatividad exitosa atender a las necesidades y los daños que sufren todos los afectados por la comisión de un delito, obligar al responsable asumir las consecuencias de sus actos y reparar el daño causado a la víctima y fomentar la participación de todos los afectados para promover su bienestar, aprender y crecer de los errores cometidos.

Enfoque de la Justicia Restaurativa.

La Justicia Restaurativa, tiene un enfoque tripartito a través del cual busca lograr un equilibrio entre la satisfacción de todas las necesidades que surgen como consecuencia de la comisión de un hecho punible, así la Universidad Autónoma de Puebla, México (2015)⁹⁷ ha determinado que la Justicia Restaurativa se enfoca en tres agentes: Víctima, Ofensor y Sociedad.

⁹⁷Universidad Autónoma de Puebla, México (2015) *Ibíd.* p.93.

Víctima: Por ser quien sufre directamente la consecuencia del delito necesita una especial atención, que le permita restituirse en la situación anterior a la que se encontraba, para ello se requiere que reciba una indemnización por el daño que se la ha causado, esto atendiendo en específico a cada consecuencia sufrida y determinando el medio de solución que más se adecue a la necesidad.

Ofensor: Por ser el agente productor del daño a través de la perpetración del hecho punible, se procura el establecimiento de su responsabilidad y no sólo ello, sino que sea asumida por él mismo como responsable por las consecuencias de sus actos.

Sociedad: Aunque un delito se efectúe en contra de una sola persona, sus consecuencias trascenderán a la sociedad, porque en ella se pierde la sensación de orden y seguridad, pues se percibe en un momento que ha escapado de las manos de las autoridades el control y la sociedad se sumerge en una especie de crisis en rechazo al hecho ocurrido, por ejemplo, cuando ante un homicidio un grupo de personas sale a manifestar en rechazo a lo ocurrido exigiendo justicia. Es por ello que la sociedad forma parte de uno de los agentes en los cuales se enfoca la Justicia Restaurativa, pues reconoce que en la sociedad debe ser recuperada la sensación de orden y seguridad.

Valores de la Justicia Restaurativa.

Stutzman Amstutz (Citado en Barboni, 2014)⁹⁸ ha señalado que dentro de la Justicia Restaurativa existen valores que son considerados esenciales para su funcionamiento y a través de los cuales se otorga un verdadero sentido a la intervención restaurativa, dentro de esos valores se encuentran:

⁹⁸Barboni Pekmezian, L. La Reparación del Daño en la Justicia Penal (2014). [Documento en Línea]. Disponible: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/cp/v8n2/v8n2a09.pdf>[Consulta: 2020, Marzo 04].

Dignidad y Respeto. Todas las personas merecen ser tratados con dignidad y respeto hacia su persona y también hacia su integridad. Considerando que siempre en todo hecho delictivo cada una de las partes tendrá lo que Barboni (2014)⁹⁹ ha denominado un “trozo de la verdad”.

Responsabilidad. Basada en la necesidad de asumir las consecuencias derivadas de los actos propios, constituirse en un verdadero responsable y reparar el daño causado a la víctima.

Igualdad. Es cierto que todos los seres humanos tenemos capacidades distintas, y aspectos que nos diferencian unos de otros. Pero todos somos iguales ante la sociedad, ante el mundo exterior, del mismo modo la igualdad debe fomentarse y respetarse ante la ley, todos los seres humanos como miembros de una misma sociedad tienen los mismos derechos, deberes y garantías.

Perdón. Se basa en la importancia de reconocer que si en una sociedad no existe el perdón esto se constituye en un obstáculo que impide avanzar. No se trata de olvidar el hecho delictivo, efectivamente debe hacerse frente al mismo, se trata de superar el hecho producido y utilizar las consecuencias para mejorar las condiciones existentes y evitar una posible reincidencia por el mismo sujeto o la comisión del mismo hecho punible por otras personas. Así como también se deben generar las oportunidades de reconciliación entre todos los afectados.

Es en base a estos valores, que la Justicia Restaurativa encuentra una efectividad en su aplicación, sin necesidad de utilizar la pena privativa de libertad, por ejemplo, para inculcar a las personas la responsabilidad por las consecuencias de sus actos, o el respeto por la dignidad de los demás. En ningún lugar se hace referencia al castigo, a la aplicación de una pena

⁹⁹Barboni Pekmezian, L. (2014). *Ibidem*.

privativa de libertad porque en la mayoría de los casos esto no ayuda al crecimiento del delincuente, a su reinserción en la sociedad, no genera responsabilidad por sus actos, no repara el daño sufrido a la víctima y la Justicia Restaurativa busca dar prioridad a estos aspectos.

Principios que Rigen la Aplicación de la Justicia Restaurativa.

La Justicia Restaurativa como toda institución jurídica, se encuentra regida por una serie de principios cuya observancia facilitará su efectividad y aplicación, así Márquez Cárdenas (2007)¹⁰⁰ se ha referido a estos principios de la siguiente manera:

1. El primer principio se constituye en permitir que la Justicia Restaurativa pueda ser utilizada en cualquier etapa del proceso y tal como se ha referido Márquez Cárdenas (2007)¹⁰¹ permitir que incluso pueda utilizarse cuando el procesado se encuentre cumpliendo una pena privativa de libertad.
2. El Consentimiento libre y voluntario ha sido incluido por Márquez Cárdenas (2007)¹⁰² como la forma en que el acusado y la víctima manifiestan su conformidad para implementar los programas de Justicia Restaurativa en el proceso en que se encuentran e incluye también la posibilidad de retirar en cualquier momento el consentimiento manifestado.
3. Obligaciones razonables y proporcionadas, alcanzadas a través de los acuerdos en que se llega por medio de la Justicia Restaurativa, con esto, Márquez Cárdenas (2007)¹⁰³ se ha querido referir a que los

¹⁰⁰ Márquez Cárdenas, Á. E. (2007). La Justicia Restaurativa Versus la Justicia Retributiva.

Óp. Cit. p.92.

¹⁰¹ Márquez Cárdenas, (2007) *Ibidem.*

¹⁰² Márquez Cárdenas, (2007) *Ibidem.*

¹⁰³ Márquez Cárdenas, (2007) *Ibid. p.92.*

acuerdos alcanzados tienen que ser celebrados en una forma acorde con el delito que se ha cometido, sin que la reparación se establezca en una manera excedente pero tampoco que se llegue a considerar irrisorios.

4. La participación del imputado en un proceso de Justicia Restaurativa no puede utilizarse en su contra de tal manera que se conciba como culpable. Pues su única intención al ser parte de un proceso como este es la reparación del daño efectiva, su reinserción sin mayor dificultad en la sociedad, es decir, debe entenderse como un colaborador con el sistema de justicia.
5. El incumplimiento de un acuerdo establecido en un proceso de Justicia Restaurativa, no podrá ser utilizado como fundamento para que la pena impuesta al condenado sea más gravosa, lo que significa que al no recibirse la disposición necesaria por parte del condenado para el cumplimiento de un acuerdo, no puede entenderse como un agravio de su situación, pues seguirá siendo la misma, sin los beneficios que hubiese podido obtener.
6. Los facilitadores que actúan como mediadores en el proceso de Justicia Restaurativa, tienen la obligación de intervenir en forma imparcial, sin que ningún momento se desprenda el mayor interés por una sola de las partes, deben procurar que los acuerdos alcanzados sean con mutuo consentimiento y voluntad, además de velar por el respeto mientras se esté llevando a cabo el procedimiento.
7. La asistencia jurídica que ofrece un profesional del Derecho, es muy importante dentro del proceso de Justicia Restaurativa, por lo que ambas partes si así lo requieren pueden contar con la asistencia de un abogado.

Los principios de la Justicia Restaurativa constituyen entonces una serie de factores que deben ser tomados en cuenta para garantizar así la recta aplicación de la misma en todos los procesos donde se pretenda llevar. Así, el permitir que pueda ser utilizada en cualquier estado y grado del proceso, la manifestación del consentimiento libre y voluntario que expresan las partes, las obligaciones razonadas y proporcionadas con el daño causado, concebir al imputado como un colaborador con el sistema de justicia y no como culpable al estar de acuerdo en participar en este proceso, la no agravación de la pena por incumplir los acuerdos, la participación imparcial de los facilitadores y la asistencia de un abogado, no son más que expresiones de las garantías a un debido proceso, a la defensa y a una tutela judicial efectiva, que también pueden existir y de hecho existen en un proceso de Justicia Restaurativa.

Mecanismos de la Justicia Restaurativa.

Los medios alternativos a la solución de conflictos pueden ser múltiples, sin embargo, en cuanto a los mecanismos utilizados por la Justicia Restaurativa, se hace referencia a los más importantes y utilizados en este tipo de procesos cuya finalidad es permitir la intervención de todos los afectados por el delito y buscar una solución alternativa al conflicto. Dentro de estos mecanismos se encuentran la conciliación, la mediación y la reparación integral, integrados por Márquez Cárdenas (2007)¹⁰⁴ y que serán desarrollados a continuación de la siguiente manera:

La Conciliación Pre-procesal: Ha sido concebida como un mecanismo a través del cual las partes por mutuo consentimiento llegan a un acuerdo para solucionar el conflicto generado por la comisión de un delito, claro está, siempre que la legislación permita en esos tipos de delitos llegar a un

¹⁰⁴Márquez Cárdenas (2007) La Justicia Restaurativa Versus la Justicia Retributiva. *Ibíd.* p.92.

acuerdo. Es también un método utilizado para descongestionar el sistema de administración de justicia al permitir la resolución de los conflictos fuera de los tribunales contando con la asistencia necesaria y la presencia de las partes. Es importante señalar que esta conciliación debe ser llevada a cabo con la participación de funcionario que pertenezca a los centros de conciliación autorizado para ello.

La finalidad de un proceso conciliatorio es evitar llevar procedimiento judicial por motivos de los gastos a nivel económico y del desgaste en el tiempo que esto conlleva. Es importante considerar que cada Estado debe adecuar en su ordenamiento jurídico la legislación correspondiente a regular el sistema de un proceso conciliatorio, el tiempo que este conlleva, los pasos a seguir, por lo tanto aquí se presenta un punto de vista general de la conciliación como mecanismo de resolución alterna para los conflictos, pero debe buscarse en la legislación correspondiente el procedimiento a seguir para llevar a cabo una conciliación como mecanismo fomentado por la Justicia Restaurativa.

La Mediación: como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos dentro de la Justicia Restaurativa se trata de la intervención de un tercero autorizado para ello (puede tratarse de un fiscal, de un delegado, de un juez, de un abogado, dependiendo de lo consagrado en cada legislación en particular), en donde la víctima y el ofensor tratarán de llegar a un acuerdo para resolver la controversia generada por el delito cometido, y también al igual que la conciliación requiere que en la legislación interna se permita resolver el conflicto por esta vía. La participación de ambas partes debe realizarse en forma voluntaria, por lo general, para evitar cualquier perjuicio mayor que se pueda ocasionar.

La función que cumple el mediador en este caso no es tomar una decisión arbitraria que vincule a las partes en forma obligatoria, sino actuar

como un facilitador para que la víctima y el ofensor puedan alcanzar un acuerdo que beneficie a ambos. Un punto muy importante, es que por medio de la mediación se permite que cada parte pueda conocer el punto de vista de la parte contraria, alcanzar un nivel de comprensión que permita acuerdos razonables, por lo tanto, se procura que las partes por ellas mismas comprendan que a través de sí mismas están creando justicia y pasivamente se acoplen a ella. ¿Cómo se lleva a cabo la mediación entre las partes? Puede decirse que en la práctica se realiza de la siguiente manera:

Lo primero que sucede es la intervención del mediador, para asegurar no sólo que las partes lleguen a un acuerdo, sino que también la comunicación entre ellas se dé la manera más apropiada posible. El mediador debe asegurarse de que cada una de las partes cuente con la capacidad psicológica suficiente para poder llegar a un acuerdo, es decir, se trata de constatar que la parte no se encuentre inhabilitada bajo ninguna circunstancia que conlleve a considerarla incapaz para la celebración de estos acuerdos. Sin embargo, también es importante velar porque el estado psicológico de la víctima no se vea afectado al ser reunida con el delincuente, debe buscarse las condiciones más adecuadas para garantizar un encuentro entre ambos que no sea generativo ni perjudicial para ninguna de las partes.

Luego procederá la reunión de las partes cuya finalidad será en primer lugar, tal y como lo ha señalado Márquez Cárdenas (2007)¹⁰⁵ identificar cuál ha sido la injusticia, rectificar el daño, es decir, tratar de repararlo, restaurar los perjuicios y establecer cronogramas de pago. Es importante tomar en cuenta que ambas partes darán su versión de los hechos, por lo tanto, el uso del derecho a ser oído será de forma igualitaria para ambas partes, no puede establecerse específicamente un parámetro para las víctimas y para el delincuente sobre lo que ellos tengan que decir, pero en líneas generales la

¹⁰⁵Márquez Cárdenas (2007) La Justicia Restaurativa Versus la Justicia Retributiva. *Ibíd.* p.92.

víctima debe hacer referencia a las consecuencias que el delito produjo en ella, las pérdidas que obtuvo, debe específicamente indicar cómo ha sido la forma en que la comisión del delito le ha afectado.

El delincuente entonces podrá explicar las razones que le llevaron a realizar esos hechos y de alguna manera expresar su remordimiento y la intención de reparar el daño. Por último, se procederá en forma definitiva a pactar los acuerdos que pueden ser contentivos de las diferentes sanciones a que pueda tener lugar dependiendo del delito que se trate, ya sea restitución, reparación o servicio a la comunidad.

Reparación: Constituye tanto un mecanismo como una sanción, y es que engloba uno de los factores más importantes a los que la Justicia Restaurativa hace referencia, pues la esencia principal de un proceso restaurativo es lograr la reparación del daño total causado a la víctima, y siempre en la medida de lo posible debe ser el ofensor quien repare este daño, haciendo uso de las diferentes formas de reparación que dependerán del tipo de daño que se haya causado. La reparación tiene una finalidad que se encuentra estrechamente vinculada con la pena y esto es por el efecto resocializador de la misma, ya que por medio de la reparación el delincuente asume las consecuencias de sus actos, asumiendo la reparación de un daño que el mismo ha causado y ofrece una oportunidad de acercamiento con la víctima que facilitará su reinserción en la sociedad.

Tipos de Sanciones en la Justicia Restaurativa.

En la Justicia Restaurativa, se persiguen varias finalidades, y entre ellas figura como la más importante, tratar de dejar a un lado como medio de sanción principal la aplicación de la pena privativa de libertad (por supuesto, en los casos en que esto pueda ser procedente) y utilizar medios alternativos de sanción que permitan trascender más allá de la simple privación de libertad, al lograr la reinserción efectiva en la sociedad de quien ha delinquido,

entonces, ¿Cómo puede lograrse la restitución del bien lesionado, el servicio a la comunidad afectada y la reparación del daño a la víctima? Formando las sanciones aplicables en los procesos de Justicia Restaurativa y que han sido determinados individualmente por Márquez Cárdenas (2007)¹⁰⁶ en su obra *la justicia restaurativa vs. La justicia retributiva*, de la siguiente manera:

Restitución: Restituir siempre que sea posible a la persona de la víctima en la situación jurídica en la que se encontraba antes de la comisión del delito, esto puede implicar restituir tanto materialmente los daños económicos sufridos a través de una suma de dinero que el ofensor otorgue a la víctima para reparar las consecuencias económicas del daño que le ha causado, así como también involucra la restitución en el ejercicio de un derecho el cual se había visto coartado como consecuencia del delito.

Es importante recordar que el principio general en materia reparación del daño, es tratar por todos los medios posibles la restitución total de la víctima, devolver lo que se ha perdido, ejercer lo que se ha impedido, es decir, permitir que esta se encuentre en una situación lo más parecido posible a la que se encontraba anteriormente, ya de no ser posible en este contexto, deberá buscarse otras formas de reparación.

El Servicio a la Comunidad: Todo delito cometido genera consecuencias que siempre van a trascender a la sociedad en general, causando temor, perturbación, alteración del orden público, pero la consecuencia más gravosa es el temor y la sensación de pérdida de la seguridad que deberían gozar y se presume por un momento inexistente, es tanto así que la sociedad también sufre un daño con la comisión de un hecho punible que debe ser reparado.

En este caso el delincuente es rechazado y su actuación repudiada,

¹⁰⁶Márquez Cárdenas, (2007) *Ibíd. p. 92.*

por lo que es él quien debe buscar la manera de reivindicarse con la sociedad, y no es a través de la prisión que el delincuente puede reivindicarse con ella, pues causa más temor en la sociedad el hecho de que determinada persona se encontró cierto tiempo en una prisión cumpliendo una condena. Es, por lo tanto, a través del servicio a la comunidad que el delincuente puede efectivamente reconciliarse con la sociedad por medio de su trabajo realizado en beneficio de la misma, responsabilizándose de sus actos y reparando el daño que él mismo ocasionó.

Reparación: Dentro del proceso de Justicia Restaurativa, la reparación se concibe de varias formas, así, será reparación individual cuando esta se conceda por medio del juez a una sola persona, quien ha sufrido el daño y amerita reparación. La Reparación será colectiva cuando exista la necesidad de reparar a determinado sector de la sociedad, debido a que con la comisión del delito la sociedad ha sufrido un daño que debe ser reparado.

La reparación será simbólica cuando tienda a garantizar por medio de diferentes acciones la no repetición de los hechos, el perdón público y también el establecimiento de la dignidad de la víctima, esto sucede cuando no es posible por ningún medio material reparar el daño causado, pues la única forma de hacerlo es a través de este medio. La reparación será material cuando en sí misma comprenda todos los actos tendientes a la indemnización de la víctima. Por último, existe la reparación integral que engloba por su necesidad la restitución, indemnización, rehabilitación y garantías de no repetición.

Al encontrarse un equilibrio entre estas formas de reparación, los fines de la Justicia Restaurativa como modo alternativo de sanción pueden resultar en su aplicación mucho más eficaces que los métodos empleados (en cuanto a su finalidad) en la aplicación de una pena privativa de libertad. Pues la Justicia Restaurativa se interesa tanto por la víctima como por el

ofensor en forma igualitaria, reconociendo los derechos de ambos, entendiendo que la reinserción del delincuente en la sociedad es un proceso muy importante que de forma efectiva evitará la reincidencia, y la reparación de la víctima específicamente en el daño causado en donde pueda sentir satisfacción y confianza en el sistema de justicia evitará los riesgos de una nueva victimización.

La Justicia Restaurativa como Medio Alternativo.

Una de las finalidades del desarrollo de este capítulo, es demostrar que la Justicia Restaurativa puede actuar eficazmente como un medio alternativo a la resolución de conflictos y a la justicia penal en cuanto a la aplicación de la pena privativa de libertad se refiere, abarcando el daño a repararse tanto en sus aspectos materiales como económicos siendo el más importante el sufrimiento que se ocasionó en la víctima, la inseguridad y la indignación producida en la sociedad, pues como se ha mencionado anteriormente las consecuencias de un delito trascienden también a la sociedad.

Es entonces la Justicia Restaurativa tal y como lo ha señalado Barboni Pekmezian (2014)¹⁰⁷ una alternativa interesante por varios motivos: la agilidad, coherencia, participación y responsabilidad con los que ella cuenta, los cuales desarrolla en su obra *“La Reparación del Daño en la Justicia Penal”* de la siguiente manera:

Agilidad: Con ello se refiere a una mayor agilidad en el sistema de justicia, debido a que hacer uso de los mecanismos que ofrece la Justicia Restaurativa como por ejemplo la mediación, permite descongestionar el sistema de administración de justicia de cada Estado, haciendo más liviana la carga que estos llevan, y ofreciendo a las partes interesadas, celeridad y

¹⁰⁷Barboni Pekmezian, L. La Reparación del Daño en la Justicia Penal (2014). *Óp. Cit.* p.103.

economía en sus procesos.

Coherencia: Con la normativa nacional e internacional de manera que no exista oposición o contradicción entre ellas, se reconoce que no puede existir una coherencia total y absoluta entre todas las legislaciones, pues existen muchas diferencias, sin embargo, debe procurarse que se dé efectivo cumplimiento a los convenios suscritos y ratificados por los Estados. Y es esto lo que la Justicia Restaurativa ofrece, la oportunidad de hacer efectivos los acuerdos y convenios ratificados por los Estados a fin de que los procesos restaurativos puedan llegar a cualquier parte del mundo.

