

# REVISTA ELECTRÓNICA IBEROAMERICANA



**REIB**

**2020**

Vol. 14 No. 2

## CONSEJO DIRECTIVO Y CIENTÍFICO

### DIRECTORES:

*Carlos R. Fernández Liesa*  
Universidad Carlos III de Madrid

*Cástor M. Díaz Barrado*  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

### SUBDIRECTORA:

*Anna Badia Martí*  
Universitat de Barcelona

### SECRETARÍA ACADÉMICA:

*José Manuel Azcona Pastor*  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

*Jorge Urbaneja Cillán*  
Universidad de Alicante

### COORDINADORA:

*Diana M. Verdiales López*  
Universidad Rey Juan Carlos

### COMITÉ CIENTÍFICO:

*Francisco Aldecoa Luzárraga*, Universidad Complutense de Madrid  
*Celeste Pino Canales*, Universidad de La Habana (Cuba)  
*Ana Idalia Castellanos Khouri*, Embajadora Cancillería (República Dominicana)  
*Fernando Dos Reis Condesso*, Universidad Técnica de Lisboa (Portugal)  
*Romualdo Bermejo García*, Universidad de León  
*Francisco José Piñón*, Universidad de Congreso (Argentina)  
*Miryam Colacrai*, Universidad Nacional de San Martín y Universidad Nacional de Rosario (Argentina)  
*João Abreu de Faria Bilhim*, Universidad Técnica de Lisboa (Portugal)  
*Rafael Caldach Cervera*, Universidad Complutense de Madrid  
*Celestino del Arenal Moyua*, Universidad Complutense de Madrid  
*Cesáreo Gutiérrez Espada*, Universidad de Murcia  
*Véronique Champeil-Desplats*, Universidad de París Ouest-Nanterre La Défense (Francia)  
*Felipe González*, Universidad Diego Portales (Chile),  
*Magda Yadira*, Universidad de Monterrey (México)  
*Carlos Molina*, Universidad de Medellín (Colombia)  
*Montserrat Huguet*, Universidad Carlos III de Madrid  
*Francesco Seatzu*, Universidad de Cagliari (Italia)

### CONSEJO DE REDACCIÓN:

Antonio Pastor Palomar, Vicente Garrido Rebolledo, María de los Ángeles Cano Linares, Pilar Trinidad Núñez, M<sup>a</sup> Sagrario Morán Blanco, Beatriz Barreiro Carril, Elena C. Díaz Galán, Daniel Oliva Martínez, Mercedes Guinea Llorente, Cristina Pérez Rico, Ana Manero Salvador, Diana M. Verdiales López

---

# REVISTA ELECTRÓNICA IBEROAMERICANA

# REIB

## Vol. 14 No. 2

## 2020

## Diciembre

La Revista Electrónica Iberoamericana REIB se encuentra indexada en LATINDEX y en las bases de datos ISOC, DICE y La Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT), por sus contenidos de alta calidad científica sobre la realidad iberoamericana y en el contexto de las Ciencias Sociales y Jurídicas.

Edición: Centro de Estudios de Iberoamérica, Universidad Rey Juan Carlos y el Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid.

Diseño: Centro de Estudios de Iberoamérica, Universidad Rey Juan Carlos.

ISSN: 1988-0618

**CENTRO DE ESTUDIOS DE IBEROAMERICA**  
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS  
C/TULIPAN S/N, MÓSTOLES, MADRID

## ÍNDICE

<b>I. EDITORIAL</b> .....	7
<b>II. TRIBUNA ABIERTA IBEROAMERICANA:</b> <b>LA DIFÍCIL CONFIGURACIÓN DE LA IMPARCIALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO</b> .....	10
Consuelo Madrigal Martínez-Pereda Fiscal de Sala del Tribunal Supremo Académica de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.	
<b>III. ARTÍCULOS Y NOTAS</b>	
<b>UNA BATALLA DE PAPEL. LA INJERENCIA EXTRANJERA EN LA REPÚBLICA DOMINICANA VISTA POR LA PRENSA (1854-1858)</b> .....	21
Luis Alfonso Escolano Giménez <i>Universidad IE Madrid</i>	
<b>LA DISPUTAS MATRIMONIALES EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO: REFLEXIONES SOBRE EL CASO DE LIS PENDENS</b> .....	49
Dimitris Liakopoulos <i>Fletcher School-Tufts University</i>	
<b>APROXIMACIONES JURÍDICO-SOCIALES DE LA PROTESTA SOCIAL</b> .....	50
Pedro Martín Páez Bimos <i>Universidad Rey Juan Carlos</i>	
<b>CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL ANTE EL COVID-19: DERECHO A LA SALUD Y RÉGIMEN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL</b> .....	86
Marta Sosa Navarro <i>Universidad Milano-Bicocca de Milán</i>	
<b>EL SISTEMA EDUCATIVO INDÍGENA PROPIO – SEIP, UNA POLÍTICA PÚBLICA EMERGENTE DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE COLOMBIA</b> .....	116
María Elena Tobar Gutiérrez <i>Universidad de la Sabana.</i>	
<b>EL MODELO GEOPOLÍTICO DE LOS PARTIDOS INTERNACIONALES ENTRE EL REALISMO OFENSIVO Y LA GEOPOLÍTICA CRÍTICA.</b> .....	143
Carmine de Vito <i>Universidade Rey Juan Carlos</i>	

#### IV. RECENSIONES

AZCONA PASTOR, José Manuel. “Los designios de la emigración vasca y navarra en Cuba (1492-1936)” Madrid, Editorial Sílex, 2020, 812 páginas ..... 168

Majlinda Abdiu

*Universidad de Tirana-Albania*

DÍAZ GALÁN, Elena. “La Conformación Jurídica de las Organizaciones Internacionales (De las Conferencias Internacionales a las Uniones Administrativas)”, Thomson Reuters, Aranzadi, 2018, 456 pp..... 171

Florabel Quispe Remón

*Universidad Carlos III de Madrid*

QUISPE REMÓN, Florabel. “Los derechos humanos en el Sistema Interamericano”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 93 pp. .... 178

Ana Manero Salvador

*Universidad Carlos III de Madrid.*

SOLER GARCÍA, C. “Los límites a la expulsión de extranjeros ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Aranzadi, 2019, 352 pp. .... 181

Juan Manuel Rodríguez Barrigón

*Universidad de Extremadura.*

AVILÉS, Juan; AZCONA, Jose Manuel; RE, Matteo. “Después del 68: La deriva terrorista en Occidente”. Sílex Ediciones, 2019, 634 pp..... 185

Miguel Madueño Álvarez

*Universidad Rey Juan Carlos.*

PRESTA NOVELLO, Deborah. “El conflicto de Colombia. Acción de las Organizaciones Internacionales”, Aranzadi, 2020, 280 pp..... 188

Jorge Urbaneja Cillan

*Universidad de Alicante.*

#### V. CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA ..... 192

Harold Bertot Triana

#### VI. DOCUMENTACIÓN ..... 236

Seguimiento al Informe de la SGOEA y del Panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la Posible Comisión de Crímenes de Lesa Humanidad en Venezuela.

Informe de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela.

## **I. EDITORIAL**

## ***I. EDITORIAL REIB***

La pandemia del Covid-19 ha tenido un impacto notable en el continente americano. Las cifras que brinda la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre esta realidad son abrumadoras. Antes de la pandemia, organismos internacionales, como la CEPAL, indicaban la dura realidad en lo económico y social que vivía el continente y los desafíos que enfrentaría en los años venideros. Ello había provocado, con las particularidades de cada caso, que algunos países del continente registraran convulsiones políticas, protestas de movimientos sociales y exigencias al Estado por parte de varios colectivos y sectores en materia de salud, educación y otras prestaciones sociales. En medio de este escenario, la pandemia del Covid-19 vendría a profundizar mucho más la situación de pobreza y precariedad laboral en la que vive buena parte de la región, desvelaría los graves problemas de los sistemas de salud para brindar acceso y atención de calidad, acentuaría mucho más las situaciones de vulnerabilidad de muchos sectores y pondría en tela de juicio esquemas fiscales que fueron diseñados para limitar el gasto en materia sanitaria.

En este escenario, un gran debate se ha abierto sobre las medidas adoptadas por los Estados para evitar la expansión del virus y mitigar sus efectos. Los “estados de emergencias”, “estados de alarmas”, entre otros instrumentos jurídicos -que han conducido a “confinamientos”, “cuarentas”, etc.-, han supuesto que tengan que evaluarse a la luz de su adecuación o no con estándares de protección de derechos humanos. En este sentido el llamado que se hace, desde varias instancias, se dirigen a indicar que las medidas que adopten los Estados, y que impliquen restricción de derechos o límites al goce y ejercicio de derechos, se ajusten a requisitos de temporalidad, necesidad y proporcionalidad, razones científicas, etc. Del mismo modo se insiste en atender situaciones como la violencia contra las mujeres y niñas, la situación de los migrantes y refugiados, las personas privadas de libertad en centros penitenciarios, de las comunidades indígenas; sobre acciones para garantizar el acceso a la justicia, a la conectividad en internet, a brindar información veraz, entre otras.

Sin lugar a dudas uno de los fenómenos más preocupantes que ha mostrado el enfrentamiento global a la crisis de la Covid-19 ha sido el afianzamiento, por algunos gobiernos de Estados desarrollados, de respuestas nacionalistas a este problema que

concierna a toda la humanidad. En el continente americano esta realidad se ha mostrado con extrema crudeza y se ha combinado con una frágil arquitectura institucional en lo regional, que ha impedido una respuesta mucho más coordinada y solidaria a este desafío que amenaza la vida y la estabilidad de la región. Por ello la necesidad de apelar a respuestas multilaterales y a estrechar lazos de cooperación y solidaridad entre los Estados del continente, y de éstos con el resto de los Estados de planeta, resulta de extraordinaria importancia para prevenir y dar una respuesta mucho más adecuada y efectiva a las pandemias que puedan surgir en el futuro, así como para la producción, distribución y aplicación de vacunas o terapias en este orden.