Participación: La Justicia Restaurativa promueve la participación de la víctima en el proceso, pues se constituye en la pieza fundamental al ser quien ha sufrido el daño y quien puede estar más interesada en que este daño sea reparado. A lo largo del tiempo la víctima se ha conceptualizado en un papel de miedo, de exclusión, en una real y verdadera victimización que no le permite ingresar a ser parte del proceso como parte principal “porque no podrá ser capaz de llevarlo”, en la mayoría de los modelos de justicia a nivel mundial la víctima es parte del proceso sólo como un simple testigo. La Justicia Restaurativa promueve un nuevo rol a la víctima, dejando a un lado la vulnerabilidad y permitiendo que pueda por sí misma ser parte de la resolución del conflicto, permitiéndole escoger entre cualquiera de las alternativas presentadas por el proceso restaurativo.

Responsabilidad: Lo más importante es la responsabilidad que debe asumir el ofensor y que la Justicia Restaurativa promueve y consagra como uno de sus fundamentos más importantes, pues trata de inculcar en el ofensor la importancia de asumir la consecuencia de sus actos y hacerse responsable por el daño que ha causado no sólo a la víctima sino que también a la sociedad. Además, por medio de la responsabilidad que asume el ofensor se facilita su reinserción a la sociedad sin la tacha de criminal o

delincuente que muchas veces impide reinserción efectiva en la sociedad y conlleva a una reincidencia. Por lo tanto hacer que el ofensor se responsabilice por sus actos no debe verse sólo como una obligación de su parte, sino también como un beneficio para sí.

Proceso Restaurativo.

Dentro del proceso restaurativo se propicia el encuentro entre las partes a través de su interacción en forma dinámica y efectiva, su objetivo es como lo ha dicho las Naciones Unidas en el año 2006 (Citado en Olalde Altarejos, 2010)¹⁰⁸ es lograr un espacio en donde las partes no se sientan en presencia de un adversario o en un ambiente amenazador, como si estuviesen en medio de una guerra, se quiere que por medio de este espacio las partes que involucra a la víctima, el ofensor, incluso la sociedad en general puedan satisfacer efectivamente sus intereses. Ahora bien, en forma más concreta véase a continuación los aspectos más importantes de los cuales se encuentra compuesto el proceso restaurativo:

Objetivos Principales del Proceso Restaurativo: Es importante determinar ¿Cuáles son los objetivos que se persigue a través de un proceso restaurativo? Para ello Olalde Altarejos (2010)¹⁰⁹ en su obra *Mediación y Justicia Restaurativa* los ha descrito de la siguiente manera:

1. Apoyo a las víctimas: Ofreciéndoles asistencia que facilite su participación dentro del proceso, orientándoles y también animándolos a que expresen sus necesidades.
2. Reparación: De aquellas relaciones que han sido dañadas por el delito, por lo tanto, mediante un proceso restaurativo se buscará la mejor solución para repararlas.

¹⁰⁸Olalde Altarejos, J. A. (2010). *Mediación y Justicia Restaurativa. Ibíd. p.90.*

¹⁰⁹Olalde Altarejos, J. A. (2010). *Ibíd.*

3. Denunciar la conducta penal: El proceso restaurativo no obvia la necesidad de reprochar la conducta delictiva, al contrario, fomenta su denuncia y también la reafirmación por medio de ella de los valores que deben ser respetados dentro de la sociedad.
4. Fomentar la responsabilidad: Que por medio de la comisión del delito adquieren las personas ofensoras, se trata de constituirlos en verdaderos responsables asumiendo las consecuencias de sus actos.
5. Identificar lo Restaurativo con visión de resultados a futuro: Tomando en cuenta que en lo restaurativo se trata de devolver en la medida de lo posible las cosas al estado anterior en el que se encontraban, por eso se habla de una visión con resultados hacia el futuro, porque aunque no se pueda devolver inmediatamente a la situación anterior en la que se encontraba, es a medida que pase el tiempo, con la solución dada a la controversia que esto será posible.
6. Reducir la reincidencia: Esta es una de las finalidades que persigue la aplicación de la pena privativa de libertad, pero que tiene un gran fracaso, porque en los centros de reclusión las personas tienden empeorar su condición de delincuentes. La Justicia Restaurativa pretende a través de la promoción del cambio en la conducta del ofensor, facilitar su reinserción efectiva en la sociedad.
7. Identificar: Por medio del proceso restaurativo se logra identificar todos los factores que han conducido a la delincuencia, específicamente en la comisión de cada delito en particular, informando a las autoridades responsables de esos factores y además comunicando estrategias que permitan la reducción de los mismos.

Aspectos Indispensables del Proceso Restaurativo: Ahora bien, en el

proceso restaurativo existen al menos cuatro ingredientes críticos llamados así por Olalde Altajeros (2010)¹¹⁰ en razón de que deben existir siempre en todos los procesos restaurativos y estos son:

- Víctima Identificable: Esto constituye una parte vital para el proceso restaurativo, en razón de que la víctima es parte fundamental del mismo, y su identificación perfecta permite con mayor certeza el desenvolvimiento del proceso.
- Participación voluntaria de la víctima: No es suficiente con tener a la víctima plenamente identificada, sino que además debe contarse con su participación dentro del proceso en forma libre y voluntaria, sin que pueda evidenciarse ningún tipo de coacción al respecto.
- Persona ofensora que acepta la responsabilidad de su conducta: Es indispensable que el ofensor se encuentre dispuesto a aceptar que ha realizado esos hechos, asumiendo las consecuencias que se derivarán de esa admisión.
- Participación libre de coacción: Todos en un proceso restaurativo no deben ser obligados por medio de ningún tipo de fuerza a participar en él.

Críticas a la Justicia Restaurativa.

La Justicia Restaurativa tiene muchos beneficios y virtudes que a lo largo de este capítulo se han ido desarrollando, con lo cual se ha querido demostrar lo factible que resulta su aplicación como medio alternativo a la resolución de un conflicto. Sin embargo, la Justicia Restaurativa ha sido criticada a través de unas objeciones presentadas especialmente en materia penal desde la corriente garantista, las cuales pueden clasificarse en

¹¹⁰Olalde Altajeros, J. A. (2010). Mediación y Justicia Restaurativa. *Ibíd.* p.90.

objeciones fácticas y teóricas de la siguiente manera:

Objeciones Teóricas: Desde el punto de vista teórico la Justicia Restaurativa ha sido cuestionada en todo lo relacionado con la norma jurídica y el procedimiento judicial. Estas objeciones han sido mencionadas por González Ramírez (2012)¹¹¹ y dentro de las cuales destacan las siguientes:

- No prevalece el reconocimiento de la norma jurídica por el infractor. En este sentido, la norma jurídica ha sido creada para mantener el fin preventivo del Derecho, y que por medio de su conocimiento se instruya a la sociedad sobre la debida forma de actuar. Las normas jurídicas son garantías de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, en donde las personas sólo pueden ser castigadas al realizar los actos contrarios a los establecidos en la norma, es decir, en una forma más concreta, sus actuaciones deben encajar en el supuesto de hecho establecido por la norma para poder aplicar así la consecuencia jurídica al caso en particular.

Por lo tanto, se critica que en la Justicia Restaurativa prevalece la reparación del daño, el trato entre víctimas y ofensor, el reconocimiento de la responsabilidad, pero nunca se hace énfasis en el respeto que debe existir por las leyes ni mucho menos se fomenta el cumplimiento de las mismas. En un proceso restaurativo rara vez se lleva a la mesa las consecuencias que establece la norma jurídica y no se da a conocer al infractor la transgresión cometida a la norma y su trascendencia en el ordenamiento jurídico.

- Atenta contra el principio de igualdad formal. Los procesos restaurativos se caracterizan por la flexibilidad que existe en los acuerdos alcanzados, lo que podría traducirse que en algunos casos

¹¹¹González Ramírez, I. (2012). ¿Es la Justicia Restaurativa un Aporte a los Valores del Sistema Jurídico? *Ibíd. p.90.*

los acuerdos son más beneficiosos para unos participantes del proceso restaurativo que para otros, aunque se trate de los mismos hechos. Por ello se dice que la Justicia Restaurativa atenta contra el principio de igualdad formal, porque ante la ley todos son iguales y ante la realización de un mismo hecho corresponde la misma sanción.

- No se cumplen los principios de proporcionalidad y culpabilidad. Esto se debe a que en la Justicia Restaurativa se dan diversas respuestas al delito cometido, dependiendo de la actitud de la parte y también del nivel de afectación que existe especialmente en las víctimas, por lo que no existe una determinación objetiva de la sanción a imponer violentando en palabras de González Ramírez (2012)¹¹² “el principio de pena cierta y sus consecuencias de previsibilidad y certeza jurídica”
- Inobservancia de la presunción de inocencia y el debido proceso. Las garantías procesales constituyen para quienes son parte de un proceso la certeza y seguridad jurídica de que sus derechos serán respetados a total cabalidad, la presunción de inocencia y el debido proceso forman parte de las garantías procesales más importantes. Dentro de la Justicia Restaurativa el ofensor no cuenta a su favor con la presunción de inocencia, por lo tanto, al hacer parte de un proceso restaurativo se constituye en culpable inmediatamente, sin el debido proceso que pudiera permitirle demostrar su inocencia en caso de que fuera inocente, o atenuar su responsabilidad (en caso de que procediera algún tipo de atenuantes).
- Se cuestiona la necesidad de una previa declaración de responsabilidad o culpabilidad por una de las partes. La Justicia Restaurativa promueve una participación voluntaria dentro de sus

¹¹²González Ramírez, I. ¿Es la Justicia Restaurativa un Aporte a los Valores del Sistema Jurídico? (2012) *Ibíd.* p.90.

procesos, sin embargo, un requisito fundamental es que el ofensor se encuentre dispuesto a colaborar, por lo que tiene que asumir su responsabilidad y declararse culpable, muchas veces en los procesos restaurativos se fomenta el temor a llevar un procedimiento judicial, por lo que el ofensor puede llegar a sentirse presionado para declarar su culpabilidad, por miedo a llevar un proceso judicial o porque tiene otra opción.

- La confesión de la parte se obtiene sin el uso de las formas adecuadas. Tomando en cuenta el ordenamiento jurídico venezolano, en el Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹¹³, se establece que ninguna persona puede ser obligada a declararse culpable, y que solamente será válida la confesión cuando esta se haya obtenido sin ningún tipo de coacción.

De lo que permite desprenderse que una de las formas para obtener la confesión en el caso venezolano será en forma voluntaria, libre de cualquier amenaza o intimidación, expresa y sin que pueda darse lugar a dudas, así todos los ordenamientos jurídicos tienen determinadas formas que regulan la confesión de quien se declara culpable, en protección del ofensor y en garantía del debido proceso, por lo que si existiere dudas en la confesión, el Estado a través de su sistema de administración de justicia se encuentra en la obligación de investigar a profundidad los hechos hasta que pueda conocerse la verdad.

Dentro del proceso restaurativo el ofensor se declara culpable sin que su imputación este suficientemente probada por lo cual se permite la renuncia al esclarecimiento de los hechos por parte del Estado.

¹¹³Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (G.O N°36860). (1999, Diciembre 30). [Transcripción en Línea]. Disponible: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf [Consulta: 2020, Mayo 25].

- Se cuestiona la pureza del compromiso. No solamente existen cuestionamientos con respecto a la parte ofensora junto a sus derechos y garantías que deben ser observados. Sino que también desde el punto de vista del afectado por los hechos ocurridos se cuestiona la pureza y total disposición de formar parte de estos acuerdos, ya que en su mayoría las víctimas son de escasos recursos económicos, y no cuentan con los medios suficientes para costear los gastos que genera su participación en un procedimiento judicial, por lo que ven a la Justicia Restaurativa como única alternativa a la solución de su problema.
- La privacidad del proceso restaurativo atenta contra el principio de publicidad y transparencia del sistema penal. La publicidad y transparencia representan una garantía de la actuación judicial, por medio de las cuales en el proceso pueden formar parte todos los interesados, las audiencias son orales y públicas, lo que permite de alguna forma ejercer un control a las actuaciones judiciales y crear una convicción ante la sociedad de que efectivamente se ha realizado justicia.

Por el contrario, en el proceso restaurativo la privacidad es fundamental entre la víctima y el ofensor que son los únicos que forman parte en el proceso, entonces ¿de qué manera puede controlarse la actuación de los funcionarios que forman parte de un proceso restaurativo? ¿Cómo se garantiza a la sociedad que ante esa situación ha existido justicia? Estas interrogantes aún no han sido respondidas por la Justicia Restaurativa y ha sido precisamente una de las oposiciones más fuertes hacia su propuesta.

- El procedimiento judicial es necesario. El procedimiento judicial existe con una finalidad y es el esclarecimiento de los hechos, determinar las

responsabilidades, demostrar que verdaderamente una persona es culpable, o que es inocente. Por lo que en primer lugar ante la comisión de un delito tiene que iniciarse el procedimiento respectivo con la finalidad de esclarecer los hechos, y es posterior a ello cuando sea posible que pueden aprobarse los acuerdos entre las partes. Es necesaria entonces la intervención del sistema judicial y no sólo esto sino que además todos los acuerdos deben ser aprobados por el mismo sistema de administración de justicia.

Objeciones Fáticas: Desde el punto de vista fáctico la Justicia Restaurativa ha sido cuestionada por su ajuste en la realidad actual y la forma en cómo la misma se ha tratado de implementar. Así, éstas objeciones han sido mencionadas por González Ramírez (2012)¹¹⁴ bajo la consideración de dos aspectos principales:

- Configura sistemas paralelos que no llegan a constituir una verdadera alternativa al proceso. En la realidad fáctica que impera actualmente la Justicia Restaurativa no ha logrado impactar de una manera tal que se desplace a la justicia formal por la justicia restaurativa. Por ello se dice que se ha implementado un sistema paralelo porque aún existe el sistema de justicia formal que sigue siendo el más utilizado, de modo que la Justicia Restaurativa en la realidad no se concibe como una verdadera alternativa al conflicto.
- Falta de claridad para evaluar el perjuicio. Esta es una consecuencia de utilizar procedimientos informales que en sí mismos sólo conllevan a establecer compromisos desproporcionados con el bien jurídico

¹¹⁴González Ramírez, I. ¿Es la Justicia Restaurativa un Aporte a los Valores del Sistema Jurídico? (2012) *Ibíd.* p.90.

afectado, porque no se determina claramente cuál ha sido el alcance del daño.

Es importante conocer todas las formas a través de las cuales la Justicia Restaurativa ha sido cuestionada en su funcionamiento y eficacia, pues, aunque el objetivo principal de este capítulo es demostrar todos los beneficios que conlleva aplicar un sistema de Justicia Restaurativa en un proceso llevado a cabo por la comisión de un delito, es necesario dar a conocer también las desventajas que trae la aplicación de este sistema. Pues la Justicia Restaurativa es un modelo en desarrollo que se perfeccionará a medida que pase el tiempo y con el mismo irá adquiriendo fuerza, por ello es lógico que presente algunas deficiencias en su sistema, pero subsanadas estas pueden llegar a constituir un sistema de administración de justicia mucho más descongestionado y eficaz.

Por lo tanto, debe la Justicia Restaurativa prestar atención sobre todo a las objeciones teóricas formuladas en su contra, pues a nivel internacional se consagra una importancia a las legislaciones internas, que son fundamentales, así como los procedimientos que éstas establecen, las garantías del debido proceso, la presunción de inocencia, la importancia de los lapsos probatorios, de una sanción acorde con el delito causado, de la igualdad ante la ley, la publicidad y transparencia en los procedimientos judiciales. En lugar de constituirse a la Justicia Restaurativa como un enemigo de la justicia formal podría ser un complemento para mejorar el sistema actual.

La Pena.

La pena existe dentro del sistema de justicia que impera en el momento actual como una forma de reprimir y castigar las conductas delictivas en la sociedad, un medio de asegurarse que el delincuente entienda la gravedad de sus hechos y que la sociedad se asegure que el orden y la

seguridad que son responsabilidad del Estado siguen siendo pilares fundamentales de la protección que el mismo debe garantizar. Aunque en la actualidad la aplicación de una pena privativa de libertad es cuestionada por diversos sectores doctrinarios, e incluso se promueve el reemplazo de la privación de libertad como sanción por el delito cometido por los medios alternativos propuestos por la Justicia Restaurativa.

Sin embargo, la pena existe con un fundamento sólido, el cual muy difícilmente podrá ser desvirtuado, aun cuando se ha reconocido las decadencias que posee su utilización para intentar lograr la reinserción del delincuente en la sociedad, pues en la mayoría de casos los privados de libertad salen de los centros de reclusión y muy fácilmente se convierten en reincidentes del mismo delito o en actores de cualquier otro tipo de delitos, pues en los centros penitenciarios no se logra el nivel de educación y orientación necesario para que puedan auto- valerse por sí mismos, al contrario la realidad es que en las cárceles los presos tienen que luchar por sobrevivir, defenderse de ataques, unirse a los grupos que mandan, y por esto este tipo de sanción es una desventaja, pero no significa que mejorando su sistema pudiera ser un medio de reinserción efectivo del delincuente en la sociedad.

Es por ello, que la intención de quien hace este trabajo de investigación no es desvirtuar la aplicación de la pena privativa de libertad ni mucho menos desprestigiarla, pues es necesaria su aplicación cuando no existe otro medio de hacer responsable al delincuente y cuando su libertad representa un peligro para la sociedad, así, no se pretende que el autor de un homicidio intencional, repare el daño a los afectados y se mantenga en libertad, pues indudablemente ha realizado una acción que debe ser castigada por el ordenamiento jurídico y rechazada por la sociedad.

Es así, como existen casos en donde no se puede sustituir la pena

privativa de la libertad, sin embargo, tampoco puede sólo encerrarse al delincuente e ignorar por completo la situación de la víctima quien tiene derecho a una reparación y siempre que esté al alcance del delincuente es este quien debe repararla.

Así, las víctimas del delito de trata de personas, son explotadas constantemente, sufren de violencia tanto física como sexual y a su vez se les ocasiona un daño moral que afecta el desenvolvimiento de su personalidad y la realización de sus actividades rutinarias, esto aunado a la gravedad del delito cometido, no puede escaparse de la privación de libertad como infracción a la legislación y como autoridad que en todo Estado debe tener el sistema de administración de justicia, pero, ¿acaso justicia no es darle a cada quien lo que le corresponde? Al delincuente el castigo por su actuación y a la víctima la reparación del daño. Es por esto, que ante este delito los autores tanto materiales como intelectuales deben ser castigados conforme lo prevén las normativas vigentes, y a su vez ser obligados a la reparación del daño causado a la víctima.

En este capítulo, se ha dedicado la presente categoría a explicar los aspectos más relevantes e importantes de la pena, dentro de los cuales se incluyen su definición, fundamentos, efectos, ventajas, y la deferencia que existe entre la pena y la reparación. La pena es también una alternativa viable como sanción y castigo al delincuente, y a su vez el medio a través del cual el Estado ejerce la titularidad de la acción penal.

Definición:

Según Sepúlveda Crerar (2011)¹¹⁵ La pena es concebida como una consecuencia jurídica penal, prevista por el legislador y aplicada en todos sus ámbitos por el tribunal competente, a todas aquellas personas a quienes se

¹¹⁵Sepúlveda Crerar, E. (2011). Los Fines de las Penas. [Documento en Línea]. Disponible: <https://es.slideshare.net/fcarmonac/fines-de-las-penas-2011>[Consulta: 2020, Junio 06].

les atribuya su participación en un hecho punible, cuya acción u omisión se encuentre tipificado y sancionado por la legislación. Se caracteriza porque la aplicación de esta sanción a los responsables impide para ellos el libre ejercicio de algunos de sus derechos.

Por lo tanto, es la pena la sanción que dentro de la sociedad castiga, a quien ha realizado una conducta contraria a los intereses de la sociedad, convirtiéndose en delito y siendo merecedor de una pena privativa de libertad, también es el principal medio a través del cual el Estado ejerce su potestad de ser administrador de Justicia a través del tribunal competente y donde se pone en manifiesto a quien verdaderamente posee la titularidad del ejercicio de la acción penal. Se entiende pues a la pena como la forma que permite demostrar ante la sociedad el rechazo por la conducta realizada y las consecuencias que de ella se derivan para todo aquel que realice la misma conducta. Es así como fácilmente se desprende el temor que es infundido por la pena en la sociedad como una medida de represión.