En este sentido, por tanto, el fortalecimiento de la institucionalidad de carácter regional y universal debe ser una prioridad en los próximos años para enfrentar este tipo de pandemias y de otras situaciones sanitarias que puedan surgir en el futuro y que pongan en riesgo o peligro la supervivencia y el desarrollo normal de la humanidad. El papel de la OMS es vital y hacia ella deben dirigirse los esfuerzos para su consolidación y para que pueda servir de marco institucional en los esfuerzos conjuntos de la comunidad internacional. Este paso inicial debería acompañarse de otros esfuerzos regionales en pos de la integración, y para retomar con mucho más impulso mecanismos o instancias como fue UNASUR y CELAC, y para que se creen o construyan otras instancias en materia sanitaria que contribuyan a la labor de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) en la región americana.



## **II. TRIBUNA ABIERTA IBEROAMERICANA:**

---

## ***LA DIFÍCIL CONFIGURACIÓN DE LA IMPARCIALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO***

Consuelo Madrigal Martínez-Pereda

Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Académica de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

La Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos debatirá los principios éticos del Ministerio Público en las sesiones de su próxima Asamblea anual, a partir de la propuesta que presentará la Fiscalía de Uruguay. Su reflexión inevitablemente estará conectada con el diseño de la Institución, un debate público siempre abierto que recurrentemente traen a primer plano actuaciones de la Fiscalía en asuntos de repercusión política o anuncios de reforma legal. A ello asistimos en España, prácticamente único país que aún mantiene un sistema acusatorio mixto que atribuye al Juez de Instrucción la dirección de las investigaciones penales y mantiene. Las disfunciones de este obsoleto modelo hacen ya urgente un abordaje integral y modernizador del proceso penal español que lo homologue al resto de países, atribuyendo al Fiscal la dirección de la instrucción de las causas penales. Algo que requiere indudablemente la reforma estatutaria del Ministerio Público. El fracaso de recientes iniciativas bascula sobre inercias y resistencias, problemas económicos y organizativos... pero también, sobre la ausencia de un modelo constitucional claro que facilite el diseño de alternativas operativas.

Incluso cuando la crisis y las incertidumbres del presente desaconsejan los cambios, la reflexión común es pertinente porque solo analizando las disfunciones actuales es posible iluminar el camino a lo posible y lo deseado. El análisis de las dos últimas tentativas de reforma del sistema procesal penal español<sup>1</sup>, nos muestra una doble alternativa con senderos muy diversos: mantener al Ministerio Público en estrecha relación con el poder político y asumir con ello las razones de la desconfianza general, sometiendo su actuación a la supervisión de un Juez de Garantías con facultades directivas comprometido con el éxito de la investigación; o por el contrario, apuntalar

---

<sup>1</sup> El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013.

las condiciones de imparcialidad del Fiscal y otorgarle facultades reales de dirección de las investigaciones. Siendo esta segunda la solución funcional más operativa, sólo puede asumirse si previamente están normativamente blindadas las condiciones de plena imparcialidad en la actuación de la Fiscalía. Y esto no solo implica que el Fiscal deba rechazar órdenes o sugerencias externas o ajenas a sus superiores, sino también y sobre todo, que sus decisiones solo pueden fundarse en el análisis de los hechos y en la recta aplicación del Derecho, sin otro tipo de influencias. Tal es la principal exigencia del sistema, *conditio sine qua non* para el ejercicio de la función jurisdiccional conforme a requerimientos constitucionales.

Junto con los principios cardinales de legalidad e imparcialidad, el Ministerio Público funciona generalmente bajo los principios – instrumentales - de jerarquía y unidad de actuación. La operatividad de estos principios incrementa las pautas de racionalidad, uniformidad y coherencia en la actuación del Fiscal en todo el Estado, como salvaguarda de la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Esto no debe suponer una devaluación de la responsabilidad personal que puede serle exigida a cada Fiscal que por eso mismo, ha de contar con los recursos legalmente habilitados para solucionar posibles controversias con sus superiores, mediante procedimientos claros, transparentes y normalizados, con que se blinde estatutariamente la independencia personal.

La dependencia jerárquica genera reticencias, posiblemente bien fundadas, en una doble dirección: de un lado, ante el condicionamiento indebido del criterio del Fiscal por parte de sus superiores y de otro, ante la voluntad de injerencia del poder que designa directamente la cabeza de la Institución, el Fiscal General. No es tan importante discutir si en cada situación están justificados los recelos, como privarlos de fundamento, concretando legalmente el canon de la imparcialidad del Fiscal, con arreglo a la pauta general establecida por el TEDH para jueces y magistrados que no solo han de ser imparciales sino también, parecerlo.

La imparcialidad exigible al Fiscal tiene como presupuesto previo una autonomía de doble faz: la autonomía funcional – referida a toda la actuación - y la autonomía orgánica, enunciada, pero no desarrollada, en el art. 124 de la Constitución Española: “(.. el Ministerio Fiscal) actuará *por medio de órganos propios*”. Desde esta perspectiva cobra singular relieve la mayor o menor vinculación orgánica que la

Institución mantenga con el poder ejecutivo porque en ella radica el principal obstáculo para la imparcialidad plena. Que ello es así queda perfectamente ilustrado en la estructura orgánica del Ministerio Fiscal español que sigue respondiendo a las líneas generales del modelo previsto en la LOPJ de 1870. Es cierto que el Estatuto Orgánico de 1981 introdujo los principios constitucionales y las reformas de 2003 y 2007 profundizaron en ese camino, pero los mecanismos orgánicos instaurados inicialmente y articulados luego bajo la dictadura de Primo de Rivera en el Estatuto de 1926, se trasplantaron mecánicamente al de 1981, cuyo soporte reglamentario sigue siendo, a día de hoy, un Reglamento de 1969, virtualmente inoperante. Como resultado de todo ello la gestión interna de la Institución queda en manos de la Administración que le da soporte material (el Ministerio de Justicia y, en menor medida, las Consejerías de Justicia de 12 Comunidades Autónomas con competencias transferidas) y controla el flujo de los recursos materiales, personales, tecnológicos y de todo orden, sin cuya suficiencia resulta imposible el desempeño de las funciones legalmente encomendadas al Ministerio Fiscal.

Al margen de singularidades normativas, el problema de fondo es común a los Ministerios Públicos de muchos otros países. La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2000)<sup>19</sup> *sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia Penal*<sup>2</sup> en su punto 13 insta a los Estados a delimitar por ley los poderes del Gobierno en relación con el Ministerio Público, a realizar un ejercicio transparente de esos poderes y a que cualquier instrucción de carácter general que emane del Gobierno revista forma escrita y sea publicada de forma apropiada. Los Consejos Consultivos de Jueces y Fiscales Europeos en apartado sexto de su Declaración de Burdeos de 8 de diciembre del 2009 *sobre Jueces y Fiscales en una sociedad democrática* proclaman la independencia y autonomía de los Fiscales en la adopción de sus decisiones procesales y declaran indisociable de la eficacia de las investigaciones la existencia de instrucciones transparentes emanadas de autoridad jerárquica, así como la obligación que esta tiene de rendir cuentas y responder profesionalmente. Un paso más constituye la *Carta de Roma* de 17 de noviembre de 2014, suscrita por el Consejo Consultivo de Fiscales europeos. Para el GRECO<sup>3</sup>, en los sucesivos informes de evaluación de España sobre *prevención de la corrupción respecto*

<sup>2</sup> Adoptada por el Comité de Ministros el 6 de Octubre de 2000, durante la 724ª reunión de Delegados de los Ministros.

<sup>3</sup> Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo Europeo.

*de parlamentarios, jueces y fiscales*, el objetivo final y tal vez el punto de partida es la imparcialidad de la institución y la herramienta, su autonomía.

En el ámbito de Naciones Unidas, el Octavo Congreso sobre *Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en La Habana entre el 27 de agosto y el 7 de septiembre de 1990, sentó las *directrices sobre la función de los Fiscales*, señalando en su apartado 12 que “... deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal.” Mas recientemente, el Informe de 7 de junio de 2012 de la Relatora Especial sobre la *independencia de jueces y abogados* entre varios aspectos, analiza el tema de la rendición de cuentas y su difícil convivencia con el imperativo de un trabajo independiente, libre de presiones, amenazas o recompensas, recordando que, en su labor de salvaguarda del Estado de Derecho y los derechos fundamentales, los Fiscales han de adoptar sus decisiones “...de modo objetivo, independiente e imparcial, asegurándose de que la ciudadanía perciba que las adoptan de ese modo”.

La regulación de las condiciones de la imparcialidad de los Fiscales demanda una reflexión previa sobre la naturaleza del objetivo final que, en realidad, no es diferente de la independencia judicial. Imparcialidad del Fiscal e independencia judicial son concreciones de un mismo principio nuclear en la administración de Justicia de un Estado de Derecho. Sin embargo, se asume generalmente que los jueces son independientes dando por sentado acríticamente que existen suficientes garantías legales para ello, mientras que los Fiscales no tienen que serlo porque normativamente dependen del poder ejecutivo o eventualmente, del ejecutivo y el legislativo que interviene en la designación y control del Fiscal General. Esta errónea impresión explica la pregunta retórica *¿de quién dependen?* que, poco antes de ser nombrado, se hacía a sí mismo el actual Presidente del Gobierno de España, D. Pedro Sánchez.

Tampoco estará de menos considerar que la falta de independencia de jueces y fiscales es un estándar relativo y que frecuentemente, la acusa quien resulta negativamente afectado por sus decisiones, al punto que el descrédito del acusador es una estrategia defensiva, desgraciadamente frecuente cuando se trata de delitos de corrupción. Más aún, no es necesario ser un gran relativista para aceptar que la

interpretación de la ley y los valores del ordenamiento jurídico no es ni universal ni mayoritariamente compartida. Quienes rechazan por sectarias interpretaciones ajenas, son inversamente acusados de sumisión ideológica por las propias. Esta experiencia común aconseja renunciar a un concepto único de imparcialidad para centrarse en la garantía mínima de que el Fiscal pueda decidir siempre de manera razonable y responsable en su interpretación y aplicación de las leyes. Racionalidad y responsabilidad derivan la cuestión a la cualificación técnica y la profesionalidad. De ahí que los instrumentos internacionales antes citados insistan en que el Ministerio Público debe integrarse siempre por juristas de alta cualificación y ser permanentemente capacitados. Sólo tales profesionales serán capaces de hacer frente al sectarismo político o la arbitrariedad.