Ahora bien, la aplicación de una pena privativa de libertad coarta los derechos de quienes son sancionados, así muchas de las personas que se encuentran en un centro de reclusión cumpliendo una pena privativa de libertad se encuentra sujetos a inhabilitaciones políticas y civiles, a interdicción, al libre desenvolvimiento de su personalidad, al libre ejercicio de la libertad, puesto que no podrán mientras dure la privación de su libertad, disponer libremente de todos sus derechos.

Ahora bien, la importancia de la pena privativa de libertad es la acción que realiza el Estado para proteger a la sociedad de quienes se han constituido como un peligro para la misma, permitiendo la separación del delincuente por un tiempo que se ha determinado necesario para la reivindicación del delincuente con la sociedad, por medio del tratamiento adecuado que debe recibirse en los centros de reclusión para facilitar así la

reinserción del penado en la sociedad. Es por ello que la pena cumple también una finalidad de protección, pues a través de su aplicación busca proteger a la sociedad de posibles acciones que cometidas agredan nuevamente a los habitantes de la sociedad.

Fundamento:

De acuerdo con Sepúlveda Crerar (2011)¹¹⁶ el fundamento de la pena se encuentra constituido principalmente por dos realidades sociales: primero, la producción del daño en la sociedad ¿por qué? Se debe a que la sociedad goza de ciertos bienes jurídicos que son los que hacen posible la convivencia dentro de sí misma (por ejemplo, el derecho a la vida, a la libertad, el respeto por la propiedad) y cuya afectación produce graves lesiones. Segundo, existe la posibilidad de responsabilizar a los autores de esas lesiones que afectan la convivencia en la sociedad y a sus ciudadanos, es decir, existe un responsable y una sanción para su actuación.

Así, el objetivo inmediato de la pena es la prevención de cualquier tipo de daños o riesgos que afecten a los bienes jurídicos que hacen posible la convivencia dentro de una sociedad (mientras se respete la propiedad ajena la convivencia se mantiene, mientras se respete el derecho a la vida la convivencia de igual forma se mantiene) y de lo cual se deriva la necesidad de mantener el orden dentro de la sociedad.

Efectos:

Díez Ripollés (2002)¹¹⁷ ha señalado como efectos legítimos de la pena, los siguientes:

¹¹⁶Sepúlveda Crerar, E. (2011). Los Fines de las Penas. *Óp. Cit. p.125.*

¹¹⁷Díez Ripollés, J. L. (2002). El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* [Revista en Línea], 103.
Disponible:<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3703/4543>[Consulta: 2020, Marzo 04].

La Inocuización del Delincuente.	La Resocialización del Delincuente.	La Intimidación del Delincuente.	La Intimidación de Posibles Delincentes.	La Socialización de Posibles Delincentes.	La Confirmación del Orden Social Básico.
--	--	--	---	---	--

- La Inocuización del Delincuente: Este efecto se materializa a través de la asignación al delincuente del cumplimiento de determinadas penas, entre las cuales destacan como principal la prisión, pero no impide a que pueda también estar sujeto a algún tipo de inhabilitación, suspensión, privación en el ejercicio de algún derecho, prohibición de acercamiento o comunicación, entre otras, esto con la finalidad de prevenir en el delincuente la comisión de futuros delitos, incidiendo sobre el mismo pues ha sido debidamente acreditado como responsable.
- La Resocialización del Delincuente: Se trata de cargas personales que debe soportar el delincuente y que por medio de ellas facilitarán la reinserción del delincuente en la sociedad. Es decir, se buscará la manera de que el delincuente pueda reivindicarse con la sociedad, a través del trabajo que se impone realizar al mismo en beneficio de la comunidad, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o cualquier otro supuesto.
- La Intimidación del Delincuente: Este efecto se logra tanto con la imposición como con la ejecución de la pena, pues a través de esto se producen ciertas represiones mentales en la persona del delincuente que influye de forma tal que permite la toma de decisiones en una mejor manera, evitando la reincidencia. Además, la experiencia en los

centros de reclusión también es influyente en esta decisión.

- La Intimidación de Posibles Delincuentes: En este caso se refiere a la intimidación de aquellas personas que están planeando la comisión de algún hecho punible mediante la preparación de actos que le conlleven a convertirse en un delincuente. Este efecto se causa principalmente con la imposición y la ejecución de la pena, pues de cerca siguen el cumplimiento de condena del delincuente principal lo que en muchas ocasiones refrena la decisión de delinquir.
- La Socialización de Posibles Delincuentes: Esta es una forma indirecta de la prevención del delito, en aquellas personas que si bien no se están planteando aún la posibilidad de cometer algún delito, desconocen algunos aspectos esenciales para la convivencia dentro de la sociedad, por lo que a través de ciertas representaciones mentales por medio de los efectos de la pena en quienes ya están cumpliendo una condena, así como también por medio del conocimiento impartido sobre la importancia del respeto y protección a los bienes jurídicos de los que goza cada ciudadano perteneciente a la sociedad.
- La Confirmación del Orden Social Básico: Procura evitarse en primer lugar que se pierdan las pautas de comportamiento social que han sido establecidas, lo que pudiera llevar a una alzada de la sociedad que posiblemente terminaría en consecuencias desagradables. Así por medio la pena la sociedad entiende que el Estado no ha perdido su autoridad y su poder de administrar justicia, también su papel como garante y protector de todos sus ciudadanos se confirma.

Este efecto de la pena, tiene relación con evitar la impunidad ante los ciudadanos, quienes rechazarían que no se castigue la comisión de

delitos que merecen una privación de libertad, como hoy en día puede verse a través de las diferentes protestas que se originan en contra de los gobiernos y del pésimo sistema de administración de justicia que lleva en algunos casos a la impunidad.

Diferencia entre Pena y Reparación:

La pena y la reparación del daño son dos conceptos distintos, pero se complementan para lograr una efectividad en la reparación de las consecuencias por el delito cometido. Tomando en cuenta lo estudiado en el capítulo dedicada la reparación del daño, así como lo estudiado en el presente capítulo, existe una diferencia fundamental digna de considerar entre pena y reparación:

PENA.	REPARACIÓN.
La aplicación de la pena es una consecuencia jurídica penal proveniente de la comisión de un hecho tipificado y sancionado por la legislación.	La reparación del daño hace referencia a todas aquellas medidas que se utilizarán en pro de hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas a los derechos por el delito.

Así, aunque se trate de conceptos distintos, entre ambos puede lograrse una forma de complementar y lograr la efectiva reparación del daño. Así a los autores materiales e intelectuales en el delito de la trata de personas, en donde las víctimas han sufrido daños graves, pues han sido abusadas y explotadas constantemente, impidiendo así el libre desenvolvimiento de su personalidad, se está en presencia de dos situaciones distintas: los tratantes que son considerados como delincuentes y deben ser sancionados al transgredir el ordenamiento jurídico; y las

víctimas que deben obtener una reparación acorde con el daño que se les ha causado.

Es aquí, donde existe el complemento entre pena y reparación, pues debe sancionarse a los tratantes con la aplicación de una pena privativa de libertad conforme a la legislación en donde estén siendo juzgados y sometidos a un procedimiento penal para determinar su culpabilidad y la cuantía de la pena aplicable, así como para reafirmar el orden básico social castigando y rechazando las acciones contrarias a la legislación que afectan también la dignidad del ser humano y vulneran el ejercicio de sus derechos fundamentales.

También debe a su vez, ordenarse a los tratantes siempre que esto sea posible por ellos mismos la reparación del daño total causado a la víctima, debiendo dentro del proceso independientemente de cualquier circunstancia implementarse medidas que desaparezcan en la víctima las secuelas de este delito, ayuda psicológica, social y médica, económica, así como la orientación necesaria para continuar con las actividades diarias de su vida y el libre ejercicio de sus derechos sin ninguna limitación.

Capítulo IV

Conocer la Forma de Acceso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Por medio de este capítulo pretende darse a conocer la forma a través de la cual se permite llevar al Sistema Interamericano de Derechos Humanos una petición por violación a los Derechos Humanos en la legislación interna, así se estudiarán los pasos necesarios a seguir para iniciar este procedimiento, siendo importante señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ofrece una amplia orientación sobre el acceso a la misma, lo cual será objeto de estudio a lo largo del desarrollo de este capítulo.

Historia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En primer lugar, se hace necesario conocer el origen del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), para determinar los aspectos fundamentales que han servido de pilares para el funcionamiento de este sistema. Así, el SIDH fue creado con la finalidad de brindar una protección especial a los Derechos Humanos, acerca de los cuales ninguna persona puede verse privada de su libre goce y ejercicio. Véase a continuación una breve reseña histórica sobre el origen y evolución del SIDH, mencionada por la propia Comisión IDH¹¹⁸.

El SIDH es un organismo internacional creado por la Organización de Estados Americanos (OEA), pues desde su constitución, todos los países miembros¹¹⁹ a través de ella se han convertido en promotores y garantes de

¹¹⁸ *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. (2015). [Página Web en Línea]. Disponible: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>[Consulta: 2020, Mayo 29].

¹¹⁹ Países miembros de la OEA: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominicana, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y

los Derechos Humanos, debido al contexto social que hizo surgir la necesidad de crear y a su vez implementar mecanismos que se encarguen de velar por la protección de los Derechos Humanos, especialmente de aquellos que constituyen un nivel de vulnerabilidad. Reconociendo la existencia de los mismos, y la importancia de brindar la protección necesaria a los intereses que estos tutelan.

A partir del año 1948, por medio de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, aprobada por la OEA, se da el primer paso correspondiente a la creación efectiva de un sistema encargado de velar por el cumplimiento y protección de los Derechos Humanos. Así también, a través de la denominada Carta de la OEA, se acoge como uno de los principios rectores de esta organización, los derechos fundamentales de las personas. Formando parte de un gran avance en materia de Derechos Humanos, pues es a partir de esta Carta que la OEA consagra el pleno respeto de los Derechos Humanos, entendiendo la importancia de los intereses que estos derechos tutelan.

Se concientizó, además, sobre la necesidad de alcanzar una buena convivencia dentro de la sociedad y procurar que la solidaridad sea concebida entre sus ciudadanos como un valor fundamental, determinando que el único método efectivo que permitiría el cumplimiento de este objetivo, es través del respeto y protección debida a los derechos que se constituyen esenciales para el hombre. Son esenciales por una razón y es debido a que el ser humano depende de la protección, garantía y respeto a estos derechos para convivir dentro de una sociedad, así, por ejemplo, el derecho a la vida, a la salud, la libertad, la propiedad privada, la educación... entre otros más, forman al hombre en su entorno y facilitan su relación con los demás.

La Carta de la OEA, encargada de regir el funcionamiento de la

las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Organización y de los Estados miembros, estableció la creación del primer órgano que pertenecería a este sistema de protección a los Derechos Humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), creada en el año 1959, teniendo su primera reunión en 1960, desde su creación, se atribuyó a la Comisión ser responsable del debido cumplimiento a los Derechos Humanos, así como de su promoción, observancia y respeto, también se le asignó la función de servir como órgano consultivo en materia de Derechos Humanos tanto para la Organización como para sus Estados miembros.

Para el año 1961, la Comisión en ejercicio de las funciones que le habían sido atribuidas, procedió a crear estrategias que le permitieran acercarse, y por sí misma comprobar la situación real de los Derechos Humanos en los países, naciendo así las denominadas *Visitas in Loco*, que no es otra cosa más que la materialización de las visitas que realiza la Comisión a determinados países, a fin de observar su situación general sobre los Derechos Humanos o dirigirse para investigar alguna situación en particular sobre esta materia. Desde el año 1961 la Comisión ha realizado 92 *visitas in loco* a 23 países miembros¹²⁰.

Durante la realización de estas visitas la Comisión además de observar la situación existente sobre los Derechos Humanos en determinado país, debe realizar un informe especial, por medio del cual da a conocer cuál es la situación sobre Derechos Humanos que existe en ese momento. Hasta la presente fecha, la Comisión ha publicado 60 de estos informes especiales, (puede referenciarse como un ejemplo de estas visitas, la *visita in loco* realizada por la Comisión a Brasil para observar el terreno de la situación de los Derechos Humanos en el año 1995).

Es hasta el año 1965, que la Comisión IDH recibe autorización, para la

¹²⁰Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Óp. Cit. p.37*

recepción y procesamiento de denuncias o peticiones sobre casos individuales, en los cuales existan violaciones a los Derechos Humanos. Convirtiéndose, en un avance muy importante en materia de Derechos Humanos, pues anterior a este momento, no existían los mecanismos necesarios para la interposición de peticiones ante el SIDH en forma individual, generando en las víctimas indefensión. Por lo tanto, cualquier persona víctima de violación a sus derechos humanos, a partir del año 1965 podrá dirigirse a través de los medios establecidos para ello (que serán objeto de estudio en páginas posteriores), ante la Comisión para interponer su petición, con la certeza de obtener efectivamente una respuesta oportuna ante su llamado. La Comisión IDH en el año 2011 habrá recibido alrededor de 19.423 casos, los cuales ya han sido procesados o se encuentran en procesamiento¹²¹.

Con la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en el año 1969, los Estados ratificantes, se comprometieron al respeto y garantía de los Derechos Humanos contenidos en esta Convención. Creándose, además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), con las atribuciones y procedimientos correspondientes tanto a la Corte IDH como a la CIDH, señalados en la Convención. Aún para este momento con la creación de la Corte, la Comisión sigue manteniendo facultades que le fueron otorgadas al momento de su creación, como se trata del procesamiento de peticiones individuales relacionadas con los Estados que aún no forman parte de la Convención¹²².

Instrumentos Regionales de Promoción y Protección de Derechos.

A lo largo de toda su existencia, el SIDH, se ha encargado de promover y crear instrumentos normativos para velar por la protección de los Derechos

¹²¹Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Ibíd. p.137*.

¹²²Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). [Página Web en Línea]. Disponible: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>[Consulta: 2020, Mayo 29].

Humanos, y a su vez, se han utilizado como un medio para instar a todos los Estados a la ratificación de los mismos dentro de su ordenamiento jurídico, a fin de mejorar los mecanismos de protección y garantía del respeto a los derechos humanos en la legislación interna. Así, se muestra a continuación, los instrumentos regionales de protección de Derechos Humanos, con la mención de los aspectos más relevantes, acerca de los cuales el SIDH hace una consideración especial.¹²³

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Adoptada el 2 de Mayo del año 1948¹²⁴, es el primer instrumento internacional en materia de Derechos Humanos de aplicación general. Esta declaración consagra a favor de todas las personas la protección y respeto a sus derechos humanos, pues los mismos forman parte de la dignidad y nacen como un atributo conferido a la personalidad, por lo tanto, independientemente del país donde se encuentre cualquier persona, siempre gozará de la titularidad de estos derechos. Se reconoce dentro de esa declaración que los derechos humanos no son producto de una creación legislativa, aclarando que la legislación es sólo un mecanismo utilizado para la protección de los mismos. A nivel internacional, esta declaración es una fuente principal de obligaciones para los Estados miembros de la OEA.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos: También conocida como el Pacto de San José de Costa Rica¹²⁵, fue adoptada el 22 de Noviembre del año 1969, entrando en vigencia para el 18 de Julio del año

¹²³ *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. (2015). [Página Web en Línea]. Disponible: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp> [Consulta: 2020, Mayo 29].

¹²⁴ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948). [Transcripción en Línea] Disponible: https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf [Consulta: 2020, Mayo 29].

¹²⁵ Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (No.32). (1969). [Transcripción en Línea] Disponible: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf [Consulta: 2020, Mayo 29].

1978. Su elaboración se debe a la cooperación entre diversos organismos internacionales entre ellos el Comité Jurídico Interamericano, los Ministros de Relaciones Exteriores, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos. Posterior a ello, sometida al Consejo de la OEA, y sujeta a comentarios por parte de los Estados y de la CIDH. A través de esta Convención se ampliaron los mecanismos de actuación de la Comisión y se creó la Corte IDH, ambos órganos destinados a la protección de los derechos humanos, a los cuales se les ha dado competencia para conocer de todos los asuntos relacionados con la obligación de los Estados, en cuanto al cumplimiento de los compromisos contraídos por esta convención se refiere.

Actualmente, 24 Estados miembros de la OEA forman parte de esta Convención.

Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura: Adoptada el 9 de Diciembre del año 1985¹²⁶, entró en vigencia el 28 de Febrero de 1987. Dentro de esta Convención se establece una definición de tortura además de la determinación de la responsabilidad para aquellos a quienes se atribuye la Comisión de este delito.

Los Estados partes se comprometen por medio de esta Convención a implementar los mecanismos necesarios para el castigo y represión de este hecho delictivo, así como de las personas que cometen actos de tortura, a fin de que efectivamente, pueda prevenirse la comisión de cualquier acto que implique un trato cruel, inhumano o degradante dentro de su jurisdicción. Resulta además de vital importancia evitar la impunidad ante este delito, por lo tanto, se prohíbe la evasión de la acción judicial correspondiente intentando huir a cualquier Estado parte de esta Convención.

¹²⁶Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. (1985). [Transcripción en Línea] Disponible: http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/AdjuntosTratados/65f89_OEA-1985%20TORTURA.PDF[Consulta: 2020, Mayo 29].

Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Adoptado el 17 de Noviembre del año 1988, también conocido como Protocolo de San Salvador, entró en vigencia para el 16 de Noviembre del año 1999. Este Protocolo se crea en base al artículo 77 de la Convención Americana donde se dispone la facultad de incluir cualquier derecho o libertad que amerite un régimen de protección mediante la creación de protocolos con esta finalidad.

Los Estados se comprometen por medio de este protocolo a utilizar todos los recursos y mecanismos disponibles para garantizar la protección y el libre ejercicio en forma eficaz de los derechos contenidos en este protocolo. Así, en el artículo 19 se incluye la posibilidad de presentar peticiones cuando exista violación a los derechos humanos, por ejemplo, la libertad sindical consagrada en el artículo 8, y el derecho a la educación establecido en el artículo 13¹²⁷.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer: Denominada también como la Convención de Belém do Pará, adoptada el 9 de Junio del año 1995¹²⁸, entrando en vigencia para el 5 de Marzo del año 1995. Dentro de este instrumento se incluye una definición importante y detallada sobre las formas de violencia existentes contra la mujer, dentro de las cuales se encuentran la violencia física, sexual y psicológica en razón de su género. Así mismo, dispone que todas las mujeres tienen el derecho a llevar una vida libre de violencia, especialmente sin discriminación por su condición de ser mujer, de estar en embarazo o por cualquier otro tipo de circunstancias.

¹²⁷Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1988). [Transcripción en Línea] Disponible: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>[Consulta: 2020, Mayo 29].

¹²⁸Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. (1995). [Transcripción en Línea] Disponible: https://www.oas.org/dil/esp/convencion_belem_do_para.pdf[Consulta: 2020, Mayo 29].

Los Estados parte se han comprometido por medio de esta Convención, sancionar a quienes realicen actos ofensivos en contra de los derechos protegidos a las mujeres, como una forma de reconocer el respeto y protección a los derechos de los cuales gozan, en un marco igualitario para todos los miembros de la sociedad, entendiendo que no por ser mujer, sus derechos se encuentran disminuidos o carentes de protección. Es, por lo tanto, de vital importancia, que se adopten las medidas necesarias no sólo para prevenir sino para erradicar totalmente cualquier forma de violencia en contra de las mujeres.

Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas: Adoptada el 9 de Junio de 1994 entrando en vigencia para el 28 de Marzo del año 1996¹²⁹. La desaparición forzada de personas, es un delito que ha sido consagrado a nivel internacional como un crimen de lesa humanidad, en donde se producen consecuencias desgarradoras para los habitantes de la sociedad.

Es el primer instrumento a nivel internacional relacionado con esta materia considerada compleja, porque existe dentro de este delito violación a múltiples Derechos Humanos fundamentales, además se caracteriza porque el Estado es el principal agente responsable de su comisión, ya sea por sí mismo o por grupos que actúan con su autorización. Por lo tanto, el compromiso es para el Estado y sus órganos quienes deben comprometerse a la abstención de realizar y permitir que se realice la desaparición forzada de personas bajo ninguna modalidad, es decir se les insta a establecer un nivel de tolerancia cero contra este tipo de actuaciones.