Pero la profesionalidad no es suficiente para garantizar *per se* la imparcialidad. Por ello hay que introducir, reforzar y normalizar mecanismos prudenciales y deliberativos en los procesos de toma de decisiones en el seno de la Institución, por mucho que ésta se encuentre jerarquizada. Acaso, sobre todo por ello. Traducir adecuadamente estos requerimientos en las normas estatutarias posiblemente no sea una tarea fácil, pero es imprescindible emprenderla armonizando las exigencias de la imparcialidad institucional con las de la imparcialidad de cada Fiscal frente a la presión indebida de sus superiores y frente a las presiones políticas, mediáticas, económicas o de otra índole.

En cualquier caso, la lucha por la imparcialidad de los Fiscales no puede obviar la cuestión de la legitimación democrática de cualquier poder y en concreto de los poderes de una Institución que interpreta la ley, incluso frente o contra los poderes públicos. Aparentemente, esta cuestión se soluciona conectando la dirección de la institución, el Fiscal General, con las fuentes de la soberanía, sea el Gobierno sean las Cámaras legislativas, legítimamente constituidos uno y otras tras las elecciones. Desafortunadamente, esto es solo un primer paso. A continuación, hay que dar muchos más: los intereses del Gobierno, la política profesional, la invasión de las instituciones por parte de los partidos políticos, el sistema de incorporación o los nombramientos en el seno de la Institución y su apuntada vinculación orgánica con la Administración... generan los fundados recelos de la opinión pública sobre determinadas actuaciones de la Fiscalía, así como su frecuente cuestionamiento bajo sospecha de politización.

En este contexto cobra todo su relieve la forma de designación y el estatuto del Fiscal General, dotado de un perfil político en tanto procede del Gobierno en la mayoría de los países (Francia, Alemania, Argentina, Panamá, República dominicana...). En los sistemas de elección por parte de las Cámaras legislativas (Bolivia, Uruguay, Venezuela...) se amplía el arco político del apoyo, pero se introduce también un cuestionable control, frecuentemente sometido a mayorías parlamentarias inestables. Tampoco los sistemas mixtos como el de Colombia (Gobierno y Judicatura) o Paraguay (Judicatura y Legislativo), incluso los que incluyen un triple origen como es el caso de Chile y Brasil, evitan totalmente las reticencias y los riesgos reales de politización. Por eso conviene dibujar con criterios normativos el perfil del Fiscal General. El citado informe de la Relatora Especial de NNUU sobre la *independencia de jueces y abogados* razona que "...la designación ha de hacerse de modo que obtenga la confianza del público, el respeto de la judicatura y de la profesión jurídica".

Han tenido amplia repercusión en el ámbito iberoamericano los *Lineamientos para la selección de altas autoridades del sistema de procuración de justicia: Fiscal o Procurador General*, elaborados por la Due Process of Law Foundation. Entre ellos se apuntan los principios mínimos que deben presidir el proceso de selección para "disminuir o eliminar la posibilidad de que la selección resulte influenciada por motivos indebidos, como la afinidad a determinada fuerza política o la cercanía a grupos de poder. Es previsible que un(a) Fiscal o Procurador(a) que mantiene vínculos de esa naturaleza, no podrá actuar con autonomía e imparcialidad si la investigación criminal llega a afectar tales intereses." Se considera también exigible desde la perspectiva de la imparcialidad que el mecanismo de selección incluya "una evaluación técnica del candidato, basada en criterios objetivos" siendo recomendable que esta evaluación "sea encomendada a un ente distinto de aquel que debe realizar la elección y que sea establecida como una etapa diferenciada dentro del procedimiento". Evidentemente esto es particularmente importante cuando la designación proviene del Ejecutivo o el Parlamento en instancia única. En todo caso, la selección debería estar fundada en el mérito y el prestigio como principal salvaguarda frente motivos espurios. El Derecho comparado ofrece ejemplos de anulación del nombramiento por no haberse ajustado al

procedimiento previamente establecido o no haber reunido el candidato los estándares mínimos de mérito requeridos<sup>4</sup>.

En España fue un logro de la reforma de 2007 la participación en el nombramiento – siquiera formal - de los tres poderes del Estado y la sujeción del cese a causas objetivas susceptibles de eventual revisión jurisdiccional, eliminando en este punto la anterior discrecionalidad del Gobierno. Pero, como ilustra la rápida sucesión de los últimos Fiscales Generales, la estabilidad y la independencia no están en modo alguno garantizadas. La vinculación automática del cese del FGE con el cese del Gobierno no presenta una imagen de mucha autonomía. Por otro lado, la experiencia demuestra que los perfiles independientes, alejados del poder político transmiten la impresión de mayor imparcialidad, pero también resultan más vulnerable frente a otros poderes e injerencias externas y someten a la Institución a la presión indirecta y hasta la parálisis que puede suponer el corte o disminución en el suministro de los recursos materiales y personales que la Administración debe proporcionar.

Por todo ello, con ser importante y mucho, el régimen de designación y cese del Fiscal General, lo realmente determinante es su capacidad y, por ende, la capacidad del Ministerio Público para hacer frente a la actuación delictiva de los poderes, sean políticos, económicos o mediáticos. La cuestión es demasiado seria como para quedar al albur de la decisión personal y la integridad de quien ostenta el cargo. Es preciso dotarle de los mecanismos institucionales de resistencia e indemnidad frente a posibles presiones; y tales mecanismos pasan por el fortalecimiento institucional que uno y otro año demandan los informes del GRECO, en el seno de la Unión Europea, como una de las principales garantías de eficacia en la lucha contra la corrupción. La fortaleza institucional requiere la desvinculación orgánica y presupuestaria del poder ejecutivo que a través de sus administraciones da soporte material a la actuación de la Fiscalía, el marco jurídico y estatutario adecuado y la asignación presupuestaria adecuada para

---

<sup>4</sup> La Corte Constitucional de Guatemala anuló por Resolución de 12 de junio de 2010 anuló la designación del Fiscal General Conrado Reyes y ordenó la repetición del procedimiento por considerar que la evaluación del perfil del candidato no puede consistir en la consignación mecánica de los requisitos de edad, nacionalidad, titulación...exigidos, sino requiere una calificación cualitativa que ofrezca la certidumbre del mejor nombramiento. La misma decisión adoptó en marzo de 2012 el Consejo d Estado de Colombia respecto de Viviane Morales por haberse modificado, vía interpretación las mayorías exigidas para la decisión en el seno de la Corte Suprema de Justicia. El Consejo de Estado recaló en esa ocasión que “la atribución al Primer Mandatario del Estado de proponer la terna de candidatos está determinada por el cumplimiento de los requisitos y calidades constitucionales y legales de cada uno de los aspirantes.



garantizar la eficacia en la actividad diaria. Solo en este panorama general cobran verdadero sentido la regulación legal de las relaciones que el Fiscal General haya de tener con el poder ejecutivo, siempre bajo criterios de transparencia, seguridad jurídica y restricción, así como la limitación de los poderes y facultades del Fiscal General a través de mandos intermedios (Fiscales territoriales y delegados para coordinación o dirección de determinados ámbitos de actividad especializada, órganos técnicos de asesoramiento y deliberación...)

Cuestión de especial consideración es la promoción interna, los nombramientos y ceses en el seno del Ministerio Público, en tanto constituye una de las principales fuentes de poder del Fiscal General e indirectamente, de control sobre la Institución. En aras a la sumisión a pautas de racionalidad y objetividad, deben existir órganos de valoración que acopien y evalúen los méritos y capacidades de los Fiscales, ofreciendo referencias objetivas al órgano decisor. En España, si bien el Fiscal General del Estado goza de un amplio margen de discrecionalidad a trasladar sus propuestas al Ministerio de Justicia, oído el Consejo Fiscal, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS ha sentado las bases para delimitar lo discrecional de lo arbitrario, a través del régimen de motivación de los actos discrecionales. En puridad, las propuestas de nombramiento de Fiscales para determinados cargos no regidos exclusivamente por criterio de antigüedad, han de fundarse en la valoración profesional del mérito y la capacidad, elementos de juicio que permiten la eventual revisión jurisdiccional en términos similares a lo que ocurre con los nombramientos de jueces y magistrados que efectúa el Consejo General del Poder Judicial. Sin perjuicio de ello y a mayor abundamiento, es posible y deseable para facilitar tanto la motivación de las decisiones como su control ulterior, el establecimiento legal de criterios objetivos y transparentes de baremación de los méritos, la especialización, el rendimiento y la calidad de trabajo de cada solicitante.

Finalmente, pilar fundamental de la imparcialidad de la Fiscalía será el establecimiento y normalización de procedimientos prudenciales y deliberativos para la toma de decisiones tanto en la Fiscalía General como en las Fiscalías territoriales y especializadas, con selección de asuntos en los que sea preceptiva la intervención de los órganos técnicos o de las Juntas de Fiscales y precisión de las exigencias y los límites de la transparencia y la comunicación de lo decidido.

El fortalecimiento de la imparcialidad en la cúpula y la jefatura de la Institución encuentra su correlativo y complemento en la salvaguarda de la imparcialidad y sumisión a la legalidad de cada Fiscal, incluso frente al riesgo de injerencia indebida de esa misma cúpula o jefatura. Cada uno de los Fiscales debe saberse protegido en su trabajo y su independencia intelectual mediante los recursos estatutarios que le permitan recabar tanto la evaluación objetiva de los riesgos como el amparo y protección de la Institución cuando sufren perturbaciones o injerencias externas en el ejercicio de sus atribuciones. Con más motivo han de ver salvaguardados su criterio y su honestidad profesional a través de la regulación garantista de los mecanismos de remoción o avocación de asuntos y de la existencia de procedimientos claros y seguros para el planteamiento de discrepancias con el criterio del superior como son la misma posibilidad de discrepar por escrito y fundadamente, la de demandar el recibo de las órdenes e instrucciones por escrito o la de someterlas al debate de las Juntas de Fiscalía, de órganos técnicos o del criterio de la superioridad común o por elevación. Y por supuesto, los Fiscales han de contar con derecho a recurrir todas las decisiones relativas a su carrera profesional o a su promoción interna, siendo incuestionable la sumisión de su régimen disciplinario a las pautas de legalidad constitucional y ordinaria del Derecho administrativo sancionador.

Si el juego de pesos y contrapesos y el control institucional es un rasgo inherente a todo régimen democrático, el ejercicio de los poderes del Ministerio Público requiere específicamente de ellos y de su eficacia preventiva; disposiciones legales que aseguren la imparcialidad del Fiscal, tanto como se asegura la independencia judicial (régimen riguroso de incompatibilidades, prohibición o limitación de las posibilidades de ascenso o promoción en caso de ejercicio político, períodos de seguridad para el retorno al ejercicio profesional desde la política ...). Pero no bastan las declaraciones legales. Para que la prevención de actuaciones interesadas, arbitraria o políticamente sectarias, sea una realidad es necesario también elevar el tono de la ética pública de manera que se generalice el rechazo decidido de cualesquiera decisiones reveladoras de interés personal o influencia partidista, vengan de donde vengan.

Es mucho lo que pone en juego la configuración del Ministerio Público: la separación de poderes que constituye la clave del Estado de Derecho; el prestigio institucional que funda la confianza de los ciudadanos en el correcto e imparcial ejercicio de la función de acusar y de la defensa objetiva de la legalidad y de los

derechos; la persecución eficaz de los delitos, el éxito de las investigaciones y su utilidad para acreditar los hechos en el juicio oral y fundar la condena.

Valen la pena la reflexión serena y la correcta articulación legal en todo caso, pero especialmente, antes de acometer reformas procesales y ampliar funciones.

### **III. ARTÍCULOS Y NOTAS**

# **UNA BATALLA DE PAPEL. LA INJERENCIA EXTRANJERA EN LA REPÚBLICA DOMINICANA VISTA POR LA PRENSA (1854- 1858) <sup>1</sup>**

## ***A PAPER BATTLE. FOREIGN INTERFERENCE IN THE DOMINICAN REPUBLIC SEEN BY THE PRESS (1854-1858)***

Luis Alfonso Escolano Giménez<sup>2</sup>

*Universidad IE Madrid*

### **RESUMEN**

Las numerosas intromisiones de diversas potencias en la política interna de la República Dominicana, frecuentes desde los mismos comienzos de su existencia como estado independiente, se intensificaron con motivo de las negociaciones encaminadas a la firma de un tratado entre dicho país y Estados Unidos. El cónsul de España fue el que llevó más lejos esta injerencia, hasta el punto de apoyar abiertamente al grupo opositor al presidente Santana, mediante la inscripción de sus miembros como ciudadanos españoles en el registro de matrícula consular. Esta polémica medida provocó un conflicto diplomático, la caída de Santana, el abandono de su proyecto de tratado con Estados Unidos y la sustitución del cónsul. A estas luchas por el poder debe añadirse el factor étnico, no siempre adecuadamente considerado por la historiografía.

El papel jugado por la prensa permite conocer algunas cuestiones desde una perspectiva complementaria a la que brindan los documentos de archivo y la bibliografía existente. La creciente presencia de noticias sobre la situación política en la República Dominicana, así como acerca de sus relaciones con Haití y otros países interesados en la isla Española, refleja una mayor atención por parte de los periódicos en respuesta a la demanda burguesa de tales informaciones a mediados del siglo XIX.

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 13 de julio de 2020 y aprobado el 15 de septiembre de 2020.

<sup>2</sup> Profesor adjunto de History of Trade, Humanities Center. Universidad IE, Madrid.

**PALABRAS CLAVE:** injerencias en la República Dominicana; relaciones exteriores de la República Dominicana en el siglo XIX; intereses españoles en las Antillas; expansionismo estadounidense en el Caribe; prensa burguesa a mediados del siglo XIX.

### **ABSTRACT**

The numerous meddlings of several powers in the domestic politics of the Dominican Republic, frequent from the very beginning of its existence as an independent state, intensified as a result of the negotiations aimed at the signing of a treaty between this country and the United States. The Spanish consul was the one who took this interference the furthest, to the point of openly supporting the opposition group to President Santana, by registering its members as Spanish citizens in the consular registry. This controversial measure caused a diplomatic conflict, the fall of Santana, the abandonment of his draft treaty with the United States, and the replacement of the Spanish consul. To these struggles for power we must add the ethnic factor, not always adequately considered by historiography.

The role played by the press allows us to know some issues from a complementary perspective to that provided by archival documents and existing bibliography. The growing presence of news on the political situation in the Dominican Republic, as well as on its relations with Haiti and other countries interested in the island of Hispaniola, reflects greater attention by the newspapers in response to the bourgeois demand for such information in the mid-19th century.

**KEYWORDS:** interference in the Dominican Republic; foreign relations of the Dominican Republic in the 19th century; Spanish interests in the Antilles; United States expansionism in the Caribbean; bourgeois press in the mid-19th century.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. I. INFLUENCIA DEL FACTOR ETNICO EN LA POLITICA DOMINICANA E INJERENCIA EXTERNA. II. CONFLICTO DIPLOMATICO EN TORNO A LA MATRICULA CONSULAR ESPAÑOLA. III. REPERCUSION DE LA RIVALIDAD POR LA REPUBLICA DOMINICANA SOBRE LAS RELACIONES INTERNACIONALES EN EL CARIBE: UNA VISION DESDE LA PRENSA. IV. EL INESTABLE ESCENARIO INSULAR VISTO A TRAVES DE DOS PERIODICOS ESPAÑOLES: *LA DISCUSION* Y *LA AMERICA* (1856-1858). CONCLUSIONES.

\*\*\*

## INTRODUCCIÓN

Cabe apreciar un nexo altamente llamativo, aunque discutible, entre las preferencias de las diversas potencias hacia cada uno de los caudillos dominicanos y la cuestión étnica: el agente especial de Estados Unidos era partidario del general Santana y contrario a Buenaventura Báez, a quien el enviado de Washington consideraba jefe del partido negro. Por otro lado, el agente estadounidense denunció que los cónsules de Gran Bretaña, Francia y España apoyaban a Báez con el fin, más o menos secreto, de reintegrar el territorio dominicano a Haití, que en 1822 había ocupado de forma incruenta el territorio oriental de la isla Española, pocos meses después de la creación del Estado Independiente de Haití Español. Las tropas haitianas fueron recibidas en Santo Domingo sin la menor resistencia, en parte al menos porque las autoridades dominicanas no habían abolido la esclavitud, una medida que el gobierno de Haití extendió inmediatamente a la zona que el mismo denominaba ‘parte del este’ de la isla. Si bien la ocupación finalizó el 27 de febrero de 1844 con la proclamación de la República Dominicana, el nuevo estado se vio obligado a defender su independencia contra los repetidos ataques de Haití hasta comienzos de 1856, cuando se llegó por fin a una cierta situación de statu quo entre ambos países.

De las potencias europeas, España es la que más abiertamente se opuso a la firma de un tratado de reconocimiento entre la República Dominicana y Estados Unidos. De hecho, el deseo de entorpecer ese acercamiento fue una de las principales razones que llevaron al ejecutivo de Madrid a establecer relaciones diplomáticas con el de Santo Domingo en 1855, siguiendo los pasos de Francia y Gran Bretaña, que ya tenían sus propios representantes en la capital dominicana desde hacía varios años. Pese a que las tres naciones europeas compartían la misma actitud contraria a una cláusula del mencionado tratado, que estipulaba la cesión de un puerto en la bahía de Samaná a los norteamericanos para el establecimiento de una base naval, la actuación del primer cónsul de España en Santo Domingo, Antonio María Segovia, fue miu más allá. En efecto, el diplomático se injirió de forma directa en las luchas entre el presidente Santana y Báez, apoyando a los partidarios de este último, muy en particular mediante su inscripción en la matrícula consular, gracias en parte a la confusión existente en torno

a la interpretación de un artículo del tratado dominico-español relativo a la nacionalidad de los habitantes de Santo Domingo. Esto dio lugar a una agria polémica entre Segovia y el ejecutivo de Santana, que acabó por costarle el puesto al cónsul, no sin antes haber conseguido su objetivo de ayudar a Báez a alcanzar la presidencia del país.

Ha de resaltarse asimismo el importante papel jugado por la prensa, tanto a nivel interno dentro de la República Dominicana, sobre todo durante el episodio de la matrícula consular, como en los demás países con mayores intereses en la isla, particularmente Estados Unidos, Francia y España. De hecho, el seguimiento informativo de la actualidad política dominicana y de las diversas tentativas de injerencia directa o indirecta por parte de las principales potencias es una buena muestra del interés que tales hechos empezaban a despertar en numerosos periódicos, que satisfacían así a una burguesía deseosa de conocer las últimas noticias internacionales.