De igual manera, debe evitarse la impunidad, sancionando tanto a los

¹²⁹Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas. (1994). [Transcripción en Línea] Disponible: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-interamericana-desaparicion-forzada-personas.pdf>[Consulta: 2020, Junio 11].

autores, como cómplices y encubridores que participen den cualquier forma en la comisión del delito o en su posterior encubrimiento, pues el castigo debe efectuarse sin importar el cargo que estas personas ocupen dentro del ejercicio del poder en el Estado. Debe impedirse la evasión de la justicia por todos los medios posibles, sancionando en cualquier Estado donde se encuentren los responsables, por ello es necesario que dentro de la legislación interna se proceda a la tipificación de la desaparición forzada de personas como delito y se ejecuten las medidas necesarias para erradicarlo.

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad: Adoptada el 7 de Junio del año 1999¹³⁰, entrando en vigencia para el 14 de Septiembre del año 2001. El objetivo principal de esta convención es eliminar la discriminación en contra de las personas que posean algún tipo de discapacidad, promoviendo su integración dentro de la sociedad a través de la implementación de los mecanismos necesarios para facilitarlos, como, por ejemplo, ofertas especiales de trabajo, con cargos que tomen en cuenta los diferentes tipos de discapacidades existentes, facilitando el libre desenvolvimiento a pesar de las limitantes existentes.

La Carta Democrática Interamericana: Es el instrumento en materia de derechos humanos más importante dentro del SIDH, adoptado el 11 de Septiembre del año 2001. Dentro de esta carta, se reafirma la importancia de dar protección y promoción a los Derechos Humanos, los cuales constituyen un requisito *sine qua non* para la existencia una sociedad democrática, en donde la democracia permite el libre ejercicio de las libertades fundamentales y por ende, el libre ejercicio de los Derechos Humanos junto a

¹³⁰Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. [Transcripción en Línea]. Disponible: http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/AdjuntosTratados/064dd_OEA-1999%20DISCAPACIDAD.PDF [Consulta: 2020, Junio 11].

su carácter universal, indivisible e interdependiente. Así mismo, en el Art. 8 de la Carta Democrática Interamericana se consagra la facultad de acudir al sistema interamericano a través de una petición o denuncia por violación a los derechos humanos.

Es así como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, contiene una amplia gama de instrumentos con carácter internacional, destinados a la promoción y protección de los Derechos Humanos fundamentales, compuestos tanto de deberes para los Estados que ratifiquen estos instrumentos, como el reconocimiento de los diversos Derechos Humanos para los habitantes de cada país, con la garantía de su respeto y el debido acceso a la justicia en caso de indefensión cuando se haya cometido una violación a los mismos.

Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se encuentra formado por dos órganos fundamentales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ambos encargados de proteger y promover a nivel internacional el respeto a los Derechos Humanos, sancionar violaciones, y recibir peticiones o denuncias individuales ante violación de los mismos, aunque tienen diversas funciones, se complementan entre sí para alcanzar esta finalidad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

De acuerdo con Pelayo Moller (2015) en su obra *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*¹³¹ hace una breve reseña

¹³¹Pelayo Moller C.M (2015). *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos* [Libro en Línea]. Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Editorial CNDH México.
Disponible: http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CSIDH_IntroduccionSist

sobre la Comisión, su origen y evolución. Así, la Comisión IDH fue creada a través de una resolución emanada de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en el año 1959. Compuesta por siete integrantes elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización, debiendo cumplir para ello con los siguientes requisitos: ser de reconocida autoridad moral, además de poseer un amplio conocimiento en cuanto a los derechos humanos se refiere.

El periodo de los integrantes de la Comisión en su mandato, tiene una duración de 4 años, pudiendo ser renovados únicamente por un solo periodo adicional. La Comisión tiene una directiva compuesta por un presidente, primer vicepresidente, segundo vicepresidente, cuyo periodo de duración dentro de la directiva tendrá una duración de un año, con la posibilidad de ser reelegidos por una sola vez en cada periodo de 4 años.

La Comisión IDH tiene como pilar fundamental velar por la observancia, defensa y promoción de los Derechos Humanos en los países que integran las Américas¹³², además, en el Estatuto de la Comisión se establece en forma detallada las atribuciones y funciones asignadas a la Comisión, en los artículos 18, 19 y 20 de dicho estatuto. Es importante tomar en cuenta que estas funciones y atribuciones varían según se trate de Estados que formen parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues sobre aquellos Estados que no son parte de la Convención, la Comisión tendrá su competencia basada en la Carta de la OEA y demás instrumentos jurídicos internacionales en materia de Derechos Humanos que hayan sido suscritos y ratificados por los Estados.

Ahora bien, en cumplimiento de las funciones y atribuciones,

[emaInteramericano-3aReimpr.pdf](#) [Consulta: 2020, Marzo 27].

¹³²Los países que integran las Américas son: Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Uruguay, Venezuela, Honduras, Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Haití, Nicaragua, Cuba, Paraguay, Estados Unidos, Canadá, México, Perú, República Dominicana y Panamá.

referidas dentro del Estatuto de la Comisión IDH¹³³ destacan las siguientes:

- Recibir, analizar e investigar, todas peticiones individuales por violación a los Derechos Humanos. Como garantía de obtener una tutela judicial efectiva a los derechos e intereses y reparación del daño ocasionado, ya sea que en la legislación interna no se haya obtenido esta tutela a pesar de haber agotado todos los recursos judiciales disponibles, o cuando sea imposible acudir a los medios de defensa internos.
- Observar la situación general en materia de Derechos Humanos en los Estados miembros, así como la publicación del respectivo informe especial. Por lo tanto, en ejercicio de esta atribución la Comisión puede de oficio dirigirse a la verificación de cualquier situación relacionada con esta materia, siempre que su competencia esté reconocida por esa jurisdicción.
- Realizar *visitas in loco*, las cuales de acuerdo con lo mencionado en páginas anteriores, tendrán como finalidad observar la situación general sobre Derechos Humanos en determinado país o investigar una situación específica.
- Estimular la conciencia pública sobre el respeto a los Derechos Humanos. Lo que puede lograrse a través de la publicación de informes sobre temas que se encuentren relacionados con esta materia por medio de la publicación de informes, un ejemplo de estos informes, son aquellos que la Comisión publica con las medidas que deben adaptarse para garantizar un mayor acceso a la

¹³³Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (No.447). (1979). [Transcripción en Línea]. Disponible: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_CIDH.pdf[Consulta: 2020, Mayo 30].

justicia.

- Presentar casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como comparecer durante la tramitación y consideración de los mismos. La Comisión presentará los casos ante la Corte IDH sólo en caso de que halle procedente y necesario que sean llevados a la misma, es por ello que previamente se someterá la petición a una etapa de estudio.

Para el cumplimiento de estas funciones, la Comisión cuenta con el apoyo legal y administrativo de una Secretaría Ejecutiva que se encuentra a su disposición, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de la Comisión¹³⁴ la Secretaría Ejecutiva es la encargada de preparar los proyectos, resoluciones o estudios para el posterior estudio de la Comisión o el presidente de la Comisión según corresponda. De igual manera, es a través de la Secretaría Ejecutiva que se recibe y da trámite a la correspondencia con las peticiones y comunicaciones que se dirigen a la Comisión.

Sobre el Reglamento de la Comisión¹³⁵ es importante hacer algunas consideraciones, el Reglamento actual es del año 2013, se encuentra compuesto por 80 artículos y dividido en 4 títulos, dentro de los cuales se encuentra lo siguiente:

- El título I, hace referencia a la organización de la Comisión, explicando la naturaleza y composición de la misma, su funcionamiento y cada uno de sus miembros.
- El título II, se refiere al procedimiento llevado a cabo ante la Comisión

¹³⁴Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). [Transcripción en Línea]. Disponible: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/ReglamentoCIDH2013.pdf> [Consulta: 2020, Mayo 31].

¹³⁵Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Ibidem*.

para la tramitación de las peticiones, las observaciones sobre las *visitas in loco*, los informes realizados por la Comisión, y la celebración de las audiencias.

- El título III, hace mención de la relación de la Comisión con la Corte Interamericana. Además contiene útilmente la definición sobre lo que habrá de entenderse por delegados, asesores, testigos y expertos. Se desarrolla a su vez, el procedimiento a seguir cuando la Comisión decide llevar un caso ante la Corte.
- El título IV, último capítulo del reglamento, se refiere a las disposiciones finales sobre la interpretación, modificación y entrada en vigencia del reglamento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos:

De acuerdo con Pelayo Moller (2015)¹³⁶ y su estudio detallado realizado a los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte IDH, se creó a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el año 1969, vista la necesidad de establecer un sistema judicial internacional para la defensa y protección de los derechos humanos, que sancione cuando sea debido la violación a estos derechos. Así, la Corte IDH se encuentra compuesta por siete jueces, quienes son elegidos a título personal, siempre que se constate el previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Ser un jurista de la más alta autoridad moral y probidad. Debe ser una persona que ejerza la profesión de Abogado.
- Tener una competencia reconocida en materia de Derechos Humanos.

¹³⁶Pelayo Moller (2015). *Óp. Cit. p.146.*

- Reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las funciones judiciales más elevadas, esto conforme a la legislación interna del Estado que los postule como candidatos. En este caso, deberá tomarse en cuenta cuáles son las condiciones para ejercer la función judicial en la legislación interna, refiriéndose a las más elevadas, por ejemplo aquellas necesarias para ingresar al máximo Tribunal, en Venezuela, deberá cumplir con los requisitos exigidos para ser Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia.

Los jueces de la Corte, ejercen esta función por un periodo de seis años, siendo autorizada su reelección por una sola vez, así mismo, será la Corte quien elegirá a su presidente y vicepresidente por un periodo de dos años, los cuales podrán ser reelegidos. Al no establecerse una reelección por un solo periodo, se entiende que podrán ser reelegidos por más de un único periodo.

De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 1 del Estatuto de la Corte¹³⁷, al ser una institución judicial posee toda la autonomía necesaria que permita cumplir con su objetivo principal, y esto es, aplicar e interpretar correctamente la CADH. Para ello se le atribuye a la Corte el ejercicio de dos funciones:

En primer lugar se asigna a la Corte la función jurisdiccional establecida en los artículos 61, 62 y 63 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos¹³⁸, referida sólo a la Comisión y a los Estados parte en la Convención que han reconocido la competencia de la Corte IDH, puesto que sólo de esta manera se puede acudir a la Corte para obtener una decisión con respecto a la interpretación y aplicación de la Convención,

¹³⁷Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (No.448). (1979). [Transcripción en Línea]. Disponible: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_CortelDH.pdf[Consulta: 2020, Mayo 31].

¹³⁸Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). *Óp. Cit. p.141*

siempre que se haya agotado el procedimiento previo que debe tener lugar ante la Comisión, previsto en los Arts. 48 y 50 de la Convención.

Esto significa, que deberá primeramente ser reconocida la competencia de la Corte por parte de los Estados miembros, así como también deberán manifestar su voluntad de someterse a la misma y cumplir las decisiones por ella tomadas. El reconocimiento de la competencia de la Corte puede realizarse expresamente para todos los casos o bien para algunas situaciones en particular durante un tiempo determinado o caso específico, siempre que exista la reciprocidad como condición esencial.

En segundo lugar, se asigna a la Corte IDH una función de consulta establecida en el Art.64 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos¹³⁹, según la cual cualquier Estado miembro puede solicitar de la Corte una consulta que pudiere versar sobre la interpretación tanto de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos como de cualquier otro instrumento protector de los Derechos Humanos en los Estados Americanos, esta función también podrá ser utilizada por los órganos establecidos en el Art. 53 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos¹⁴⁰:

- a) La Asamblea General.
- b) La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores.
- c) Los Consejos.
- d) El Comité Jurídico Interamericano.
- e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹³⁹Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). *Ibidem*.

¹⁴⁰Carta de la Organización de los Estados Americanos. (1948). [Transcripción en Línea]. Disponible: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf [Consulta: 2020, Junio 1].

- f) La Secretaría General.
- g) Las Conferencias Especializadas.
- h) Los Organismos Especializados.

También podrá solicitarse la opinión de la Corte en el ejercicio de esta función consultiva para determinar la compatibilidad entre leyes internas y los tratados de protección existentes en materia de Derechos Humanos.

El Estatuto de la Corte IDH, tiene un reglamento cuya reforma vigente es del año 2009, y en sus disposiciones transitorias este reglamento establece dos aspectos muy importantes¹⁴¹:

1. Todos aquellos casos que hubiesen sido sometidos a la Corte, en la vigencia del anterior reglamento, continuarán en su tramitación por ese mismo reglamento. Lo que permite evidenciar la estrecha relación que se guarda con el principio de irretroactividad de la ley, como una forma de beneficiar y no perjudicar a las partes que se encontraban en la tramitación de un procedimiento ante la Corte.
2. Esta disposición de irretroactividad, también se aplicará a aquellos casos en los que la Corte hubiese emitido un informe de aprobación antes de la entrada en vigencia del nuevo reglamento, los cuales también se continuarán en su tramitación por el reglamento anterior.

Es importante dar a conocer, que dentro de la Corte existe un fondo destinado a la asistencia legal de las víctimas, regulado en su funcionamiento por el reglamento de la Corte dictado para tal fin, dentro del cual se indica la oportunidad para interponer la solicitud que permita

¹⁴¹Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). [Transcripción en Línea]. Disponible: https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf [Consulta: 2020, Junio 1].

acogerse a este fondo, así como también el procedimiento para determinar su procedencia y asignación.

¿Cómo Iniciar la Tramitación de una Petición ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, consagra la posibilidad de acudir ante sus órganos en forma individual para interponer una petición o denuncia cuando exista una violación a los Derechos Humanos, los cuales deben y en efecto gozan de una tutela efectiva y protección ante cualquier amenaza.

Ahora bien, supóngase que se produce a determinada persona una violación a sus Derechos Humanos fundamentales, afectando, por ejemplo, el ejercicio de su derecho a la libertad, y no contando con los medios necesarios de protección y defensa dentro del ordenamiento jurídico interno, decide acudir ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, porque ha sido de su conocimiento que este organismo internacional se encarga de la promoción, protección y defensa de los Derechos Humanos, y que así mismo, posee mecanismos para la recepción de peticiones o denuncias de carácter individual sobre violaciones a los Derechos Humanos, le surgen las siguientes interrogantes ¿cuáles son los pasos a seguir para el acceso a este sistema? ¿Existe un procedimiento? Y en caso de haberlo, ¿Cómo conocerlo?

A continuación, se procederá al estudio en forma detallada de los pasos necesarios indicados por la propia Comisión IDH (pues es ante la Comisión en donde se interpone inicialmente la petición) para dar cumplimiento al respectivo procedimiento que permitirá la tramitación de las peticiones interpuestas ante este Sistema.

La presentación de una petición ante la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos, se realiza con la finalidad de obtener ayuda ante el daño sufrido por violaciones a los Derechos Humanos. Ante esta situación, la Comisión inicia el procedimiento investigando los hechos ocurridos y podrá formular las recomendaciones necesarias al Estado para que se responsabilice y además procure el restablecimiento a la víctima del goce de los derechos violentados (siempre que esto sea posible). Las recomendaciones que la Comisión puede formular a los Estados, deben dirigirse principalmente a la prevención de hechos similares que puedan terminar en una violación a los Derechos Humanos, también deberá instar a los Estados a realizar las investigaciones necesarias sobre los hechos ocurridos y reparar el daño ocasionado.

Para facilitar y servir como medio de orientación que facilite interponer una petición, la Comisión IDH ha preparado una **Hoja Informativa**¹⁴², y por medio de ella, la Secretaría Ejecutiva de la CIDH informa a los usuarios peticionarios una serie de medidas que deberán ser tomadas en cuenta y cumplidas a cabalidad, cuando se desee interponer una petición, pues su finalidad es orientar sobre la tramitación de peticiones que se encuentren en etapa de estudio o que se encuentren en una revisión inicial ante la Comisión. La implementación en forma adecuada de las medidas nombradas a continuación, permitirá descongestionar y usar en forma eficiente los recursos proporcionados por la Comisión:

1. Al presentar una petición ante la Comisión, su recepción se confirma por medio de la denominada carta de acuse de recibo de petición. Será entonces a partir del momento en que es emitida esta confirmación de recepción de la petición que la misma pasará a

¹⁴²Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Información relevante sobre peticiones en etapa de estudio ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [Documento en Línea]. Disponible: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/docs/MedidasTramitacionPeticones-es.pdf>[Consulta: 2020, Junio 1].

etapa de estudio o revisión inicial. De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 26 del Reglamento de la Comisión¹⁴³, la Secretaría Ejecutiva se encuentra en la responsabilidad de estudiar y tramitar inicialmente todas las peticiones, siempre que hayan sido presentadas con el debido cumplimiento de los requisitos exigidos para su recepción.

2. La Secretaría Ejecutiva de la Comisión asigna un número a cada petición que recibe. Este número es el método que utiliza la Comisión para identificar las peticiones, por lo tanto, siempre que se dirija a la Comisión, deberá hacerse mención del número asignado.
3. La revisión de las peticiones se realiza de manera cronológica, de acuerdo a lo establecido por el Reglamento de la Comisión al señalar que las peticiones deberán ser estudiadas en el orden de entrada. Sin embargo, el mismo Reglamento de la Comisión establece algunas excepciones que permitirán según se adecue a las circunstancias adelantar la evaluación de la petición¹⁴⁴:
 - El transcurso del tiempo prive a la petición de su efecto útil.
 - Las presuntas víctimas sean personas privadas de libertad.
 - El Estado manifieste formalmente su intención de entrar en un proceso de solución amistosa.
 - La decisión tenga el efecto de remediar situaciones graves que tengan impacto en el goce de los Derechos Humanos.
 - Por última excepción se establece que la decisión pueda impulsar cambios legislativos evitando la múltiple recepción de peticiones sobre el mismo asunto. Con la finalidad de no

¹⁴³Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Óp. Cit. p.149.*

¹⁴⁴Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Ibidem.*

congestionar la Secretaría Ejecutiva de la Comisión.

No obstante, quienes presentan una petición o denuncia ante la Comisión tiene que tomar en cuenta que anualmente se reciben una inmensa cantidad de solicitudes y además reconociendo que en principio la revisión será por orden cronológico de entrada, el trámite de revisión inicial podría demorar cierto tiempo.

4. De ser necesario la Secretaría Ejecutiva de la Comisión podrá requerir la información adicional que considere pertinente sobre la petición realizada. Ante esta circunstancia sólo deberá ser suministrada la información solicitada, pues sólo sobre esta la Comisión confirmará su recepción.
5. Cualquier escrito solicitado por la Secretaría Ejecutiva deberá ser enviado a través de los formatos digitales, utilizando para ello como medio principal una dirección de correo electrónico, identificando la petición con el número asignado previamente. Debe evitarse el envío de documentos originales, puesto que la Comisión no devuelve ningún tipo de documentos. Además, no es un requisito exigido por la Comisión presentar los documentos legalizados o apostillados, por lo que será válido una copia simple.
6. Se recomienda utilizar para el envío de cualquier información solicitada: correo electrónico, correo postal, facsímil o cualquier otra vía siempre que se encuentre disponible.
7. Es responsabilidad de quien interpone una petición actualizar toda la información que permita facilitar su contacto con la Comisión y viceversa. Debido a que la Comisión solamente mantendrá contacto con aquellas personas que han sido acreditadas para ello dentro de

su sistema. Entonces, surge una interrogante ¿puede acreditarse a un representante legal ante la Comisión? Efectivamente esto es posible.

8. No es necesario que quien interpone una petición se apersona directamente a la Sede de la Comisión, puesto que ello acarrea un gasto económico considerable que en su totalidad debe ser cubierto por quien desee dirigirse a ella, además la Comisión ofrece los medios virtuales necesarios para el seguimiento de la petición desde casa. Más aún, debe evitarse dirigirse a la Comisión cuando todavía no se tiene certeza de que la petición efectivamente se encuentre en etapa de estudio.
9. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, hace del conocimiento de todos sus usuarios que sus servicios son gratuitos. Por lo tanto, debe evitarse ser víctima de fraude, ante cualquier persona que pida una cantidad de dinero a cambio de agilizar o llevar trámites ante la Comisión, no es considerado fraude el pago de los honorarios profesionales a un abogado para que ejerza su representación.