## **I. INFLUENCIA DEL FACTOR ETNICO EN LA POLITICA DOMINICANA E INJERENCIA EXTERNA**

La República Dominicana hubo de combatir con las armas para reafirmar su independencia contra Haití por espacio de doce años, desde marzo de 1844 hasta enero de 1856, fecha que marca el fin de esa larga lucha, tras la cual. Así pues, y pese a algunas escaramuzas posteriores durante el mes de febrero, las tropas dominicanas llegaron en marzo de dicho año a la situación de statu quo posbélico en una posición relativamente favorable.<sup>3</sup> Jimenes Grullón se pregunta si ha de interpretarse la participación del pueblo dominicano en estas luchas como una señal de que las clases media y obrera “respondían al sentimiento de la dominicanidad”, y se responde a sí mismo que tal sentimiento aún estaba “en proceso de germinación”. A su juicio, los aludidos grupos mantenían “viva la hostilidad hacia Haití, nacida de las recientes guerras y de la labor de enajenación” que la clase dominante había llevado a cabo desde el nacimiento de la República Dominicana. Jimenes Grullón considera que este grupo social, el cual “obedecía a la mentalidad colonialista” y por ello “gestionaba el protectorado o la anexión a cualquier potencia, mantuvo una constante prédica antihaitiana que tenía visible raíz en motivaciones económicas, mezcladas con

<sup>3</sup> INCHÁUSTEGUI CABRAL, J. M., *Historia dominicana 1844-1930*, Santo Domingo, 1965, p. 40.



elementos racistas”. En definitiva, según el mencionado autor, “para esta clase, caer de nuevo bajo el dominio de Haití significaba la pérdida de sus bienes y privilegios y quedar a la merced de exesclavos africanos”.<sup>4</sup>

Semejante interpretación parece no tener suficientemente en cuenta el hecho innegable de que, junto con la lógica hostilidad existente entre ambos pueblos, fruto de los frecuentes conflictos armados y de la más que probable labor alienante desarrollada por las élites, hay que subrayar asimismo otros factores de carácter tanto cultural como idiosincrásico. En efecto, estos elementos convertían la unión de los dos países que comparten la isla en un objetivo de gran complejidad, dadas las notables diferencias que los separan en cuanto a costumbres, lengua, e incluso creencias y/o prácticas religiosas.<sup>5</sup>

El primer cónsul de España en Santo Domingo, Antonio María Segovia, intervino de forma directa en los asuntos internos de la República Dominicana, y lo hizo con objeto de favorecer los intentos de oposición al presidente Santana, porque consideraba “beneficioso para España propiciar un relevo en el ejecutivo” de ese país. Segovia ya había dejado entrever su opinión al ministro español de Estado, Juan Zavala de la Puente, en varias ocasiones, y de forma más clara en la comunicación que le dirigió el 16 de abril de 1856.<sup>6</sup>

Sin embargo, Zavala “no aprobó esta iniciativa, buscando no comprometer los intereses” de España en las Antillas. Con esta política de no injerencia se pretendía además “conservar la autoridad necesaria para hacer valer las reivindicaciones pendientes y, finalmente, no suscitar la susceptibilidad de las otras naciones de América que habían sido dominio español”. En su respuesta al despacho anterior, el ministro de Estado indicó a Segovia que “cualquiera que fuese su opinión respecto al cambio político” al que se había referido, y “cualesquiera que fuesen las circunstancias que del mismo pudiesen resultar”, el gobierno español “siempre consideraría aventurada y peligrosa, y, en algún caso, sumamente perjudicial la injerencia” de su representante

---

<sup>4</sup> JIMENES GRULLÓN, J. I., *Sociología política dominicana 1844-1966, vol. 1 (1844-1898)*, 2.ª ed., Santo Domingo, Taller, 1976, pp. 67-68.

<sup>5</sup> ESCOLANO GIMÉNEZ, L. A., “El comienzo de la rivalidad internacional y de la injerencia española en la República Dominicana (1855-1856)”, *Revista de Indias*, vol. 75, n.º 265, 2015, p. 717.

<sup>6</sup> *Carta de Segovia al ministro español de Estado*, Santo Domingo, 16 de abril de 1856. Archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, Madrid (en adelante se abreviará: AMAE), fondo Política, subfondo Política Exterior, serie República Dominicana, leg. H 2374.

diplomático “en los negocios interiores de la República y, por consiguiente, en los planes y proyectos” que se fraguaron para llevar a cabo ese cambio.<sup>7</sup>

La mayor parte de los historiadores coincide en señalar que la intervención del cónsul de España resultó decisiva en la evolución de la crisis política dominicana. Balcácer y García Arévalo afirman que Segovia “permitió que todo dominicano que quisiera matricularse español, así lo hiciera, dando lugar a que los impugnadores del general Santana, convertidos en *ciudadanos españoles*, hicieran oposición política amparados bajo una supuesta inmunidad en su condición de *extranjeros*”. Según dichos autores, para justificar su proceder, Segovia argumentaba que los dominicanos nunca habían perdido su condición anterior de súbditos españoles. De este modo, “los seguidores de Báez, ahora matriculados españoles, fueron capaces de articular un movimiento político que obligó a Santana a retirarse a su hacienda El Prado y luego a renunciar a la presidencia”.<sup>8</sup>

Por su parte, Jimenes Grullón considera que, “al no encontrar respaldo en los Estados Unidos, Santana fue gradualmente cediendo ante las actuaciones de Segovia”, cuyo principal objetivo era lograr “el derrocamiento de Santana y el ascenso de Báez a la presidencia”, pues este, “siendo mulato, tenía que ser –a su juicio– antinorteamericano”, y dicho autor añade acto seguido: “¡Grave error!”.<sup>9</sup>

Esta observación final de Jimenes Grullón no parece estar respaldada con datos suficientes, ya que del contenido de los documentos consultados no cabe deducir que el apoyo de Segovia a Báez estuviera basado en el color de piel de este último. Tampoco se ha demostrado de forma irrefutable que Báez adoptara o no una determinada posición hacia Estados Unidos en función de sus propias características étnicas. De hecho, Bobadilla también era mulato, y sin embargo Segovia lo vio siempre como uno de los principales enemigos de España, debido a su postura claramente pronorteamericana. La razón del apoyo del cónsul era bastante más obvia: Báez se había distinguido desde los primeros días de vida de la República Dominicana como un firme defensor de los intereses franceses en la isla y, por ende, como un adversario de Estados Unidos, a lo cual ha de añadirse que esta potencia se había convertido en la destinataria principal de

---

<sup>7</sup> *Carta de Zavala al cónsul de España en Santo Domingo*, Madrid, 7 de junio de 1856. AMAE, fondo Política, subfondo Política Exterior, serie República Dominicana, leg. H 2374.

<sup>8</sup> BALCÁCER, J. D. y GARCÍA ARÉVALO, M. A., *La independencia dominicana*, Madrid, Mapfre, 1992, p. 134.

<sup>9</sup> JIMENES GRULLÓN, J. I., *Sociología política dominicana...*, p. 71.

las gestiones de Santana en su búsqueda de protección frente a Haití. Todo ello hacía de Báez la mejor, si no la única, alternativa de gobierno, mediante la que Segovia podría entorpecer los planes norteamericanos respecto a la República Dominicana, y en particular con relación a la estratégica bahía de Samaná.

En efecto, durante un viaje que Segovia realizó en abril de 1856 a la vecina isla de Saint Thomas con el objeto, que era más bien un pretexto, de someterse a tratamiento médico, se entrevistó con Báez, quien estaba exiliado allí. Ambos coincidieron en la necesidad de contar con el apoyo de los cónsules de Francia y Gran Bretaña para derrocar a Santana y poner en la presidencia a Báez. Este demostró a Segovia, con “cartas y documentos auténticos”, que “Francia vería con gusto su reinstalación en el poder”, y le aseguró que “incluso el mismo Napoleón III le había aconsejado [...] que tuviera las mejores relaciones con España”. Además, Báez confiaba en que el gabinete de Londres daría también su aprobación al proyecto, “aunque carecía de pruebas fehacientes” para afirmarlo con certeza.<sup>10</sup>

En definitiva, cualesquiera que fuesen las razones de la oposición de Báez a Estados Unidos en esos momentos, Segovia no se equivocó al apostar por él, y supo ver acertadamente que era el aliado ideal para alcanzar sus objetivos. De hecho, estos se complementaban a la perfección con los del político mulato, ya que Báez necesitaba a su vez un respaldo fuerte contra Santana como el que podía proporcionarle el cónsul de España. Una vez hechas estas imprescindibles matizaciones, no puede obviarse la existencia de una verdadera cuestión racial, en cuanto que la misma es un elemento fundamental para comprender la realidad de un país de composición étnica mixta como la República Dominicana.

En ese sentido, Alfonso Lockward señala que “en la historia política dominicana hay un sustrato racial que no ha sido analizado debidamente” pues, si bien “los dominicanos nunca sintieron con la misma magnitud e intensidad” que los haitianos “el problema de la raza”, esto no significa que estuviera “ausente por completo en el acontecer político nacional”. Lockward también reconoce que el dominicano era “un pueblo de mestizos y negros a los cuales gobernaba una minoría blanca”, pero a pesar de ello las relaciones entre los grupos de diverso origen étnico no tuvieron “nunca el carácter radicalmente antagónico que se vio en la parte francesa”. Ya en 1849, cuando

---

<sup>10</sup> ROBLES MUÑOZ, C., *Paz en Santo Domingo (1854-1865). El fracaso de la anexión a España*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1987, p. 54.

Báez accedió a la presidencia de la República por primera vez, el entonces comisionado de Estados Unidos en Santo Domingo, Benjamin Green, informó al secretario de Estado de su país sobre las razones de Santana para designar a Báez como sucesor. Según Green, en primer lugar, se pensaba que Báez permanecería bajo el control de aquel y, como segundo factor, el representante norteamericano indicó que “los blancos consideraron necesario, en anticipación de otra invasión” del emperador haitiano Soulouque, hacer ver a la gente de color que no se la excluía de participar plenamente en el gobierno.<sup>11</sup>

Buenaventura Báez era hijo de un gran terrateniente y de una de sus esclavas. La educación que recibió en Francia, las extensas propiedades que tenía, sobre todo en la provincia de Azua, así como sus cualidades personales, influyeron decisivamente en el prestigio del que gozaba entre los sectores más populares. Ello no impide afirmar que Báez fue, tal vez, “el primer dominicano que ascendió a la presidencia de la República en consideración, entre otras cosas, al color de su piel”. Como subraya Lockward, las masas “eran mayoritariamente de color”, y en numerosas ocasiones los agentes de Estados Unidos en Santo Domingo se refirieron a Báez como al “jefe del partido de los negros”, por lo que se pregunta si “no tendrá el ingrediente racial alguna importancia” a la hora de estudiar “el fenómeno caudillista que se llamó Buenaventura Báez”. En opinión de este autor, no cabe duda de que la élite gobernante, la cual se había apoderado a última hora del proyecto independentista de Juan Pablo Duarte, “tenía una posición racista”. En efecto, si bien el grupo dominante aceptaba la composición étnica de la sociedad dominicana, “lo hacía a regañadientes, como un mal impuesto por las circunstancias históricas, pero que podía ser resuelto con el influjo de blancos europeos o americanos, siempre que se mantuviera a raya a los haitianos en la frontera”.<sup>12</sup>

## II. CONFLICTO DIPLOMATICO EN TORNO A LA MATRICULA CONSULAR ESPAÑOLA

El cónsul Segovia ha entrado a formar parte de la historia dominicana con

<sup>11</sup> LOCKWARD, A., *Documentos para la historia de las relaciones dominico-americanas, vol. 1: 1837-1860*, Santo Domingo, Corripio, 1987, pp. xxxvii-xxxviii.

<sup>12</sup> LOCKWARD, A., *Documentos para la historia...*, pp. xxxviii, xliii.

nombre propio, como consecuencia de la controversia provocada por su interpretación, muy laxa, de lo que estipulaba el tratado dominico-español, si bien algo confusamente, respecto a quiénes podrían ser inscritos como ciudadanos españoles en la matrícula consular que debía abrirse al efecto. Por otra parte, también es cierto que la indefinición en lo relativo a la nacionalidad de algunos residentes en la República Dominicana, quienes se declaraban españoles, ya se venía produciendo desde hacía tiempo.<sup>13</sup>

Con relación a este conflicto diplomático, Balcácer y García Arévalo sostienen que, “como las negociaciones con Estados Unidos no se detuvieron”, se frustró la pretensión de Segovia de un protectorado español. Por este motivo, siempre según dichos autores, el cónsul procedió a “la apertura de libros de registro en la sede del consulado para que todo el que deseara adoptar la nacionalidad española, así lo hiciese”, basando “su proceder en una interpretación antojadiza” del artículo séptimo del tratado entre ambos países.<sup>14</sup>

Santana presentó su dimisión como presidente de la República en mayo de 1856 y el 26 de ese mes accedió a la presidencia Manuel de Regla Mota, quien había sido vicepresidente hasta entonces. Para ocupar el puesto que Mota dejaba vacante resultó elegido Antonio Abad Alfau, quien tomó posesión el 25 de julio. En tal situación, Segovia trató de maniobrar con rapidez para aprovechar las circunstancias, que eran lo más parecido a un gobierno de carácter puramente transitorio. Al obrar así, el cónsul de España desarrolló con gran libertad las instrucciones que le había transmitido el 6 de mayo el general O'Donnell, ministro de la Guerra, en nombre de su colega de Estado, las cuales fueron confirmadas por este en un despacho posterior. En el mismo, Zavala pidió a Segovia que se atuviera a dichas instrucciones en todo lo relativo al tratado dominico-español, “interpretando su artículo 7.º con menos restricciones [...], y exigiendo su puntual observación con arreglo al espíritu y [la] letra del mismo”.<sup>15</sup>

El artículo séptimo del tratado, que se encontraba en el origen de la polémica, estipulaba lo siguiente:

---

<sup>13</sup> ESCOLANO GIMÉNEZ, L. A., “El comienzo de la rivalidad internacional...”, pp. 726-727. Para un estudio actualizado y más pormenorizado sobre la matrícula de Segovia, véase JULIÁN, A., “Rafael María Baralt. Su vida, obras y servicios prestados a la República Dominicana”, *Clío*, vol. 81, n.º 183, enero-junio 2012, pp. 79-86; así como, sobre los antecedentes de dicha cuestión, ESCOLANO GIMÉNEZ, L. A., “El comienzo de las relaciones diplomáticas entre España y la República Dominicana en 1855”, *Revista Complutense de Historia de América*, vol. 37, 2011, pp. 286-290.

<sup>14</sup> BALCÁCER, J. D. y GARCÍA ARÉVALO, M. A., *La independencia...*, p. 133.

<sup>15</sup> *Carta de Zavala al cónsul de España en Santo Domingo*, Madrid, 23 de mayo de 1856. Archivo General de la Administración, Alcalá de Henares, sección Asuntos Exteriores, leg. 54/5224, carpeta n.º 6.

“Conviene a ambas partes contratantes en que aquellos españoles que, por cualquier motivo, hayan residido en la República Dominicana, y adoptado aquella nacionalidad, podrán recobrar la suya primitiva, si así les conviniese, en cuyo caso sus hijos mayores de edad tendrán el mismo derecho de opción; y los menores, mientras lo sean, seguirán la nacionalidad del padre, aunque unos y otros hayan nacido en el territorio de la República.

El plazo para la opción será el de un año respecto de los que existan en el territorio de la República, y dos para los que se hallen ausentes. No haciéndose la opción en este término, se entiende definitivamente adoptada la nacionalidad de la República.

Conviene igualmente en que los actuales súbditos españoles, nacidos en el territorio de Santo Domingo, podrán adquirir la nacionalidad de dicha República, siempre que, en los mismos términos establecidos en este artículo, opten por ella. En tales casos sus hijos mayores de edad adquirirán también igual derecho de opción; y los menores, mientras lo sean, seguirán la nacionalidad del padre”.<sup>16</sup>

Con fecha 18 de julio de 1856 el nuevo ministro dominicano de Relaciones Exteriores, Miguel Lavastida, advirtió alarmado a Segovia de los efectos perniciosos que la matrícula consular estaba produciendo en el normal funcionamiento de la administración pública. En su escrito, el ministro describió un panorama desolador: cuatro días después de la reapertura de dicha matrícula, “se habían cerrado los tribunales, ya que todos los jueces se habían inscrito como españoles. Igual sucedía en la alcaldía de la capital, desde el alcalde hasta el último alguacil, incluida la compañía de policía de la ciudad”. Más aún, se había puesto “casi en desbandada el ejército”, y “los oficiales que quedaban amenazaban a sus jefes con matricularse”, mientras que “los soldados que ya lo habían hecho se burlaban de sus superiores”. En definitiva, el ministro denunció que el país se encontraba al borde de una guerra civil que el gobierno pretendía evitar “hasta [...] haciendo el sacrificio de su propia dignidad”. Por otra parte, la permanente amenaza haitiana venía a agravar la situación, de modo que los perjuicios ocasionados por la matrícula contradecían “la declaración española, sancionada en el tratado, de garantizar la existencia de la República”. Al mismo tiempo que le hizo estas

---

<sup>16</sup> *Tratado de reconocimiento, paz, amistad, comercio, navegación y extradición entre S. M. la reina de España y la República Dominicana*, Madrid, 18 de febrero de 1855. AMAE, fondo Política, subfondo Política Exterior, serie República Dominicana, leg. H 2374.

reclamaciones, el nuevo gabinete planteó al cónsul “la oferta de un protectorado” de España sobre la República Dominicana, pero Segovia “carecía de instrucciones” al respecto y no podía responder por su cuenta a una propuesta tan comprometida, aunque personalmente estuviera a favor de ella.<sup>17</sup>

El espinoso asunto de la matrícula tuvo una gran repercusión, tanto a nivel nacional como internacional. Por lo que respecta al desarrollo de esta polémica en el seno de la política interna dominicana, hay que resaltar la importancia que tuvo la prensa, a partir de la aparición en junio de 1856 de los periódicos *El Eco del Pueblo*, baecista, y *La República*, progubernamental y por lo tanto de tendencia santanista. Su objetivo era “mantener vivas las contradicciones grupales entre los partidarios de ambos caudillos”,<sup>18</sup> enconadas aún más si cabe a raíz de la cuestión de la matrícula, a favor de la cual se manifestaba el primero, dirigido por Pedro Antonio Bobea y Manuel María Gautier, y cuyo editor era un ciudadano español de origen canario apellidado Gutiérrez.

Para enfrentarse a las continuas diatribas vertidas contra el gobierno desde las páginas del órgano baecista se creó *La República*, bajo la dirección de Alejandro Angulo Guridi, “resuelto a sostener la agria discusión” con la cual “se propuso en vano atajar los efectos de la matrícula”. Sin embargo, como subraya García, las pasiones habían llegado a tal extremo que *El Eco del Pueblo* “sostenía que la opinión de que la matrícula perdería el país carecía de fundamento”, porque “cuando los pueblos obraban por sus sanos instintos, siempre se salvaban de las grandes crisis”. Dicho periódico alegaba además que “la desmoralización que podía producir la matrícula, no era efecto del artículo 7.º del tratado dominico-español, sino de la expresión manifiesta de un pueblo que quería mudar de condición, y que no había desperdiciado la primera coyuntura para hacerlo comprender a sus mandatarios; era la sed de garantías sociales que una ciudadanía adquirida a fuerza de sacrificios no prometía, y que el extranjero venía a darle en su propio hogar”. A continuación, el articulista añadió estas explícitas líneas como conclusión:

“¿Queréis que no haya una simpatía profunda de los dominicanos hacia los españoles? [...] ¿Queréis que esas simpatías no se acerquen y se fundan en el crisol del artículo 7.º? Pues dadle a ese pueblo que no hace mucho defendía en las fronteras su

<sup>17</sup> ROBLES MUÑOZ, C., *Paz en Santo Domingo...*, pp. 37, 41.

<sup>18</sup> CRUZ SÁNCHEZ, F., *Historia de los medios de comunicación en República Dominicana*, Santo Domingo, El Nuevo Diario, 1994, p. 53.

independencia y libertad, las garantías que necesita para el goce de derechos tan estimables, por cuanto le cuestan su sangre. Sed políticos, portaos como los verdaderos hombres de estado, que tienen el don de conocer cuándo son necesarios y cuándo no”.