Portal del Sistema Individual de Peticiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Luego de tener conocimiento sobre las bases iniciales para la interposición de una petición, como el número asignado, los medios para enviarla, la información adicional y algunas recomendaciones dadas por la Comisión IDH, es necesario la creación de una cuenta dentro del Portal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, siendo este portal, una página web que permite la creación de una cuenta individual para cada peticionario, a través de la cual podrá hacerse seguimiento a las peticiones interpuestas, los trámites solicitados, el estado en que se encuentre la petición, y también la solicitud para la aplicación de medidas cautelares. Así,

este portal se encuentra dividido en dos secciones: términos y condiciones de uso, y un manual de uso para peticionarios que ofrece información detallada sobre la creación de la respectiva cuenta.

Términos y Condiciones de Uso.

Antes de proceder a la creación de una cuenta dentro del portal, el usuario deberá leer y efectivamente aceptar las condiciones y términos de uso establecidos por la CIDH¹⁴⁵, que serán estudiados en forma detallada a continuación:

Condiciones Generales: Estas condiciones, tienen su ámbito de aplicación a la página web del portal de la Comisión IDH, al cual puede ingresarse a través del enlace www.oas.org/en/iachr, así como también regirá el cumplimiento de estas condiciones para todos aquellos sitios vinculados con el enlace www.oas.org ya sea que se encuentren vinculados por Secretaría General de la OEA, sus órganos y entidades afiliadas. Cuando el usuario ingresa al portal y se registra como un usuario, automáticamente se ha entendido que acepta las condiciones de uso establecidas.

1. Es responsabilidad del usuario actualizar la información suministrada al momento de su registro en el portal así como mantenerse al día de los cambios efectuados por la Comisión, pues en cualquier momento pueden modificarse las condiciones de uso y algunos aspectos del portal sin que esto genere en la Comisión responsabilidad alguna por la falta de la información al usuario. Se entenderá además que ha habido una aceptación tácita de estas condiciones por parte del usuario cuando luego de realizadas se siga haciendo uso del portal.
2. La información contenida dentro del portal únicamente será a título

¹⁴⁵Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Portal del Sistema Individual de Peticiones de la CIDH Términos y Condiciones de Uso*. [Documento en Línea]. Disponible: <http://www.oas.org/es/cidh/portal/docs/Portal-TermsOfUse-ES.pdf>[Consulta: 2020, Junio 2].

informativo, por lo tanto se prohíbe su utilización para fines comerciales sin la previa autorización de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. A su vez, se hace la salvedad que la Secretaría General de la OEA no se hace responsable por los actos que puedan realizarse como consecuencia de la información obtenida del portal.

3. Constituye un requisito *sine qua non* que el usuario del portal se comprometa a indemnizar por concepto de daños, pleitos, gastos, o acciones judiciales que surjan como consecuencia del uso del portal y la información que de allí se obtenga. Pero, ¿a quién indemnizar? A la Secretaría General de la OEA, la propia OEA, y al personal de la Secretaría General de la OEA.

Adicionalmente, al registrarse como usuario del portal, se deberá comprometer al cumplimiento de las siguientes condiciones:

1. No publicar ni difundir dentro del portal material o información obscena, ilícita, indecente o difamatoria.
2. No violentar de ninguna manera los derechos protegidos por la propiedad intelectual o derechos de autor, por ejemplo a través de virus cibernéticos que faciliten la obtención de este material.
3. Es una obligación de los usuarios identificar con la respectiva autoría los avisos legales o etiquetas de acuerdo a lo que sea procedente en los archivos cargados, no siendo permitida la información cargada al portal que no permita identificar su fuente de obtención.
4. No puede el usuario falsificar los sistemas de software ni tampoco la fuente original de la información cargada.
5. Todos los documentos deberán ser enviados en forma digital al

portal.

6. En cualquier momento cuando la Secretaría General de la OEA lo considere procedente podrá suspender el acceso en forma total o parcial a cualquier usuario del portal.

Descargos de Responsabilidad: Estos descargos se encuentran también dentro de los términos y condiciones de uso establecidos por la Comisión¹⁴⁶. El primer descargo que se hace con respecto a la responsabilidad, es que únicamente son responsables los usuarios del mantenimiento de sus expedientes y archivos, puesto que la información contenida en el portal, como anteriormente ha sido mencionado, únicamente es de carácter informativo. Así mismo se hace del conocimiento de los usuarios, que en esta fase por ser la inicial del portal, quien se haya registrado como usuario e interpuesto una petición tendrá acceso sólo a la información relacionada con las siguientes etapas: en estudio, solicitud de información, medida cautelar vigente, no otorgada y levantada.

De igual manera, se permite el registro de usuarios representantes de los Estados dentro del portal, teniendo acceso únicamente a la información relacionada con las siguientes etapas: admisibilidad, fondo, seguimiento de recomendaciones y seguimiento de resolución amistosa. Además de las medidas cautelares que se encuentren en solicitud de información, medida cautelar vigente y levantada.

Es importante que el usuario conozca, que dentro del portal solamente podrá visualizar la información que ha suministrado e formato digital, pues la que se ha suministrado por otros medios no podrá inmediatamente ser vista en portal, se insta igualmente a sólo hacer llegar a

¹⁴⁶Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Portal del Sistema Individual de Peticiones*. Óp. Cit. p.159.

la Comisión por este medio únicamente la información solicitada.

Una vez efectuada la inscripción del peticionario dentro del portal, constituyéndose como un usuario del mismo recibirá todas las notificaciones e información pertinente con respecto a sus peticiones, casos y medidas cautelares, toda comunicación entre la Comisión y el usuario será realizada por esta misma vía. A excepción de la información relacionada con los pases procesales acerca de los cuales no existe visibilidad en esta primera etapa del portal.

A través de estas condiciones destinadas al uso del portal, se da a conocer también al usuario que la Comisión puede en cualquier momento y sin necesidad de emitir ningún tipo de aviso:

1. Modificar, suspender o poner fin al acceso al portal.
2. Modificar o cambiar el portal total o parcialmente así como cualquiera de sus condiciones.
3. Interrumpir según sea necesario total o parcialmente el funcionamiento del portal.

Contenido: Sobre el contenido disponible en el portal, la Comisión IDH¹⁴⁷ aclara que es propiedad en su totalidad de la Secretaría General de la OEA, el cual es controlado por una licencia que a la misma ha sido otorgada, debido a ello, todo el contenido se encuentra protegido por el estilo comercial, derechos de autor, leyes de patentes y marcas, derechos de propiedad intelectual y leyes en materia de competencia desleal. Por esta razón sólo puede hacerse uso de este contenido, para su reproducción o difusión por cualquier medio, previa autorización de la Secretaría General de la OEA.

¹⁴⁷Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Portal del Sistema Individual de Peticiones, términos y condiciones*. *Ibíd.* p.159.

Reglas para el Acceso al Portal y su Uso: Estas reglas son de imperativo cumplimiento para el resguardo del portal y a su vez la protección del usuario, referidas dentro de los términos y condiciones para su uso¹⁴⁸:

1. No se permite el acceso al portal por procesos manuales o similares que la Comisión no ha dispuesto para acceder al mismo.
2. Se prohíbe el uso de piratería de contraseñas o cualquier otro medio ilegítimo para intentar obtener un acceso no autorizado al portal. Por ejemplo intentar ingresar a una cuenta ajena sin el consentimiento de su propietario haciendo uso de mecanismos ilícitos que permitan obtener la contraseña.
3. No puede ponerse a prueba la vulnerabilidad del portal, por lo que tampoco se permite el uso del portal para intentar rastrear información sobre otros usuarios
4. Debe el usuario abstenerse del empleo de herramientas que puedan atentar contra el buen funcionamiento del sistema.
5. Se prohíbe la falsificación de información que permita identificar el origen de los mensajes enviados a la Comisión a través del portal.

Cuentas, Contraseñas y Seguridad: Surge entonces la siguiente interrogante, ¿cómo hacer para tener acceso al portal? Para esto es necesario crear una cuenta en el portal donde el usuario asumirá plenamente su responsabilidad sobre la confidencialidad de la información suministrada, y a su vez, será también responsable por los actos realizados con su cuenta como consecuencia de no cumplir con el mantenimiento de la confidencialidad de la información, será también responsable por las

¹⁴⁸Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Portal del Sistema Individual de Peticiones. Ibídem.*

pérdidas ocasionadas a la Comisión o a cualquier otro usuario o visitante del portal, resulta necesario entonces comprender la importancia de mantener la seguridad de la cuenta. Por lo tanto, tomada la decisión de crear una cuenta, el usuario deberá tomar en cuenta lo siguiente¹⁴⁹:

- Cada cuenta creada en el portal es para un solo usuario.
- Es importante asegurarse de que la información suministrada este completa y lo sea en forma correcta, para ello deberá ingresarse al portal y proceder a su verificación.
- Las cuentas que han sido creadas en el portal no pueden ser utilizadas por personas distintas al titular de la misma, pues la Comisión no asume ningún tipo de responsabilidad por los daños que esto pueda ocasionar.
- Un Estado puede solicitar la baja a cualquiera de sus cuentas, esto significa que la misma sea suspendida, por lo tanto, el acceso al portal será bloqueado automáticamente y se eliminará el envío de notificaciones a su correo electrónico.
- Al tener acceso a las vías de internet, es inevitable el riesgo en que el usuario puede encontrarse, pues no podrá existir una transmisión por esta vía que sea totalmente privada y segura, por lo tanto puede suceder que alguna información proporcionada sea filtrada o interceptada. Aunque esto no sucede en todos los casos, es una posibilidad y como tal se debe estar alerta.

A pesar de todos los mecanismos de protección creados por la Comisión, para garantizar un acceso seguro y confiable al portal, en donde

¹⁴⁹Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Portal del Sistema Individual de Peticiones, términos y condiciones*. *Ibíd.* p.159.

el usuario pueda tener la total certeza de que la información suministrada allí es netamente confidencial, la Comisión no asume ningún tipo de responsabilidad, por los daños derivados de los actos que puedan causarse por el uso de la información contenida en el portal. Además, siempre que sea necesario, por la existencia de un proceso judicial de por medio o el intento de una acción judicial, la Comisión podrá dar conocer siempre que le sea requerido cualquier información que posea sobre el usuario incluyendo su identidad.

Así mismo, al registrarse como usuario en una cuenta del portal, significa la aceptación automática de que en cualquier momento la Comisión puede sin previo aviso cortar o bloquear el acceso al portal, siempre que se haya determinado la violación de alguna de estas condiciones de uso. Además podrá poner fin al portal en relación con las siguientes causas:

1. Por solicitud del propio usuario para cerrar la cuenta.
2. Cuando se descontinúe o modifique el servicio prestado por el portal.
3. Por problemas técnicos imprevistos.

Manual de Uso para Peticionarios que Orienta sobre el Acceso al Portal del Sistema Individual de Peticiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

El Manual de Uso para Peticionarios, cuya autoría se atribuye a la Comisión IDH, ofrece una visión detallada de todo lo que el usuario puede encontrar dentro del portal, lo cual se abordará a lo largo de esta categoría para que el usuario pueda comprender los aspectos básicos contenidos en el portal como qué es el portal, que puede verse dentro de él, como crear una cuenta, luego de creada que sucede si no puede accederse a ella, en fin, toda la información necesaria para abrir una cuenta.

¿Qué es el Portal? Tal y como ha sido definido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos este portal “es parte del sistema integral de manejo de documentos de la Comisión sobre peticiones y solicitudes de medidas cautelares, y constituye una herramienta de transmisión de información”¹⁵⁰. Así que será a través de este portal que los usuarios suministrarán la información requerida por la Comisión y tendrán acceso a los documentos emanado por la misma y a la información sobre el estado en que se encuentra su petición. Es importante que se conozca sobre el acceso a este portal que está habilitado únicamente para su uso computadoras de mesa y laptops.

¿Qué Puedo Ver en el Portal? Antes de iniciar con el estudio del contenido visto en el portal, es importante que los usuarios conozcan que la información sólo estará disponibles para aquellos que efectivamente se hayan registrado en el portal por lo tanto, no está permitido el acceso a información relacionada con otras personas o Estados miembros. El Estado miembro que forme parte de un asunto que este siendo tramitado por la Comisión sólo podrá acceder a la información que haya sido previamente aprobada por la Comisión sobre las peticiones, casos y medidas cautelares.

La información que se encuentra disponible en el portal incluye¹⁵¹:

- Las acciones que han sido puestas en marcha por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- El estado procesal de las peticiones y solicitudes interpuestas.
- La correspondencia enviada a las partes por la Comisión después de la implementación del portal.

¹⁵⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Manual de Uso para peticionarios*. (2015) [Documento en Línea]. Disponible: <http://www.oas.org/es/cidh/portal/ayuda/peticionarios/NetHelp/> [Consulta: 2020, Junio 1].

¹⁵¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015) *Manual de Uso para Peticionarios*. *Óp. Cit.* p.165.

Así mismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realiza la aclaratoria de que al no ser el portal un expediente virtual, los documentos enviados a la Comisión por este medio no están disponibles automáticamente para ser descargados o visualizados una vez que han sido ingresados al sistema por el usuario. Es por esto que la Comisión recomienda utilizar los mecanismos para el envío de la información que solicita, mencionados anteriormente: correo electrónico, correo postal, facsímil, entre otros.

Surge entonces la siguiente interrogante, **¿Cómo crear una cuenta en el portal?** Para ello debe el peticionario ingresar al portar y abrir el enlace crear nueva cuenta ubicado en el casillero de entrada de la página inicial del portal. Seguidamente deberá el usuario rellenar el formulario de inscripción, teniendo en cuenta que la información marcada con un asterisco rojo es de importancia fundamental para su registro en el portal, por lo que de no suministrarla no podrá crear su respectiva cuenta. Una vez ingresada y verificada toda la información, deberá hacerse clic en el botón crear cuenta y que se encuentra al fondo del formulario.

Así mismo, se hace del conocimiento de los usuarios que en caso de no haber llenado un campo requerido o no haber pasado la verificación que realiza el sistema, este mismo le informará a través de un mensaje. De no recibir este mensaje, significa que la creación de la cuenta ha sido realizada en forma exitosa, por lo tanto deberá aparecer el siguiente mensaje: "se ha enviado un enlace temporal a su cuenta de correo electrónico que finaliza en ...@gmail.com Por favor, diríjase a la bandeja de entrada y haga clic en el enlace de activación"¹⁵².

La Comisión a través de este portal establece como limitación la posibilidad de crear una sola cuenta ya sea por peticionario o por

¹⁵²Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015) *Manual de Uso para Peticionarios*. *Ibíd.* p.165.

organización, y, la dirección de correo electrónico que se utilice en la creación de la cuenta del portal será la misma que en adelante servirá para poder ingresar al mismo.

La administración del portal sugiere la creación de “contraseñas fuertes” al momento de ser solicitada su creación, para que pueda brindarse una mayor seguridad y confidencialidad de la información que ha sido suministrada al portal evitando así ser víctimas fáciles de los hackers, o de cualquier persona pueda intentar ingresar al portal para obtener información confidencial. Es por esto que el manual¹⁵³ ofrece algunos parámetros que recomienda incluir al momento de establecer las contraseñas:

- a) Longitud de contraseña: como mínimo 8 caracteres.
- b) Caracteres numéricos: como mínimo 2 números.
- c) Caracteres de símbolos: como mínimo 1 carácter especial.
- d) Letras mayúsculas: como mínimos 1 letra mayúscula.
- e) Letras minúsculas: como mínimo 1 letra minúscula.

Un ejemplo de contraseña fuerte creada siguiendo estas indicaciones sería: Dalc2Jops7#.

Ahora bien, ante el extravío del las contraseña o el olvido de las mismas, el portal establece algunos mecanismos que permitirán recuperarla a través de la pregunta y respuesta formulada al momento de creación de la cuenta. De esta manera, haciendo uso del enlace [olvidó su contraseña](#), ubicado en el casillero de entrada en la página inicial del portal, el usuario recibirá un correo electrónico proveniente de la dirección CIDHPortal@oas.org que contendrá un enlace para dar continuación a la

¹⁵³Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Ibidem*.

solicitud de restablecimiento de la contraseña. Después de ingresar en el enlace recibido, el usuario recibirá una contraseña temporal con la cual podrá ingresar al Portal para cambiar su contraseña.

Luego de la creación de la cuenta en el portal en forma exitosa, deberá procederse a la validación de la misma, a través de un enlace para activar la cuenta enviado al usuario por medio del correo electrónico CIDHPortal@oas.org, lo que permitirá la recepción de un mensaje del sistema para confirmar la activación de la cuenta. Así mismo, una vez activada la cuenta en el portal, podrá el usuario ingresar a la misma por medio de la dirección de correo electrónico y la contraseña que utilizó al momento de crear la cuenta.

¿Qué sucede cuando no puede accederse a la cuenta del portal? El sistema de administración del portal establece que las cuentas pueden bloquearse automáticamente por tres razones¹⁵⁴:

1. Por múltiples intentos fallidos de ingreso al portal: Lo que suele suceder cuando se ingresa la clave para entrar al portal erróneamente por más de tres veces, lo que ocasiona que la cuenta se bloquee automáticamente en forma temporal. Ante esta situación, deberá esperarse por un lapso de tiempo de 25 minutos, pues durante ese tiempo no podrá accederse temporalmente a la cuenta, luego de pasado este tiempo podrá intentarse acceder nuevamente ingresando correctamente el correo y la contraseña.
2. La contraseña ha expirado: Las contraseñas que permiten el acceso a la cuenta en el portal tienen una duración de 6 meses, luego de transcurrido este tiempo las contraseñas expiran. Es por ello, que luego de que la contraseña ha expirado la cuenta se bloqueará

¹⁵⁴Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Manual de Uso para Peticionarios*. *Ibíd.* p.167

automáticamente por razones de seguridad, para desbloquearla deberá configurarse una nueva contraseña utilizando el enlace [¿olvidó su contraseña?](#)

3. Por inactividad de la cuenta: Lo que sucede cuando no se ha ingresado a la cuenta por un tiempo consecutivo de 6 meses. De igual manera, para desbloquear la cuenta deberá configurarse una nueva contraseña utilizando para ello el enlace [¿olvidó su contraseña?](#)

Así también se realiza la observación de que cuando las cuentas permanezcan en inactividad por un tiempo de 5 años, se bloqueará en forma definitiva por razones de seguridad, debiendo ante esta situación el usuario contactarse directamente a la dirección de correo electrónico CIDHPortal@oas.org

Sistema de Peticiones y Casos.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha preparado un folleto informativo dentro del cual se encuentra toda la información de gran relevancia para la interposición de peticiones, que incluye algunos conceptos básicos que todos los interesados en presentar una petición deben conocer antes de su presentación, como modo de orientación inicial. Por medio de este folleto el usuario conoce en términos precisos adecuados en una forma que permita su fácil comprensión¹⁵⁵:

- Cuáles son los Derechos Humanos protegidos.
- Cómo realizar una denuncia y cuando debe ser presentada.

¹⁵⁵Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012). Sistema de Peticiones y Casos, Folleto informativo. [Documento en Línea] Disponible: https://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf [Consulta: 2020, Marzo 27].

- Cuáles son los requisitos que se deben cumplir.
- Cuáles son los procedimientos a seguir.

Este folleto informativo se encuentra compuesto por los siguientes aspectos que se estudiarán a continuación:

1. Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano.
2. Guía para presentar una petición.
3. Situaciones de gravedad y urgencia.
4. Formulario para presentar una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano:

Esta primera parte del folleto informativo, da respuesta a algunas interrogantes surgidas al inicio de la interposición de una petición ante este Sistema, ¿cómo empezar? ¿Ante quién dirigirse? ¿En contra de quién?

¿Contra quién se puede presentar una petición por violación de los Derechos Humanos? La denuncia debe ser presentada en contra de alguno de los Estados miembros de la OEA, como consecuencia directa de existir una violación a los Derechos Humanos, que se encuentren contenidos y protegidos en instrumentos jurídicos internacionales como la Convención Americana de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y cualquier otro tratado interamericano en materia de Derechos Humanos.

El Estado puede incurrir en violación a los Derechos Humanos por acción; como consecuencia directa del actuar del Estado o de sus agentes, como consecuencia del consentimiento del Estado o de alguno de sus

agentes, y por omisión; por la falta de actuación del Estado o de sus agentes cuando debían hacerlo.

¿Puede la comisión determinar la responsabilidad de una persona?

Es importante hacer del conocimiento de quienes presenten una petición ante el Sistema Interamericano, que la Comisión no tiene competencia para determinar y atribuir responsabilidad alguna en forma individual, es decir, no tiene dentro de sus competencias la facultad de determinar si una persona es culpable o no. Solamente podrá determinar la responsabilidad internacional de un Estado miembro de la OEA. Porque los medios previstos en su legislación no son los adecuados para la reparación del daño causado, porque ha permitido la impunidad, porque ha existido un retardo injustificado, entre otros circunstancias.

¿Cuáles son los resultados que pueden esperarse al interponer una petición por violación a los Derechos Humanos contra un Estado miembro de la OEA? Ante esta situación, la Comisión emitirá un informe al Estado miembro de la OEA cuando determine que existe una responsabilidad efectiva por violación a los Derechos Humanos, dentro del cual podrá incluir las siguientes recomendaciones¹⁵⁶:

- Suspender los actos que están violentando a los Derechos Humanos.
- Investigar y sancionar a todas aquellas personas que sean responsables.
- Reparar los daños ocasionados.
- De ser necesario, deberán introducir cambios dentro de la legislación nacional.

¹⁵⁶Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Sistema de peticiones y casos* (2012).
Óp. Cit. p.170

- La Comisión podrá requerir la adopción de cualquier otra medida o acción estatal.

También podrá la Comisión utilizar todos los medios necesarios que le permitan llegar a una solución amistosa con el Estado miembro de la Organización.

¿En qué casos la Comisión se ve impedida de ofrecer ayuda? La Comisión no podrá ayudar en lo que refiere a las siguientes situaciones:

- Emitir pronunciamiento en contra un Estado que no sea miembro de la Organización.
- Proporcionar asistencia jurídica por medio de abogados, para su asistencia en los procedimientos judiciales internos o para la presentación o solicitud de una medida cautelar ante la Comisión.
- Suministrar ningún tipo de ayuda económica o instrumentos de trabajo a las personas.
- Realizar trámites migratorios, o tramitar el otorgamiento de visas o asilo político.

¿Qué sucede si el Estado denunciado por violación a los Derechos Humanos, se encuentra suspendido de la OEA? Este Estado que se encuentra suspendido continúa en la obligación de garantizar los derechos y así mismo la Comisión continuará siendo competente para monitorear la situación sobre los Derechos Humanos en ese país. Es decir, que a pesar de la suspensión la Comisión seguirá siendo competente en el ejercicio de sus funciones dentro de ese Estado.

¿Cómo puede ser llevado un caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Ante esta situación existe una limitante pues sólo los

Estados miembros de la Organización y la Comisión pueden llevar un caso a la Corte, las personas directamente no pueden acudir directamente a la Corte, deberán primero presentar su petición ante la Comisión y seguir los pasos por ella establecidos.

¿Contra cuáles Estados podría la Comisión remitir un caso a la Corte?

Solamente contra aquellos Estados que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y así mismo han reconocido con anterioridad la competencia de la Corte¹⁵⁷. Sin embargo, nada impide que un Estado acepte la competencia de la Corte para un caso en concreto.

La Corte podrá examinar entonces todas las peticiones en las que se aleguen violaciones a los Derechos Humanos contenidos en los tratados interamericanos sobre esta materia. Ahora bien ¿Cuáles son estos tratados interamericanos sobre Derechos Humanos? Los mencionados a continuación:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵⁸. En su contenido se encuentran los siguientes derechos:

Reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a no ser sometido a esclavitud ni servidumbre, a la libertad personal, a las garantías judiciales, al principio de legalidad y no retroactividad, el derecho a ser indemnizado cuando se ha sido condenado en virtud de un error judicial, protección de la honra y de la dignidad, libertad de conciencia y de religión, libertad de pensamiento y expresión, rectificación o respuesta, reunión, asociación, protección de la familia, derecho al nombre, derechos del

¹⁵⁷ Los Estados que han reconocido la competencia de la Corte son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

¹⁵⁸ Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969) *Ibíd.* p. 141.

niño, derecho a la nacionalidad, propiedad privada, circulación y residencia, derechos políticos, igualdad ante la ley, protección judicial, desarrollo progresivo de los derechos económicos, culturales y sociales.

- Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.
- Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de Derechos económicos, sociales y culturales¹⁵⁹. Dentro de los cuales se consagra protección al derecho a la educación, libertad sindical, seguridad social, salud, medio ambiente sano, alimentación y a los beneficios de la cultura.
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.
- Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas.
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad.

Guía para Presentar una Petición:

En primer lugar, antes de llevar una petición ante la Comisión es necesario que se hayan agotado todos los recursos judiciales internos de conformidad con la legislación vigente del Estado en cuestión. Esto significa que las personas que quieran presentar una petición ante la

¹⁵⁹Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, sociales y Culturales (1985) *Óp. Cit. p.142.*

Comisión deberán dirigirse previamente a los tribunales nacionales para procurar obtener una decisión sobre la situación existente. ¿Cómo determinar si se han agotado todos los recursos? Cuando el poder judicial del respectivo Estado a emitido una decisión proveniente de última instancia.

Esta es la regla general, la obtención de una decisión proveniente de última instancia, sin embargo, como toda regla tiene sus excepciones y en caso de que la persona se vea imposibilitada de agotar todos los recursos internos, deberá explicar sus razones. Es por ello que la Comisión ha establecido como excepciones a esta regla general a través del Sistema de Peticiones y Casos¹⁶⁰ las siguientes:

1. Cuando en las leyes internas no se encuentra establecido el debido proceso para la protección de los derechos que han sido violados.
2. Se ha impedido a la víctima agotar los recursos judiciales necesarios o el acceso a los mismos.
3. Existe un retardo injustificado en obtener la decisión final.

Los recursos judiciales a ser agotados, son aquellos que se constituyen en adecuados y efectivos. Así, un recurso judicial será adecuado cuando a través de su interposición se puede obtener la efectiva protección del derecho violado. Por ejemplo, en el caso de la desaparición forzada de personas, se requerirá la interposición del recurso de exhibición personal o habeas corpus. Un recurso judicial será efectivo, cuando pueda obtenerse a través de su interposición el resultado para el cual fue creado, por ejemplo un recurso no será efectivo cuando en su interposición pueda existir un retardo judicial injustificado por medio de las autoridades

¹⁶⁰Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2012) *Sistema de Peticiones y Casos*. *Ibíd.* p.170.

encargadas de su aplicación.

La petición deberá presentarse después de transcurridos seis meses de la notificación de la decisión judicial que agota el último de los recursos internos, en caso de que se presente la petición con base a una de las excepciones que no requieren el agotamiento de la vía judicial interna, el plazo de los seis meses no es requerido, debe simplemente presentarse la misma dentro de un plazo razonable.

Tanto la Comisión como la Corte tienen competencia para revisar las decisiones judiciales provenientes de los tribunales internos, sin embargo, no significa que porque la decisión obtenida no ha satisfecho los intereses del interesado haya existido una violación a sus Derechos Humanos, la Comisión y la Corte se encargarán de revisar todas las circunstancias.

¿Cómo presentó una petición?

La Comisión a través del Sistema de Peticiones y Casos, sobre este punto hace las siguientes consideraciones:

- Ante la Comisión puede dirigirse cualquier persona, grupo de personas u organización, pueden hacerlo por sí misma, o por medio de una representación, a fin de presentar una petición por violación a los Derechos Humanos contra un Estado miembro de la OEA.
- Una persona puede ser peticionaria y presunta víctima al mismo tiempo. La Comisión por lo general mantendrá comunicación con la parte peticionaria, y no puede reservarse la identidad de quien ha interpuesto una petición, pues al momento de notificar al Estado deberá indicar quién es la persona a la que se han violado sus derechos, sin embargo, nada impide que la Comisión pueda considerar la posibilidad de ocultar la identidad del peticionario cuando así este lo solicite, con razones debidamente fundamentadas.

La Comisión si podrá expresamente reservar la identidad de la parte peticionaria en los documentos públicos que sean difundidos, omitiendo la información de su identidad personal.

- La Comisión no exige la representación ni asistencia de un abogado para la presentación y el trámite de la petición, por lo que la misma no será necesaria, sin embargo nada impide para que la parte peticionaria en caso de contar con los medios necesarios se asista de un profesional del derecho. Debiendo considerarse que los procedimientos realizados ante la Comisión son absolutamente gratuitos.

Ahora bien, toda petición dirigida ante la Comisión deberá incluir la siguiente información¹⁶¹:

1. Los datos personales de la presunta víctima (en caso de haber varias, deberán suministrarse los datos de todas) y sus familiares.
2. Los datos de la parte peticionaria: nombre completo, teléfono, dirección postal y dirección de correo electrónico.
3. Una descripción completa, clara y detallada de los hechos alegados, dentro de la cual permita desprenderse cómo, cuándo y dónde ocurrieron, a su vez, el Estado considerado responsable deberá ser señalado.
4. Deberá indicarse las autoridades judiciales a las cuales se considera responsables.
5. En caso de ser posible, deberá hacerse mención a los derechos que han sido violentados.

¹⁶¹Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Sistema de peticiones y casos* (2012). *Ibíd.* p.170.

6. Deberá hacerse mención de las instancias judiciales o autoridades a las que se acudió dentro del Estado para intentar remediar las violaciones alegadas.

La Comisión permite que las peticiones puedan ser presentadas personalmente, sin embargo, no es necesario realizarlas de este modo, pues la Comisión dispone de los siguientes medios que permitirán de igual manera hacer llegar la petición a la Comisión:

- Correo electrónico: cidhdenuncias@oas.org
- Formulario electrónico: www.cidh.org En caso de escogerse esta vía, la Comisión ofrece la opción de redactar su petición en un documento aparte y subirlo al sitio de internet de la Comisión a través del portal.
- Fax: +1(202) 458-3992 ó 6215
- Correo Postal: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.1889 F Street, N.W. Washington, D.C. 20006. Estados Unidos.

Todas las peticiones deberán dirigirse a nombre de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La siguiente fase dentro de esta cadena, es determinar cuál es el procedimiento que seguirá la petición interpuesta. Seguidamente la Comisión procederá a realizar una evaluación preliminar de la petición, lo que significa que la Comisión podrá tomar alguna de las siguientes decisiones:

1. No abrir a trámite la petición.
2. Solicitar información o documentación adicional.

3. Abrir a trámite. En caso de adoptar esta decisión, significa que la petición ha cumplido con todos los requisitos necesarios para el estudio de la misma, por lo tanto, la petición entrará en trámite de admisibilidad.

Al encontrarse la petición en etapa de admisibilidad, significará en primer lugar que la petición será enviada al Estado del que se trate para que este formule sus observaciones y se procederá a un intercambio de información entre ambas partes, luego de esto la Comisión decidirá si la petición es admisible o inadmisible. Al ser declarada admisible la Comisión analizará los alegatos de las partes y las pruebas disponibles.

Sin embargo, nada impide que las partes puedan llegar a una solución amistosa, pues se trata de un proceso que depende de la voluntad de las partes y por lo tanto puede llegarse a una negociación sin necesidad de llevar a cabo el proceso contradictorio. Ahora bien, si no es posible llegar un acuerdo a través de los mecanismos de solución amistosa, la Comisión continuará analizando los alegatos de las partes y procederá a la determinación de si incurrió el Estado o no en una violación a los Derechos Humanos, de constatar que efectivamente existió tal violación, la Comisión emitirá un informe sobre el fondo que incluirá recomendaciones al Estado que podrán estar dirigidas a:

1. Hacer cesar los actos que se han constituido violatorios a los Derechos Humanos.
2. Esclarecer los hechos y llevar a cabo una investigación oficial y sanción. Pues el Estado es el principal responsable de garantizar el ejercicio de la tutela judicial efectiva.
3. Reparar los daños ocasionados.
4. Introducir cambios al ordenamiento legal.

5. Requerir la adopción de cualquier otra medida o acciones estatales.

En caso de que el Estado no cumpla con las recomendaciones formuladas la Comisión entonces podrá decidir si efectúa la publicación del caso o lo somete a la Corte IDH cuando lo considere procedente. En este caso, de ser sometida la petición a la Corte IDH esta lo analizará y emitirá la respectiva sentencia debidamente fundamentada, dentro de este proceso participará la Corte, la Comisión y la víctima o víctimas en caso de que sean varias.

Situaciones de Gravedad y Urgencia:

Se refiere la Comisión como situaciones de gravedad y urgencia aquellas en las que sea necesario la adopción de medidas cautelares, siempre que se dé previo cumplimiento a los requisitos establecidos por la Comisión para la adopción de estas medidas. Ahora bien, el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, establece en su artículo 26¹⁶² aquellos casos en los que la Comisión podrá optar por la aplicación de medidas cautelares de la siguiente manera:

1. Para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto que se encuentre en conexión con una petición o caso pendiente.
2. Para prevenir daños irreparables a las personas que se encuentren dentro de la jurisdicción del Estado, en forma independiente de cualquier petición o caso.

La Comisión también deberá tener en cuenta al momento de solicitar a un Estado la adopción de medidas cautelares lo siguiente:

- a) Si efectivamente se ha producido la denuncia de la situación de riesgo ante las autoridades competentes. En caso de no ser posible

¹⁶²Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). Óp. Cit. p.149.

la realización de esta denuncia, deberán indicarse los motivos.

- b) La identificación de todos aquellos que se beneficiarán con la medida cautelar.
- c) La expresa manifestación de voluntad del beneficiario o beneficiarios de la medida cautelar, en donde se demuestre su conformidad, Salvo en aquellos casos que en forma justificada no sea posible expresar su conformidad.

Es importante conocer que la Comisión antes de solicitar la aplicación de una medida cautelar, solicitará al Estado la información necesaria que pueda permitirle determinar la gravedad de la situación. Así mismo, tomará en consideración la vigencia por la cual deban mantenerse en el tiempo las medidas cautelares, sin embargo, el otorgamiento de estas medidas no debe entenderse como un prejuizamiento sobre la violación de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o en cualquier otro instrumento.

Cualquier persona que se vea en la necesidad de obtener una medida cautelar para la protección de sus derechos, puede solicitarla ante la Comisión sin necesidad de previamente haber presentado una petición, pues ambos procedimientos pueden ser llevados en forma independiente, así como la decisión que se tome sobre alguno de estos procedimientos no necesariamente debe repercutir en la decisión del otro.

Formulario para Presentar una Petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Este formulario se encuentra basado en la información requerida por el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

específicamente en el Art. 28¹⁶³, donde puede desprenderse esta información de la siguiente manera:

El Art. 28, hace mención a los requisitos necesarios para la consideración de las peticiones por parte de la comisión:

- a) Nombre, nacionalidad, y firma de la persona o personas denunciantes. Y en el caso de que el peticionario sea una entidad no gubernamental, el nombre y la firma de su representante o representantes legales.
- b) El peticionario deberá indicar si desea que su identidad sea mantenida en reserva frente al Estado.
- c) Debe el peticionario señalar el medio a través del cual podrá recibir la correspondencia de la Comisión, y en su caso, número de teléfono, facsímil y dirección de correo electrónico.
- d) Una relación del hecho o situación denunciada, especificando el lugar y fecha de las violaciones alegadas.
- e) Siempre que sea posible, deberá indicarse el nombre de la víctima, así como el de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada.
- f) Deberá indicarse el Estado que el peticionario considera responsable por la violación a los Derechos Humanos alegados ya sea por acción u omisión, también es importante que se haga mención a los instrumentos jurídicos en que se encuentran los derechos que han sido transgredidos, ya sea que se trate de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de cualquier otro instrumento.
- g) El cumplimiento con el plazo previsto en el Art. 32 del Reglamento de

¹⁶³Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013) *Ibíd.* p.149.

la Comisión (6 meses después de la notificación que agota el último recurso interno, o dentro de un plazo razonable según sea el caso).

- h) Deberá señalarse cuáles fueron las gestiones emprendidas para agotar los recursos internos, así como la imposibilidad de hacerlo de conformidad con lo establecido por el Reglamento.
- i) Por último, deberá indicarse si la petición ha sido sometida a otro procedimiento de arreglo internacional, de conformidad con lo establecido en el Art.33 del Reglamento.

En la parte final del folleto informativo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, facilita un archivo adjunto que todo peticionario deberá llenar al momento de formular su petición, el cual en su contenido encuentra lo siguiente:

- Sección I: Datos de la Presunta Víctima y de la parte Peticionaria. Deberá indicarse los datos de las presuntas víctimas, los datos de los familiares cercanos a las víctimas que han sufrido daños como consecuencia de la violación alegada a los Derechos Humanos, los datos de la parte peticionaria, es decir, de quien presenta la petición, también deberá señalarse en esta sección si la petición interpuesta guarda relación con otra petición o medida cautelar.
- Sección II: Hechos denunciados. Al respecto deberá indicarse: el Estado miembro de la OEA contra el cual se presenta la denuncia, relato de los hechos, autoridades responsables, Derechos Humanos que se alegan violados.
- Sección III: Recursos judiciales destinados a resolver los hechos denunciados.
- Sección IV: Pruebas disponibles. Sobre esta sección es importante

hacer las siguientes consideraciones: con el uso del término pruebas disponibles, se quiere hacer referencia a todos aquellos documentos que permiten probar las violaciones alegadas a los Derechos Humanos, por ejemplo, partes de expedientes judiciales o administrativos, peritajes, informes forenses, fotos, vídeos, entre otros. Siempre que sea posible deberán adjuntarse estos documentos por medio de copia simple. En esta sección también se encuentra un espacio en donde deberá indicarse siempre que se desee hacer uso de esta prueba a los testigos.

- Sección V: Otras denuncias. En esta sección deberá indicarse si los hechos han sido presentados ante otro órgano internacional.
- Sección VI: Medidas cautelares.

En el Ordenamiento Jurídico Venezolano.

En primer lugar, dentro del inicio de esta categoría, que comprende algunos aspectos relevantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos dentro del Ordenamiento Jurídico Venezolano, conviene considerar primeramente cuáles fueron las razones que impulsaron a Venezuela para ingresar dentro de este sistema, es decir, el contexto en el cual el País se encontraba que hizo necesario su inclusión dentro de él. Venezuela ingreso al SIDH mediante la Ley Aprobatoria de la Convención Americana de los Derechos Humanos, según Gaceta Oficial No. 31256 del 14 de Junio del año 1977¹⁶⁴.

Durante el año 1977, Venezuela se encontró en la necesidad de fortalecer los sistemas de la democracia, reconociendo la importancia de

¹⁶⁴Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica". (No.31.256). (1977). [Transcripción en Línea]. Disponible: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2016/08/convencion-americana-sobre-derechos.html>[Consulta: 2020, Junio 2].

esta institución dentro de un verdadero Estado de Derecho y de Justicia, además, debía el País avanzar en cuanto al desarrollo legislativo en una materia tan importante como lo son los Derechos Humanos, pues a nivel internacional, ya estaban empezando a crearse a través de instrumentos jurídicos internacionales, medios de protección a los Derechos Humanos fundamentales, y existía un fuerte reconocimiento de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en los ordenamientos jurídicos internos, por lo que Venezuela no podía hacerse a un lado ante estos notables avances y desarrollos a nivel mundial.

Dentro del Ordenamiento Jurídico de la República Bolivariana de Venezuela, es necesario hacer unas consideraciones que permitan determinar cuál es la base Constitucional del acceso a instancias internacionales como a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y a su vez dar a conocer bajo cuáles fundamentos Venezuela (de acuerdo al gobierno de Nicolás Maduro) ya no forma parte de la jurisdicción de la Corte IDH, al denunciar la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

De acuerdo con Ávila Hernández (2013)¹⁶⁵, la denuncia a un tratado internacional, en este caso, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es un procedimiento a través del cual un Estado en el pleno ejercicio de su soberanía notifica su voluntad de poner fin a ciertas obligaciones internacionales, las cuales ha adquirido por su vinculación con el instrumento jurídico internacional que denuncia. De conformidad con el Art. 226 de la Constitución Nacional¹⁶⁶, es sobre el Presidente de la República que recae la condición de dirigir la acción de gobierno, y a su vez tiene como atribuciones de acuerdo al Art. 236 *ejusdem* dirigir las relaciones exteriores de la República así como celebrar y ratificar los

¹⁶⁵ÁVILA Hernández, F. (2013). "Algunas consideraciones jurídicas sobre la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hecha por Venezuela", volumen XX, N°2.

¹⁶⁶Constitución de la República Bolivariana de Venezuela *Óp. Cit. p.119*.

tratados, convenios o acuerdos internacionales.