Por su parte, el periódico ministerial alegaba que el uso que se estaba haciendo del mencionado artículo del tratado dominico-español era injusto, y que “intereses extraños habían escogido al país por el escenario en donde debía resolverse un problema político; que no se obedecía a un fin patriótico sino a las miras de un partido de individualidades”, y finalmente “que lo que a todos pertenecía no debían encarrilarlo manos extrañas sino las propias”.<sup>19</sup>

La discusión giraba, pues, en torno a si el país pertenecía a todos, o tan solo al grupo que ostentaba el poder, y por lo tanto cuando *El Eco del Pueblo* “apoyaba el punto de vista del cónsul Segovia”, mientras que *La República* lo combatía, ambos periódicos sabían que detrás del cónsul “estaban los intereses políticos de la oposición baecista”.<sup>20</sup> Habría que ver esta polémica en los términos de una auténtica disputa por el poder entre los dos partidos, si así se puede denominar a los seguidores de ambos caudillos, más que como un enfrentamiento entre dos planteamientos teóricos diferentes acerca del concepto de la soberanía nacional y de la necesidad de defenderla frente a las injerencias de *manos extrañas*. Una vez más, las rivalidades políticas desatadas en la República Dominicana estaban dejando abiertas las puertas a la intervención de los representantes diplomáticos de las potencias extranjeras, que intentaron servirse de esa división interna para sus propios fines siempre que les fue posible.

El 15 de agosto de 1856 un grupo de matriculados, en el que figuraban personas relevantes tanto del ámbito civil como del militar, hizo público un manifiesto a través de *El Eco del Pueblo* para explicar las razones de su inscripción en la matrícula del consulado español. En dicho escrito, aquellos indicaron que al tomar esa decisión lo habían hecho:

“Con entera voluntad, ya por las simpatías que hemos tenido y tenemos por la nación española, ya porque en *ausencia de la seguridad y garantías individuales* de que carecíamos en la República, teniendo ambas cosas aseguradas por el respeto al tratado y

---

<sup>19</sup> GARCÍA, J. G., *Compendio de la historia de Santo Domingo*, tomo 3, 4.ª ed., Santo Domingo, ¡Ahora!, 1968, pp. 190-191.

<sup>20</sup> CRUZ SÁNCHEZ, F., *Historia de los medios...*, p. 53. El autor cita a AMIAMA, M. A., *El periodismo en la República Dominicana*, 2.ª ed., Santo Domingo, Publicaciones ONAP, 1986, p. 30.



a la nación de que nos hemos hecho súbditos, nos ha sido preferible llevar el nombre de extranjeros en nuestro propio suelo que sufrir la opresión y la inseguridad personal a que estábamos expuestos como ciudadanos dominicanos”.<sup>21</sup>

Tales afirmaciones dejan fuera de duda el carácter abiertamente político de la decisión adoptada por este grupo contestatario que aprovechaba así su única posibilidad de escapar a la represión. Segovia, cuando el gobierno dominicano le pidió el cierre de la matrícula, como contrapartida a cambio de la denuncia del tratado con Estados Unidos, temió “una ‘explosión popular’ si se cerraba esa válvula a los disidentes”. Como Báez “no podía alcanzar el poder sin la ayuda de una nación extranjera”, y el cónsul de España se veía “impedido por las instrucciones de su gobierno” a tomar partido a favor de aquel de forma aún más explícita, llegaron al acuerdo de que los partidarios de Báez se matricularan como españoles. En esta decisión tan arriesgada pesó, como siempre sucedía en todas las actuaciones de los agentes españoles en la República Dominicana, “el interés de España por evitar el expansionismo” estadounidense, ya que “la anarquía y la disolución social” podían conducir a una “desesperada entrega en manos del vecino del norte”.<sup>22</sup>

De nuevo, la rivalidad política desatada en la República Dominicana abrió las puertas a la intervención de los representantes diplomáticos extranjeros, que intentaron servirse de esa división interna para sus propios fines siempre que ello les fue posible. Así pues, no resulta extraño que esta crisis se viera reflejada más allá de las fronteras dominicanas, y el primer agente extranjero en dar la voz de alarma a su gobierno sobre lo que acontecía en la República Dominicana fue el agente comercial de Estados Unidos, Jonathan Elliot. Este escribió el 5 de julio al secretario de Estado que, cuando aún se estaba esperando la decisión del ejecutivo de Madrid respecto al auténtico significado del artículo séptimo del tratado, dos buques de guerra españoles habían anclado de repente en el puerto de Santo Domingo, y el cónsul de España “comenzó a expedir certificados de nacionalidad española a todos cuantos decidieran pedirlo”. De ese modo, continuó Elliot, Segovia estaba convirtiendo “a gran número de dominicanos, negros la mayoría de ellos, en ciudadanos españoles”, lo cual hacían contentos para librarse así del servicio militar dominicano, y aventuró que, por esta razón, los haitianos

<sup>21</sup> ROBLES MUÑOZ, C., *Paz en Santo Domingo...*, p. 38. Las cursivas son del autor. Robles Muñoz toma la cita de GARCÍA LLUBERES, A., *Duarte y otros temas*, Santo Domingo, Editora del Caribe, 1971, p. 303.

<sup>22</sup> ROBLES MUÑOZ, C., *Paz en Santo Domingo...*, pp. 38-39.

podrían “fácilmente invadir el país”. No obstante, lo que más preocupaba al agente comercial era que el cónsul de España hubiese hecho “cuanto estuvo a su alcance para impedir” el tratado dominico-estadounidense, y a sus ojos resultaba evidente que “esta calamidad” le había caído a la República Dominicana como consecuencia de dicho tratado. Por último, Elliot aseguró que era muy probable que se solicitara la mediación de Estados Unidos en torno a este asunto.<sup>23</sup>

A medida que “la base de apoyo a España y de oposición a Santana se iba extendiendo hasta la población de color, que, en opinión de Segovia, prefería la antigua esclavitud a ‘esta mentida libertad que no impide al dictador disponer de su vida y haciendas a su antojo’”, los recelos de los representantes diplomáticos de Gran Bretaña y Francia en Santo Domingo fueron en aumento. El 18 de julio el primero de ellos envió dos despachos al Foreign Office, en los que se quejó de la interpretación que Segovia daba al artículo séptimo del tratado dominico-español, y de los cuales el encargado de negocios de Gran Bretaña en Madrid entregó copia al ministro de Estado. Por otra parte, el ministro francés de Asuntos Extranjeros también hizo llegar a su homólogo español, a través del representante de Francia en la capital de España, una misiva donde se expresaba de forma muy parecida en contra de dicha interpretación. Sin embargo, en una comunicación que dirigió al ministro de Estado el 20 de julio, Segovia mencionó “con cierta ingenuidad [...] el apoyo de su colega francés para que continuaran matriculándose los dominicanos”. De hecho, “Francia consideraba a Báez su hombre” en Santo Domingo, por lo que “España corría con los riesgos en favor de una solución que beneficiaba” a ese país quizá más que a ningún otro.<sup>24</sup>

La injerencia de Segovia hizo que el gobierno dominicano pidiese finalmente al norteamericano la devolución del tratado dominico-estadounidense y permitió la llegada de Báez a la presidencia de la República el 9 de octubre de 1856. Pese a todo, tales ‘logros’ no impidieron la destitución del cónsul, ya que este se había extralimitado en sus funciones, tras lo cual Segovia abandonó definitivamente el territorio dominicano en febrero de 1857. Al adoptar dicha medida, el gobierno español, que no tenía ninguna intención de enfrentarse a sus dos principales aliados, actuó de forma más prudente para superar el conflicto suscitado por las maniobras políticas de su primer representante en

<sup>23</sup> LOCKWARD, A., *Documentos para la historia...*, pp. 284-285.

<sup>24</sup> ROBLES MUÑOZ, C., *Paz en Santo Domingo...*, pp. 39-40, 55. El autor cita la *Carta de Segovia al ministro español de Estado*, Santo Domingo, 20 de julio de 1856. AMAE, fondo Política, subfondo Política Exterior, serie República Dominicana, leg. H 2374.

Santo Domingo. Por supuesto, una actuación tan polémica no podía considerarse en absoluto respetuosa con las reglas de la diplomacia ni con el frágil equilibrio existente entre los tres países europeos, y mucho menos con las siempre delicadas relaciones hispano-estadounidenses, que no hicieron sino agriarse a raíz de este asunto.

### **III. REPERCUSION DE LA RIVALIDAD POR LA REPUBLICA DOMINICANA SOBRE LAS RELACIONES INTERNACIONALES EN EL CARIBE: UNA VISION DESDE LA PRENSA**

Para establecer con mayor claridad los hechos en torno a la rivalidad internacional por la República Dominicana, se analizan a continuación diversas noticias y artículos publicados acerca de las gestiones que los agentes de las potencias implicadas en esta cuestión llevaron a cabo en Santo Domingo, tanto oficial como extraoficialmente. En efecto, distintos periódicos de Nueva York y París dedicaron su atención a tales informaciones para responder a la demanda de la opinión pública de sus respectivos países, cuyos gobiernos y la misma sociedad estaban deseosos de saber cada vez más sobre los principales temas de la política internacional del momento.