Tomando como base los anteriores artículos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante nota oficial diplomática No. 000125, con fecha del 06 de Septiembre del año 2012 y materializada el 10 de Septiembre del año 2012, el Estado Venezolano a través del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores como órgano directo del Presidente de la República procedió a denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos de conformidad con el Art. 78¹⁶⁷ de la misma convención el cual establece lo siguiente:

***Artículo 78:** Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.*

Antecedentes a la Denuncia: Anterior a la exteriorización de esta denuncia, el Presidente de la República para este momento (Hugo Rafael Chávez Frías) según lo señalado por Ávila Hernández (2013)¹⁶⁸, había manifestado su voluntad de separar a Venezuela de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de Abril del año 2012, con ocasión del proceso llevado en contra del Estado Venezolano por parte de los trabajadores de la planta de Televisión Radio Caracas Televisión. Así como también, con ocasión de la Sentencia No. 1939 del 18 de Diciembre del 2008, caso Apitz, Barbera y otros, de los tres ex magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que destaca el fallo de la Corte IDH de fecha 05 de Agosto de 2008, que declaró la responsabilidad internacional del Estado venezolano por violar la normativa interamericana de protección de los Derechos Humanos.

No obstante, el gobierno venezolano ya había previamente

¹⁶⁷Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). *Ibíd.* p.141.

¹⁶⁸ÁVILA Hernández (2013). *Óp. Cit.* p.186.

denunciado el Acuerdo de Cartagena, el Acuerdo del Libre Comercio del Grupo de los Tres, así como también había anunciado la posibilidad de retirar a Venezuela de Organizaciones Internacionales como la Organización de Estados Americanos, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Centro Internacional de Arbitraje en materia de inversiones, ante esta situación no es muy difícil determinar la verdadera intención del Poder Ejecutivo, aislar a Venezuela cada vez más de la comunidad internacional.

El Consejo de Estado: El Presidente de la República, convocó un Consejo de Estado el 30 de abril del año 2012 para realizar un estudio sobre la posterior salida de Venezuela de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Así las cosas, el Consejo de Estado presentó ante el Secretario General de la OEA para ese entonces José Manuel Insulza producto de sus deliberaciones, los alegatos para retirar a Venezuela de la Comisión Interamericana, los cuales pueden resumirse en los siguientes¹⁶⁹:

- Para el Consejo de Estado las decisiones de la Comisión y de la Corte habían violado los preceptos y principios contenidos en la Constitución Nacional.
- Los casos llevados contra el Estado venezolano y su democracia son parcializados y politizados.
- Se reprocha a la Comisión, que omitió con su obligación de brindar protección por medio de medidas cautelares al Presidente de la República, durante el gobierno de facto y el golpe de Estado del 11 de abril del año 2002, además del reconocimiento al gobierno de facto por parte del Secretario Ejecutivo de la Comisión.
- La perversión y los vicios de los órganos del Sistema Interamericano.

¹⁶⁹ÁVILA Hernández (2013). *Ibíd.* p.186.

Así, haciendo una transcripción de las palabras efectuadas por el gobierno, se afirmó lo siguiente:

En aras de la protección de los valores y principios consagrados en las Convenciones pertinentes del Sistema Universal de Derechos Humanos, y en respeto de los principios consagrados en nuestra Constitución, nuestro país se ve obligado a distanciarse del perverso ejercicio actual del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte. Los principios vinculados a los Derechos Humanos deben ser preservados al margen de estas instituciones viciadas que, con su práctica, han deslegitimado y desnaturalizado su rol como garantes de los compromisos contraídos por los Estados en el Pacto de San José.

Normas y Principios Constitucionales Violados con la Denuncia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos:

Es muy importante dar a conocer los importantes principios y garantías constitucionales que con esta denuncia se transgredieron, privando a los venezolanos del acceso a un sistema tan importante como lo es el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, sobre todo cuando no se obtiene el respaldo y la protección de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno.

¿A dónde pueden ir los venezolanos, si no es ante un organismo internacional? Es por ello, que el principio y garantía Constitucional violado, que será objeto de estudio en forma principal por constituir uno de los más importantes que afecta a todas las personas habitantes del Estado venezolano, es la violación al derecho de petición o amparo internacional.

La Violación del Derecho de Petición o Amparo Internacional:

Resumido en el derecho que tienen todos los venezolanos de acceder a organismos internacionales para la defensa de todos sus derechos e intereses. Así, de conformidad con el Art. 31 de la Constitución de la

República Bolivariana de Venezuela¹⁷⁰:

Artículo 31: *Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.*

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

Ahora bien, ¿en qué consiste el derecho de amparo internacional? De acuerdo con Ayala Corao (2012)¹⁷¹ se trata del acceso concedido a todas las personas, sin ningún tipo de distinción ni discriminación, a las instancias internacionales, esto con la finalidad, de obtener una decisión sobre las denuncias emitidas en razón de las violaciones a los Derechos Humanos, alegadas ante organismos que tengan competencia para garantizar una tutela judicial efectiva a los Derechos Humanos de las víctimas.

En consecuencia, este derecho a la tutela judicial efectiva a nivel internacional, nace ante la imposibilidad de obtener una debida protección y medios de defensa dentro de los órganos internos de justicia, esto, porque su sistema ha resultado ineficaz o insuficiente, generando una situación de indefensión en la persona de la víctima, cuya necesidad de satisfacción en cuanto a la garantía y protección de sus derechos humanos fundamentales a que se refiere es primordial.

Es importante destacar, que desde el momento en que Venezuela aprobó y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos dentro de su legislación, todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción

¹⁷⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). *Ibíd.* p.119.

¹⁷¹ Ayala Corao, C. (2012). Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela. *Estudios Constitucionales* [Revista en Línea], 2. Disponible: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32197.pdf> [Consulta: 2020, Junio 3].

del Estado Venezolano han tenido acceso a instancias internacionales, como la Comisión IDH y la Corte IDH para obtener una tutela judicial efectiva a sus derechos a nivel internacional.

Así mismo, reconociendo que todos los derechos Humanos son irrenunciables, y el acceso a estas instancias internacionales también se constituye en un derecho humano fundamental, representado por el derecho a la defensa y al debido proceso, a una tutela judicial efectiva, al reconocimiento, garantía y protección de todos sus derechos, por lo que no puede el Poder Ejecutivo eliminar en forma arbitraria este derecho mediante la denuncia realizada a la Convención.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra este derecho de acceso a instancias internacionales como una acción popular concebida en los siguientes términos¹⁷²:

Artículo 44: *Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias de violaciones de los derechos previstos en esta Convención por un Estado parte.*

Por lo tanto, puede evidenciarse que la garantía de este derecho de acceso a instancias internacionales, no solamente se protege a nivel interno, dentro de la jurisdicción del Estado, sino que también este derecho es concedido a nivel internacional, por medio de este instrumento jurídico que Venezuela aprobó y ratificó en su momento, además en sí mismo se constituye irrenunciable, pues no puede concebirse que una persona se resigne a vivir en impunidad, ante la violación a sus derechos humanos fundamentales y además, no obtenga ningún tipo de reparación por el daño causado.

¹⁷²Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) p.141.

Existe entonces, una consecuencia directa que nace de la denuncia hecha por el Estado Venezolano a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos¹⁷³ y es, la exclusión de las personas que se encuentren bajo la jurisdicción del país del ejercicio de este derecho de petición, pues con esta denuncia, siempre que se haga efectiva, se podría sustraer a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del conocimiento de las denuncias formuladas en razón de violaciones a los Derechos Humanos ante dicho organismo, así como también, se privaría a todas las personas de obtener una protección judicial por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como parte de la tutela correspondida a sus derechos previstos en la Convención.

De igual manera, esta denuncia a la Convención Americana Sobre los Derechos Humanos, constituye un retroceso, que se materializa en la violación al Principio de Progresividad de los Derechos Humanos, el cual se encuentra reconocido expresamente por el Art. 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹⁷⁴ de la siguiente manera:

Artículo 19: *El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.*

A su vez, en el Art. 2 *ejusdem* establece que Venezuela se constituye como un “Estado democrático y Social de Derecho y de Justicia el cual propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación entre otros, la preeminencia de los derechos humanos”. ¿Qué implica entonces el principio de progresividad? Significa que el Estado

¹⁷³ Ayala Corao, C. (2012) Óp. Cit. p.190.

¹⁷⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). *Ibíd.* p.119.

deberá siempre adoptar en cuanto a los Derechos Humanos se refiera la conducta que más favorezca a su respeto, garantía y protección, siempre a favor de la dignidad humana. Así, por medio de la progresividad se garantiza que todos aquellos Derechos Humanos que ya han sido reconocidos, no puedan disminuirse en su ejercicio o eliminarse, solamente se permite que pueda ser mejorado su goce y ejercicio, como anteriormente ya se ha mencionado a favor de la dignidad humana.

El principio de progresividad, de acuerdo con lo establecido por Ayala Corao (2012)¹⁷⁵ obliga al Estado al reconocimiento de los Derechos Humanos, con el deber de ampliar las libertades que estos tutelan y procurar su crecimiento y desarrollo acorde con los cambios de la sociedad, y también implica la prohibición para el Estado de restringir o disminuir el goce de los mismos.

Destaca además, una interpretación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹⁷⁶, respecto al principio de progresividad, sobre el cual ha afirmado, que el mismo se materializa a través de una estructura tridimensional compuesta por:

a) la obligación del Estado de permitir y de promover el incremento del número de Derechos Humanos.

b) Permitir y promover el crecimiento de la esfera de protección de los derechos.

c) Fortalecer los mecanismos de tutela de dichos derechos.

De conformidad con lo expuesto por esta sentencia, la Constitución prohíbe expresamente la reducción de los Derechos Humanos, así como de

¹⁷⁵ Ayala Corao, C. (2012) *Ibíd.* p. 190.

¹⁷⁶ Tribunal Supremo de Justicia. (2007). Decisiones de la Sala Constitucional. Caso: Distribuidora el Palacio del Lubricante C.A. Acción de Amparo. [Documento en Línea] Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/161-060207-06-0898.HTM> [Consulta: 2020, Junio 6].

los mecanismos que permiten la tutela de los mismos.

Al ser la Comisión Interamericana de Derechos Humanos un órgano principal de la Carta de la OEA, esta podrá seguir ejerciendo su jurisdicción sobre el Estado venezolano, en protección a todas las personas que dentro de él se encuentren, sin embargo, el ejercicio de esta jurisdicción se encontrará limitado desde la entrada en vigencia de la denuncia y a partir de esa fecha para plantear los casos únicamente con base a la Declaración Americana de los Derechos Hombres de 1948 (que no es un tratado) el Estatuto y el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luego de un año de entrada en vigencia esta denuncia, la Comisión continuará el procesamiento de peticiones y solicitudes de medidas cautelares relacionadas con Venezuela, así como la supervisión de los Derechos Humanos dentro del País, de conformidad con el Art. 106 de la Carta de la OEA y la Declaración Americana. Mientras Venezuela siga siendo miembro de la Organización de Estados Americanos. Esto significa que los Ciudadanos venezolanos, tienen la oportunidad de seguir permaneciendo bajo la jurisdicción de la Comisión y también de los mecanismos utilizados por el Consejo Permanente y la Asamblea General de la OEA, mientras que Venezuela no deje de ser miembro de esta Organización.

Sin embargo, la situación de Venezuela dentro de la OEA es algo emblemática para su descripción, puesto que el 26 de Abril del año 2017, el Presidente Nicolás Maduro inició el proceso de retiro de Venezuela de la OEA, y posteriormente, antes de que se cumpliera el lapso de dos años para el retiro oficial de Venezuela de la Organización, el Presidente Interino de Venezuela reconocido a nivel internacional por 54 países y también por la Organización, manifestó en nombre del Estado venezolano la voluntad de dejar sin efecto la denuncia a la Carta de la OEA realizada por Nicolás Maduro. Véase a continuación un análisis del contexto dentro del cual

surgió cada una de esas decisiones.

El 26 de Abril del año 2017, el Presidente de Venezuela Nicolás Maduro, invocó el artículo 143 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, para denunciar por medio de un escrito dirigido a su Secretario General Luis Almagro y a los demás países miembros este instrumento jurídico internacional. De acuerdo al referido artículo 143 *ejusdem*¹⁷⁷:

Artículo 143: *Esta carta regirá indefinidamente, pero podrá ser denunciada por cualquiera de los Estados miembros, mediante comunicación escrita a la Secretaría General, la cual notificará en cada caso a los demás las notificaciones de denuncia que reciba. Transcurridos dos años a partir de la fecha en que la Secretaría General reciba una notificación de denuncia, la presente carta cesará en sus efectos respecto del Estado denunciante, y éste quedará desligado de la Organización, después de haber cumplido con las obligaciones emanadas de la presente carta.*

A Venezuela como parte de las Obligaciones emanadas de la Carta de la OEA le ha correspondido: esperar el cumplimiento del lapso de dos años establecido, así como el pago de las obligaciones adquiridas ante esta instancia que para el año 2019 al momento de producirse el retiro oficial de Venezuela ante la OEA, la deuda con este organismo ascendió a los 12 millones de dólares.

El gobierno de Venezuela fundamentó su denuncia a la Carta de la OEA en que este organismo se había convertido en “el vehículo de intervenciones abiertamente lesivas de los principios y del Estado de Derecho Internacional”¹⁷⁸. Así mismo, señaló la violación de la Carta de la OEA por el mismo organismo en su artículo 1, al establecer el principio de no intervención en los asuntos de la jurisdicción interna de los Estados

¹⁷⁷Carta de la Organización de Estados Americanos (1948) *Óp. Cit. p.152.*

¹⁷⁸Notiamérica (2019). [Página Web en Línea] Disponible: <https://www.notiamerica.com/politica/noticia/-venezuela-formaliza-salida-oea-son-razones-20190427212106.html> [Consulta: 2020, Junio 8]

miembros. Acusando de esta manera, de intervencionismo a la OEA y a su Secretario General Luis Almagro, por haber convocado una reunión de cancilleres para tratar sobre la crisis venezolana, pese a la oposición manifestada por el gobierno de Venezuela en contra de esa sesión.

Así mismo, el Ejecutivo señaló que su acción para retirarse de la OEA forma parte de las atribuciones concedidas al Presidente de la República en el Art. 236 ordinal 4° de la Constitución Nacional¹⁷⁹, para celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales.

Ahora bien, en el año 2019, específicamente el 8 de Febrero (a pocos días de cumplirse el lapso para el retiro oficial de Venezuela de la OEA, y de la CADH) Juan Guaidó reconocido como Presidente Interino de Venezuela por 54 países a nivel internacional, dirigió una carta al Secretario General de la OEA Luis Almagro, para dar a conocer formalmente la decisión del Estado venezolano de dejar sin efecto la denuncia de la Carta¹⁸⁰ efectuada por Nicolás Maduro, con la finalidad de lograr que Venezuela siga permaneciendo dentro de este Organismo Internacional. Así mismo, con respecto a la deuda de 12 millones de dólares adquirida por Venezuela ante este organismo, los representantes de Juan Guaidó han asegurado que asumirán esta deuda para que Venezuela siga dentro de la Organización.

Decisión que fue tomada en base a un acuerdo aprobado por la Asamblea Nacional establecida constitucionalmente, para restablecer la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la protección internacional que ofrece la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión¹⁸¹, acuerdo en el que se resolvió básicamente:

¹⁷⁹Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) *Ibíd.* p.119.

¹⁸⁰Notiamérica (2019). *Ibíd.* p.195.

¹⁸¹Asamblea Nacional. (2019). Acuerdo para restablecer la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la protección internacional que ofrecen la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión. [Documento en Línea]. Disponible: <http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/detalle/acuerdo-para-restablecer-la-vigencia-de->

- Dejar sin efecto en forma tal, como si nunca hubiera sido realizada, la denuncia a la Convención, y así mismo reafirmar la competencia de la Corte.
- Instruir al representante permanente ante la OEA, para presentar esta decisión. Así mismo, dar la autorización necesaria para que la Comisión IDH realice una *visita in loco* dentro del país, y asignar nuevos agentes del Estado ante la Comisión y la Corte.
- Remitir al Secretario General de la OEA el acuerdo, así como darle la publicidad pertinente.

Además, es importante mencionar que la Organización de Estados Americanos a través de una Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de Junio del año 2019¹⁸² aceptó al representante permanente ante la Organización de Estados Americanos designado por la Asamblea Nacional de Venezuela hasta que se celebren nuevas elecciones presidenciales que conduzcan al nombramiento de un gobierno elegido democráticamente.

Entonces, ante todo el contexto mencionado anteriormente, puede llegarse a una conclusión: Venezuela forma aún parte de la Organización de Estados Americanos, y a su vez de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siguiendo bajo la jurisdicción de la Comisión CIDH y de la Corte IDH, pues el gobierno reconocido ante estos organismos internacionales y ante 54 países del mundo es el presidido por el Presidente Interino Juan Guidó.

[la-convencion-americana-sobre-derechos-humanos-y-la-proteccion-internacional-que-ofrecen-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-y-la-comision-interamerican-388](#)[Consulta: 2020, Junio 11].

¹⁸²Resolución sobre la situación de Venezuela y la crisis de migrantes venezolanos aprobada por la Asamblea General de la OEA (2019). [Transcripción en Línea]. Disponible: https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-013/19 [Consulta: 2020, Junio 13].

Esto es así, a pesar de que en la actualidad el monopolio del poder se encuentre en manos de Nicolás Maduro quien ejerce actualmente el control sobre todos los órganos del Poder Público y el ejercicio del Poder dentro del País. Sin embargo, como a nivel internacional Venezuela no se retiró de la Organización de Estados Americanos, y desestimó la denuncia realizada a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sigue siendo sometida a la Jurisdicción de la Comisión y de la Corte y es parte de la Organización.

Ahora bien, aunque el régimen tiene el monopolio del ejercicio del poder actualmente, en cuanto al derecho, no debe existir ninguna limitación para que un venezolano interponga una petición por violación a los derechos humanos, ante el SIDH, sin embargo, en cuanto a los hechos, el gobierno de Nicolás Maduro no reconoce la competencia ni de la Corte para que conozca de peticiones y emita sentencias sobre violaciones a los derechos humanos ocurridas en Venezuela, ni de la Comisión para que cumpla con sus funciones, impidiendo su entrada al país para llevar a cabo las *visitas in loco* y emitir así sus respectivos informes sobre la situación de los Derechos Humanos en Venezuela.

Específicamente el 4 de Febrero del año 2020, le fue prohibido el abordaje desde Panamá a una delegación de la Comisión IDH, que tenía la intención de dirigirse al interior del País para observar la situación en la que este se encontraba respecto a los Derechos Humanos, visita que procedió a realizarse en invitación del representante permanente de Venezuela ante la OEA reconocido por la Organización (no reconocido por el régimen de Nicolás Maduro), ante esta situación la Comisión emitió un comunicado en donde resaltan como puntos importantes los siguientes:

1. Pese a la negación del ingreso de la delegación de la Comisión a Venezuela, esta afirmó que se reuniría con las víctimas y las organizaciones pertinentes en la frontera con Colombia.

2. El objetivo era reunirse con las víctimas de las violaciones a los Derechos Humanos, beneficiarios de medidas cautelares, representantes de la sociedad civil, movimientos sociales, estudiantiles y académicos.
3. La Comisión advierte que es propio de los regímenes autoritarios, no permitir el escrutinio internacional ni la observancia de la situación de los Derechos Humanos.
4. La Comisión a pesar de estas circunstancias, reafirma la vigencia de su mandato y jurisdicción sobre Venezuela.
5. La Comisión recuerda que Venezuela es parte también de otros instrumentos internacionales que otorgan mandatos a la Comisión, entre ellos: la Convención de *Belém do Pará*, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, La Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas. Esto ante la negativa del gobierno de impedir la entrada al país de la Comisión, fundamentándose en que han denunciado a la Convención y no reconocen la competencia de la misma en asuntos del país.
6. La Comisión a través del seguimiento cercano que ha efectuado sobre la situación de los Derechos Humanos en Venezuela, ha corroborado que existe un grave deterioro significativo en el goce de los Derechos Humanos en el país.
7. Además señala la Comisión que en Venezuela se evidencia la ausencia de un verdadero Estado de Derecho.
8. La Comisión hace un llamado a Venezuela para que retome su compromiso con los Derechos Humanos.
9. La Comisión reafirma su disposición para apoyar a Venezuela a

través del Mecanismo Especial de Seguimiento para Venezuela (MESEVE).

Capítulo V

Conclusiones

El delito de la trata de personas, es el reclutamiento de una persona, que incluye su traslado, acogida o recepción, para fines de explotación sexual o laboral, y, a través de ella, obtener el tratante un lucro que le beneficie. Dentro de la comisión de este delito, se vulneran los derechos humanos a las víctimas, como el derecho a la vida, la libertad, a la educación, y a la salud, se discrimina en razón del sexo, se vulneran también los derechos laborales de los migrantes, impidiéndoles obtener una justa remuneración por el trabajo que realizan, gozando cada uno de estos derechos, de una amplia protección a través de los instrumentos jurídicos internacionales que han sido ratificados por la mayoría de los países.

Una consecuencia directa de este delito es el daño moral, que en las víctimas genera sufrimiento, dolor, ansiedad, humillación, sentimientos de inferioridad, y cualquier otro tipo de aflicción, debido a que su dignidad ha sido vulnerada totalmente. A diferencia de una enfermedad o herida física, que con tratamientos médicos puede permitir a la víctima volver a la normalidad de manera más rápida, los efectos del daño moral tienen a perdurar en el transcurso del tiempo, generando una aflicción tanto para las víctimas como para sus familiares en la mayoría de los casos, reconociéndose la necesidad e importancia de su reparación, pues aunque no permita la reparación total del daño, permitirá al menos compensar y mitigar sus efectos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido una serie de mecanismos destinados a la reparación del daño moral, reconociendo el menoscabo en los valores significativos para la víctima que este produce, por lo tanto, nace para la víctima el derecho a obtener una reparación y a su vez nace para el responsable del daño el deber de

repararlo. La Corte, concibe entonces la reparación como todas aquellas medidas que se utilizarán para desaparecer los efectos de las violaciones cometidas a los Derechos Humanos. Exigiendo como procedencia para su reparación, que el daño sea: cierto, personal de quien lo demanda y que además lesione un interés jurídicamente tutelado.

Dentro de las formas de reparación concebidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentra la reparación compensatoria o sustitutiva, la reparación social, las medidas de satisfacción, así como también, la indemnización pecuniaria, siendo importante que quien demande esta reparación lo haga una vez que han sido agotados los recursos judiciales internos, sin éxito alguno, por no obtener la tutela judicial efectiva a sus derechos e intereses. Así mismo, la Corte sólo reconocerá la titularidad del derecho a reclamar la reparación del daño a la víctima, y a los familiares que hayan sufrido las secuelas directas de la comisión del delito, por ejemplo, cuando la víctima ha fallecido.

La Justicia Restaurativa es un proceso que tiene por finalidad alcanzar la reparación del daño causado a la víctima, pues a ella se convierte en la parte más importante dentro del proceso. Es por ello, que se concibe como un mecanismo alternativo de sanción a la aplicación de la pena privativa de libertad, al permitir descongestionar los sistemas de administración de justicia, llevando a cabo el proceso con mayor agilidad y eficiencia en donde los protagonistas son las partes incluyendo a la sociedad. La aplicación de la Justicia Restaurativa ofrece múltiples ventajas, entre ellas razones de celeridad y economía procesal, evitando iniciar un proceso judicial o seguir su continuación, además puede ser utilizada en cualquier etapa del proceso, abarcando obligaciones razonables para ambas partes.

La Justicia Restaurativa, busca que el ofensor se responsabilice por

las consecuencias derivadas de sus actos, reparando por sí mismo el daño a la víctima, para ello, ha establecido diversos mecanismos de sanción como la restitución, el servicio a la comunidad y la reparación. Sin embargo, la Justicia Restaurativa se complementa con la aplicación de la pena privativa de libertad, pues es importante reconocer las diversas funciones esenciales que cumple la pena, como prevenir la comisión de futuros hechos delictivos similares, mantener la sensación de orden y seguridad dentro de la sociedad e imponer el respeto al ordenamiento jurídico establecido como un mecanismo para lograr el éxito de la convivencia en la sociedad.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, fue creado con la finalidad de promover y proteger el goce de los Derechos Humanos dentro de los países que forman parte de la Organización de Estados Americanos, ofreciendo mecanismos de acceso, para todas aquellas personas que dentro del ordenamiento jurídico interno no cuentan con la tutela judicial efectiva a sus derechos e intereses, quienes habiendo agotado los recursos judiciales internos no han obtenido una reparación ante la violación producida a sus Derechos Humanos. Así, este Sistema establece el derecho de interponer una petición ante la Comisión IDH por violación a los Derechos Humanos.

De esta manera, quien desee interponer una petición, deberá presentarla transcurridos seis meses desde la notificación de la decisión de última instancia que agoto el último de los recursos internos, utilizando los medios alternativos señalados por la comisión, como el correo electrónico, correo postal, facsímil, o el formulario electrónico. La petición deberá contener información básica como los datos de la víctima, los hechos, los derechos violentados, los medios de prueba disponibles y en caso de ser necesario la solicitud de medidas cautelares. Cumpliendo con todos los requisitos, la petición entrará en etapa de admisibilidad, donde será

sometida a una evaluación preliminar por parte de la Comisión.

La consecuencia principal del delito de la trata de personas, es el daño moral causado a las víctimas por el padecimiento de dolor, humillación, inferioridad, pérdida de la dignidad, e impotencia. Ante esta situación, la Corte IDH ha establecido mecanismos dirigidos a su reparación, a través de la reparación compensatoria o sustitutiva; cuando no sea posible el restablecimiento total del derecho violentado, reparación social; cuando la afectación sea a nivel colectivo, medidas de satisfacción; por ejemplo, la obtención de una sentencia judicial, la investigación de los hechos y el castigo de los responsables, y de ser el caso, la entrega del cuerpo de la víctima, la indemnización pecuniaria; en la que deberá tomarse en cuenta la gravedad del daño y su secuelas en familiares directos.

Dentro del proceso llevado en contra de los tratantes, la Justicia Restaurativa promueve en primer lugar, la reparación del daño a la víctima como principal afectada y luego, en segundo lugar, el establecimiento de la responsabilidad del delincuente. Cuando la víctima no ha obtenido la reparación del daño, aun habiendo agotado los recursos judiciales internos, se consagra la posibilidad de acudir al SIDH para interponer una petición por violación a los derechos humanos, cumpliendo con todos los requisitos establecidos previamente para ello, dando prioridad en resguardar el derecho a la defensa, al debido proceso, y a la tutela judicial efectiva, resumidos en dos palabras: universales y fundamentales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Alvárez Vigaray (1966) La Responsabilidad por Daño Moral. [Documento en Línea]. Disponible: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1966-10008100116 [Consulta: 2020, Marzo 2].

Ayala Corao, C. (2012). Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela. *Estudios Constitucionales* [Revista en Línea], 2. Disponible: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32197.pdf> [Consulta: 2020, Junio 3].

ÁVILA Hernández, F. (2013). "Algunas consideraciones jurídicas sobre la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hecha por Venezuela", volumen XX, N°2.

Asamblea Nacional. (2019). Acuerdo para restablecer la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la protección internacional que ofrecen la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión. [Documento en Línea]. Disponible: <http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/detalle/acuerdo-para-restablecer-la-vigencia-de-la-convencion-americana-sobre-derechos-humanos-y-la-proteccion-internacional-que-ofrecen-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-y-la-comision-interamerican-388>[Consulta: 2020, Junio 11].

Bernuz Beneitez, M. J. García Inda, A. (2019). Justicia Restaurativa y Mediación Penal Intrajudicial en Aragón: Condiciones, Resistencias e Incertidumbres. [Documento en Línea]. Disponible: <http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/1169/1212>[Consulta: 2020, Marzo 27].

Benavides Benalcázar, M. (2019). La Reparación Integral de la Víctima en el Proceso Penal. [Documento en Línea]. Disponible: <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/1392/1419>[Consulta: 2020, Marzo 04].

Brito González, M. S. (2013). *El Daño Moral y los Criterios para la Determinación de su Indemnización* [Resumen en Línea]. Trabajo de grado para la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador, Universidad del AZULAY. Disponible: <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/3186/1/09960.pdf>[Consulta: 2020, Marzo 02].

Barrientos Zambrano, M. (2008). Del Daño Moral al Daño Extrapatrimonial: La superación del Pretium Doloris. *Revista chilena de Derecho* [Revista en Línea], 1. Disponible: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v35n1/art04.pdf>[Consulta:

2020, Febrero 27].

Barboni Pekmezian, L. La Reparación del Daño en la Justicia Penal (2014). [Documento en Línea]. Disponible:<http://www.scielo.edu.uy/pdf/cp/v8n2/v8n2a09.pdf>[Consulta: 2020, Marzo 04].

Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (No. 293). (2013, Noviembre 2). [Transcripción en Línea]. Disponible:<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-reparacion-del-dano-causado-a-las-victimas-de-trata-de-personas/>[Consulta: 2020, Febrero 19].

Cubides Molina, J. D. (2016). *Reparaciones en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Focalizado en la Modalidades de Reparación Adoptadas por la Corte IDH y el Consejo de Estado Colombia* [Resumen en Línea]. Trabajo de Investigación para optar por el título de Magister en Derecho en la Universidad de Colombia. Disponible:https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2839300[Consulta: 2020, Marzo 02].

Cárdenas, M. Suárez, I. *Aplicación de los Criterios de Reparación de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las Sentencias del Consejo de Estado Colombiano* (2014). [Documento en Línea]. Disponible: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v13n26/v13n26a03.pdf>[Consulta: 2020, Marzo 02].

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (No.9460). (1978, Febrero 11). [Transcripción en Línea]. Disponible:https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf[Consulta: 2020, Marzo 04].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012). Sistema de Peticiones y Casos, Folleto informativo. [Documento en Línea] Disponible:https://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf[Consulta: 2020, Marzo 27].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Comunicado de Prensa*. [Página Web en Línea]. Disponible: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/020.asp> [Consulta: 2020, Junio14].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Manual de Uso para peticionarios*. (2015) [Documento en Línea]. Disponible: <http://www.oas.org/es/cidh/portal/ayuda/peticionarios/NetHelp/> [Consulta: 2020, Junio 1].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Portal del Sistema Individual de Peticiones de la CIDH Términos y Condiciones de Uso*. [Documento en Línea]. Disponible: <http://www.oas.org/es/cidh/portal/docs/Portal-TermsOfUse-ES.pdf> [Consulta: 2020, Junio 2].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Información relevante sobre peticiones en etapa de estudio ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [Documento en Línea]. Disponible: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/docs/MedidasTramitacionPeticiones-es.pdf> [Consulta: 2020, Junio 1].

Carta de la Organización de los Estados Americanos. (1948). [Transcripción en Línea]. Disponible: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf [Consulta: 2020, Junio 1].

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. [Transcripción en Línea]. Disponible: http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/AdjuntosTratados/064dd_OEA-1999%20DISCAPACIDAD.PDF [Consulta: 2020, Junio 11].

Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas. (1994). [Transcripción en Línea] Disponible: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-interamericana-desaparicion-forzada-personas.pdf> [Consulta: 2020, Junio 11].

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. (1995). [Transcripción en Línea] Disponible: https://www.oas.org/dil/esp/convencion_belem_do_para.pdf [Consulta: 2020, Mayo 29].

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (No.32). (1969). [Transcripción en Línea] Disponible: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf [Consulta: 2020, Mayo 29].

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. (1985). [Transcripción en Línea] Disponible: http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/AdjuntosTratados/65f89_OEA-1985%20TORTURA.PDF [Consulta: 2020, Mayo 29].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). [Página Web en Línea]. Disponible: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp>

[Consulta: 2020, Mayo 29].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). [Página Web en Línea]. Disponible: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> [Consulta: 2020, Mayo 29].

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (G.O N°36860). (1999, Diciembre 30). [Transcripción en Línea]. Disponible: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf [Consulta: 2020, Mayo 25].

Díez Ripollés, J. L. (2002). El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* [Revista en Línea], 103. Disponible: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3703/4543>[Consulta: 2020, Marzo 04].

Domínguez Águila, R. (2010). Los límites al Principio de Reparación Integral. *Revista Chilena de Derecho Privado* [Revista en Línea], 15. Disponible: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n15/art01.pdf>[Consulta: 2020, Marzo 02].

Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (1985, Noviembre 29). [Transcripción en Línea]. Disponible: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/victimsofcrimeandabuseofpower.aspx>[Consulta: 2020, Febrero 22].

Dra. Hilda Marchiori (2017). La Trata de Personas y la Grave Vulnerabilidad de las Víctimas. *Revista Criminología y Sociedad* [Revista en Línea], 6. Disponible: <http://www.criminologiaysociedad.com.mx/wp-content/uploads/2017/12/Marchiori-Trata-de-personas.pdf> [Consulta: 2020, Febrero 19].

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948). [Transcripción en Línea] Disponible: https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf [Consulta: 2020, Mayo 29].

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (No.448). (1979). [Transcripción en Línea]. Disponible: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_CorteIDH.pdf [Consulta: 2020, Mayo 31].

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (No.447). (1979). [Transcripción en Línea]. Disponible:

https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_CIDH.pdf [Consulta: 2020, Mayo 30].

Elaine Pearson (2003). *Manual Derechos Humanos y Trata de Personas* [Libro en Línea]. Alianza Global Contra la Trata de Mujeres: Editorial Impresol Ediciones LTDA. Disponible: https://publications.iom.int/system/files/pdf/manual_derechos_humanos.pdf [Consulta: 2020, Febrero 22].

Florabel Quispe, R. (2016). La Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Anuario Español de Derecho Internacional* [Revista en Línea], 32. Disponible: <https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/8215/7320> [Consulta: 2020, Marzo 31].

González Ramírez, I. (2012). ¿Es la Justicia Restaurativa un Aporte a los Valores del Sistema Jurídico? *Revista de Justicia Restaurativa* [Revista en Línea]. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3853310> [Consulta: 2020, Abril 11].

García Ramírez, S. (2003). Consecuencias del Delito: Los Sustitutivos de la Prisión y de la Reparación del Daño. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* [Revista en Línea], 107. Disponible: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3755/4642> [Consulta 2020, Marzo 04].

Guía de Auto Aprendizaje, *Manual sobre la Investigación del Delito de la Trata de Personas* (2009). [Documento en Línea]. Disponible: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf [Consulta: 2020, Febrero 22].

Loianno A, (2014). Evolución de la Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. *Revista Jurídica Primera Instancia* [Revista en Línea], 3. Disponible: <https://www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2017/04/EVOLUCI%C3%93N-DE-LA-DOCTRINA-DE-LA-CORTE-INTERAMERICANA-DE-DERECHOS-HUMANOS-EN-MATERIA-DE-REPARACIONES-Adelina-Loianno-1.pdf> [Consulta: 2020, Marzo 31].

Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica". (No.31.256). (1977). [Transcripción en Línea]. Disponible: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2016/08/convencion-americana-sobre-derechos.html> [Consulta: 2020, Junio 2].

Márquez Cárdenas, Á. E. (2007). La Justicia Restaurativa Versus la Justicia Retributiva en el Contexto del Sistema Procesal de Tendencia Acusatoria. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores* [Revista en Línea], 20. Disponible:<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/04/doctrina38574.pdf>[Consulta: 2020, Marzo 04].

Notiamérica (2019). [Página Web en Línea] Disponible: <https://www.notiamerica.com/politica/noticia/-venezuela-formaliza-salida-oea-son-razones-20190427212106.html> [Consulta: 2020, Junio 8].

Ortiz Cruz, F. A. La reparación del Daño como Mecanismo Alternativo de Sanción (2007). [Documento en Línea]. Disponible:https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/23/r23_15.pdf[Consulta: 2020, Marzo 04].

Olalde Altarejos, J. A. (2010). Mediación y Justicia Restaurativa: Innovaciones Metodológicas del Trabajo Social en la Jurisdicción Penal. *Revista de ciencias humanas y sociales, Miscelánea Comillas* [Revista en Línea], 133. Disponible: <https://revistas.comillas.edu/index.php/miscelaneacomillas/article/view/52/38> [Consulta: 2020, Marzo 04].

Organización Panamericana de la Salud, Comprender y Abordar la Violencia Contra la Mujer, Hoja Informativa (2013). *Trata de Personas* [Documento en Línea]. Disponible: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98857/WHO_RHR_12.42_spa.pdf;jsessionid=E9A82C19663A42AAE268D47DC54FC8ED?sequence=1[Consulta: 2020, Febrero 19].

Pelayo Moller C.M (2015). *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*[Libro en Línea]. Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Editorial CNDH México. Disponible:http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CSIDH_IntroduccionSistemaInteramericano-3aReimpr.pdf[Consulta: 2020, Marzo 27].

Patricia Tujano Ruíz, Vania Tovilla Quesada, Jessica Dorantes Segura. (2010). Transtextualidad: Nuevas Representaciones de la Trata de Personas y Pornografía en Internet. *Revista Ábaco* [Revista en Línea], 66. Disponible:https://www.researchgate.net/publication/283033460_Nuevas_representaciones_de_la_trata_de_personas_y_pornografia_en_Internet[Consulta: 2020, Febrero 22].

Protocolo para Reprimir, Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2003,

Diciembre 25). [Transcripción en Línea]. Disponible:https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/protocoltraffickinginpersons_sp.pdf [Consulta: 2020, Febrero 19].

Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1988). [Transcripción en Línea] Disponible: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> [Consulta: 2020, Mayo 29].

Rueda Fonseca, M. (2007). Las Vertientes Doctrinarias del Daño Moral o Pretium Doloris. *Revista Boliviana de Derecho* [Revista en Línea], 4. Disponible:<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539904003> [Consulta: 2020, Febrero 27].

Rousset Siri, J. (2011). El Concepto de Reparación Integral en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos* [Revista en Línea], 1. Disponible:<http://www.cladh.org/wp-content/uploads/2012/07/a1-n1-2011-art03.pdf> [Consulta: 2020, Febrero 27].

Resolución sobre la situación de Venezuela y la crisis de migrantes venezolanos aprobada por la Asamblea General de la OEA (2019). [Transcripción en Línea]. Disponible: https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-013/19 [Consulta: 2020, Junio 13].

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). [Transcripción en Línea]. Disponible: https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf [Consulta: 2020, Junio 1].

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). [Transcripción en Línea]. Disponible: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/ReglamentoCIDH2013.pdf> [Consulta: 2020, Mayo 31].

Sandoval Garrido, D. (2013). Reparación integral y Responsabilidad Civil: El Concepto de Reparación Integral y su Vigencia en los Daños Extrapatrimoniales a la Persona como Garantía de los Derechos de las Víctimas. *Revista de Derecho Privado* [Revista en Línea], 25. Disponible:<http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n25/n25a10.pdf> [Consulta: 2020, Marzo 02].

Torres A. (1999). La Reparación del Daño en la práctica de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Privado* [Revista en Línea], 4. Disponible: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/670/633> [Consulta: 2020, Febrero 19].

Tribunal Supremo de Justicia. (2007). Decisiones de la Sala Constitucional. Caso: Distribuidora el Palacio del Lubricante C.A. Acción de Amparo. [Documento en Línea] Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/161-060207-06-0898.HTM> [Consulta: 2020, Junio 6].

Universidad Andina Simón Bolívar, Programa Andino de Derechos Humanos (2002). *Recorrido Histórico de la Trata de Personas* [Documento en Línea]. Disponible: <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanalis2/violenciasyderechoshumanos/staff.pdf> [Consulta: 2020, Febrero 19].

Universidad del País Vasco, Evaluación del Daño Psicológico a las Víctimas de Delitos Violentos (2002). [Documento en Línea]. Disponible: <http://www.psicothema.com/pdf/3484.pdf> [Consulta: 2020, Febrero 27].

Universidad Nacional Autónoma de México, Violencia en internet: Nuevas Víctimas, Nuevos Retos (2009). [Documento en Línea]. Disponible: <http://www.scielo.org.pe/pdf/liber/v15n1/a02v15n1.pdf> [Consulta: 2020, Febrero 22].

Universidad Autónoma de Puebla, México. (2015). La Justicia Restaurativa: Fundamento Sociológico, Psicológico y Pedagógico para su Operatividad. *Revista de Ciencias Sociales* [Revista en Línea], 39. Disponible: <http://www.scielo.org.mx/pdf/tla/v9n39/1870-6916-tla-9-39-00172.pdf> [Consulta: 2020, Marzo 04].

Universidad de Munich, Pena y Reparación (1999). [Documento en línea]. Disponible: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1999-10000500016_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Pena_y_reparaci%C3%B3n [Consulta: 2020, Marzo 04].