En un artículo del cual no consta la fecha ni el diario, si bien cabe pensar que se trata muy probablemente de *La Crónica*, un periódico en español que se publicó en Nueva York entre 1849 y 1865, apareció un resumen de otro artículo del *New York Daily Tribune*, también sin fecha, donde se anunciaba la llegada a Santo Domingo “del general tejano” Cazneau el 17 de julio de 1854. Este se había presentado allí como comisionado de Estados Unidos, “encargado del deber de negociar un tratado de amistad y comercio con la República Dominicana”, que debería asegurar al gobierno norteamericano un puerto en la bahía de Samaná, el cual serviría “como apostadero o estación naval en las Antillas”. Según el *Tribune*, detrás de ello se escondía “sin duda el proyecto favorito de la propaganda de la esclavitud, y la general conversión de Santo Domingo en un apéndice” de Estados Unidos, así como “en la base de operaciones contra el imperio negro de Haití”, que ocupaba “la parte más reducida, pero la más fértil y populosa de la misma isla”. El mencionado periódico indicó que, si se permitiera “a los políticos de la esclavitud” poner “pie firme en la isla”, pronto hallarían “un pretexto para hacer la guerra a los haitianos” y convertirlos en esclavos, por lo cual aconsejó

observar “con la mayor atención las maniobras” que podían “conducir a compromisos muy graves”.<sup>25</sup>

De acuerdo con el *New York Daily Tribune*, no debía “caber duda acerca de la exactitud” de sus noticias, pues estas “fueron tomadas de las de los periódicos de la ciudad de Santo Domingo”, según las cuales el general Cazneau, “el llamado comisionado”, estaba “notoriamente interesado en el plan de colonizar y anexar Santo Domingo”. Con base en tales informaciones, dicho diario pensaba que o bien Cazneau hacía que se le considerase allí como comisionado de Estados Unidos, “sin estar autorizado como tal, pero apoyando su engaño con una fragata”, o bien que el ejecutivo de Washington se encontraba “en camino de llevar a efecto una de sus numerosas conspiraciones contra un vecino débil y contra el honor y la paz de su propio país”. Por otra parte, el *Tribune* señaló que hacía largo tiempo que los “arreadores de esclavos” estadounidenses codiciaban la isla de Santo Domingo, pero que jamás se había dado hasta entonces “un paso tan avanzado para satisfacer su deseo como este del general Pierce y Mr. Marcy”, presidente y secretario de Estado norteamericanos, respectivamente. El mismo periódico se preguntó además cuándo despertaría “por fin el norte para contemplar ese porvenir”, que amenazaría a los estados libres si no se ponía “coto a semejante conducta odiosa” con absoluta determinación.<sup>26</sup>

A juicio de *La Crónica*, de todos los comentarios publicados por los periódicos del día “sobre este importante asunto”, el que más debía llamar la atención era el aparecido en el *New York Courier and Enquirer*, por las revelaciones que contenía y las ideas que sugería:<sup>27</sup>

“Tradujimos ayer de la *Crónica*, órgano español en esta ciudad, un artículo que tiende a insinuar que la presente administración procura conseguir una posesión, o por lo menos establecer una influencia directa, en la república dominicana. En nuestra opinión no hay datos seguros bastantes para justificar una conclusión definitiva en el

---

<sup>25</sup> *La Crónica*, Nueva York, ¿1854? El *New York Tribune*, fundado en 1841, se denominó *New York Daily Tribune* entre 1842 y 1866. En 1854 se unió al recién constituido Partido Republicano e intensificó su rechazo a la esclavitud. Su edición semanal (1841-1866) alcanzó hacia 1860 una tirada cercana a los 200.000 ejemplares, con lectores en multitud de ciudades pequeñas, con la consiguiente influencia entre votantes y responsables políticos. En 1924 se fusionó con el *New York Herald*. Véase: “About *New-York Daily Tribune*. [volume] (New-York [N. Y.] 1842-1866”, *Chronicling America*. [Library of Congress](https://chroniclingamerica.loc.gov/lccn/sn83030213/). Recuperado de <https://chroniclingamerica.loc.gov/lccn/sn83030213/> (consultado el 13 de julio de 2020).

<sup>26</sup> *La Crónica*, Nueva York, ¿1854?

<sup>27</sup> *La Crónica*, Nueva York, ¿1854? El *Morning Courier and New York Enquirer* (1829-1861) comenzó su andadura ligado al Partido Demócrata, y poco más tarde colaboró activamente en la creación del nuevo Partido Whig, rival de los demócratas, pero se mantuvo siempre como un firme defensor de la esclavitud.

particular; pero es cierto que los movimientos que se han hecho merecen atención. Hasta muy recientemente, nuestro gobierno ha mirado con la mayor indiferencia la isla de Santo Domingo, y casi ha ignorado su existencia. Ha rehusado pertinazmente, y hasta diremos con desprecio, reconocer la nacionalidad de la isla, aunque se han hecho repetidos esfuerzos para obtener ese reconocimiento. Manifestar cualquier interés por Santo Domingo era tanto como declararse negrófilo y abolicionista. Los prohombres del partido democrático, especialmente, han tenido por costumbre tratar a la isla con el mayor desdén; pero de poco tiempo a esta parte cambiaron de modo de pensar. Durante el invierno y la primavera, algunos de los diarios democráticos más eminentes se han entregado a elucubraciones como las de ‘Cora Montgomery’ en favor del plan de apoderarse de Santo Domingo. Esta ‘Cora Montgomery’, con su marido, se hallaba a la sazón en la isla bajo los auspicios de la administración de Washington, si acaso no había sido enviada con alguna misión diplomática. En mayo, Mr. Douglas, que posee la completa confianza de la administración, propuso al Senado una resolución que tenía por objeto averiguar la conveniencia de reconocer la independencia de Santo Domingo y entablar relaciones diplomáticas con aquel país. El Senado no se ha hecho cargo de esta proposición; pero dos meses después, la fragata de guerra de los Estados Unidos *Columbia* llegó a Santo Domingo con un comisionado a bordo, autorizado [...] para hacer un tratado con la República Dominicana. Este tratado tiene ostensiblemente un objeto comercial, pero su carácter verdadero no es aún conocido. Quizá sea inocente, pero la empresa se ha acometido en circunstancias tan sospechosas que necesitan una explicación, especialmente cuando se la considera en relación con las tendencias codiciosas y el espíritu agresor de que la administración ha dado pruebas en su conducta con respecto a Cuba. De los designios del gobierno en aquella región el pueblo tiene razones peculiares para mostrarse receloso. Allí es a donde el espíritu anexista [sic] del país se ha dirigido casi exclusivamente desde la guerra de Méjico. Ese espíritu domina a la parte inquieta del pueblo en todos los Estados Unidos, y anima además ocultamente a muchos hombres hábiles e influyentes en la vida pública. Es capaz de ocasionar graves males si no se le contiene con la oposición de la opinión pública sana y vigilante”.<sup>28</sup>

A continuación, y como corolario de todo lo ya señalado, el artículo del *Courier and Enquirer*, cuya traducción fue publicada por *La Crónica*, concluyó con estas palabras tan significativas del clima expansionista, casi la fiebre, que se había desatado

---

<sup>28</sup> *La Crónica*, Nueva York, ¿1854?

en una gran parte de la sociedad norteamericana, contra lo cual advertía y tomaba partido el periódico, por considerar que aquella debía concentrarse en explotar su propio territorio:

“Si los Estados Unidos llegasen a establecerse en las Antillas, no se contentarían con el dominio de una sola isla. Si España ha de rendir el que ejerce en Cuba, del mismo modo y por igual razón podría ser despojada de Puerto Rico. Si estas islas hubiesen de ser nuestras, no habría tampoco razón para perdonar a Santo Domingo, que es aún la más rica en recursos y la más tentadora. Una conquista, ya fuese por las armas o por dinero, conduciría seguramente a otra, y no pasarían muchos años sin que la doctrina de Monroe se aplicase a las islas lo mismo que al continente, exceptuando casos como el de Jamaica, en donde la aplicación provocaría a un enemigo demasiado formidable. La única política segura es resistir y oponerse, desde un principio, a la extensión de nuestro dominio en aquella dirección. A la presente generación, a lo menos, ofrece esta tierra firme ancho campo en que puede extenderse nuestro *destino manifiesto*”.<sup>29</sup>

El 28 de agosto de 1854 *La Crónica* publicó otro artículo sobre la cuestión dominicana, donde se indicaba que aparentemente nada podía “causar menos alarma que la presencia de un negociador angloamericano, y de uno, dos o más barcos de guerra de la misma nación en cualquier parte de las Antillas”. Sin embargo, “los antecedentes del hecho al parecer más inocente” debían servir como pauta para adivinar las consecuencias que pudieran resultar del mismo y “el espíritu más o menos encubierto” que lo hubiese sugerido. Dicho periódico se refería a un suceso que no solo no carecía “de notables antecedentes”, sino que podía “ser muy bien un síntoma de la reaparición en la esfera política de la conducta constantemente seguida por las administraciones democráticas de los Estados Unidos en épocas de perturbaciones y conflictos en Europa”. Por ende, a juicio de *La Crónica*, convendría quizá que no se desatendiera una demostración que podía acarrear serias consecuencias para las denominadas potencias marítimas,<sup>30</sup> es decir, Gran Bretaña, Francia y España, de cuyos intereses el mencionado diario era un fuerte defensor.

<sup>29</sup> *La Crónica*, Nueva York, ¿1854? En cursiva en el original.

<sup>30</sup> *La Crónica*, Nueva York, 28 de agosto de 1854. El subtítulo de este periódico era “España y los pueblos hispanoamericanos”. Véase al respecto: HERNÁNDEZ FUENTES, M. Á., “La prensa española en Nueva York durante el siglo XIX”, *Revista Internacional de Historia de la Comunicación*, n.º 12, 2019, pp. 47-49.

En efecto, *La Crónica* había venido recogiendo con particular cuidado, desde hacía varios años, datos que revelaban “cierta tendencia de la política” del gobierno norteamericano “a hacer de Santo Domingo el punto de apoyo de alguna empresa futura”, en perjuicio del “dominio europeo sobre las Antillas, y como primer paso para llevar a ejecución el precepto de Monroe”. El periódico proespañol insistió en su “razonada convicción de que la isla de Santo Domingo” constituía “el punto elegido por la política de *intervención neutra*, o acaso mejor dicho, de *neutralidad interventora*”. Para justificar sus sospechas, *La Crónica* señaló que la estructura física de esa isla, “su situación geográfica, la calidad de sus puertos, y, sobre todo, la debilidad de las dos naciones” que la ocupaban, así como “la misma hostilidad continua” que reinaba entre ellas, eran circunstancias que se prestaban para la realización de un plan de esa naturaleza. Todo ello parecía, pues, brindar “a la política americana con una copa llena de brillantes, aunque [...] ilusorias esperanzas”, siempre en opinión del periódico.<sup>31</sup>

Según *La Crónica*, la presencia de un buque de guerra estadounidense en Samaná, “sus operaciones significativas, el proyecto de un tratado, y la renovación del antiguo y perseverante plan de colonización” habían inspirado cierta alarma a los corresponsales de ese periódico. En efecto, tales hechos podían “muy bien no ser extraños a algún designio digno de especial averiguación, cuando no de una declaratoria formal y terminante por parte de las potencias marítimas, especialmente de aquellas” a las que más podría afectar una alteración grave del equilibrio político en las Antillas. Acto seguido, *La Crónica* afirmó que “también la misma población, así blanca como de color, de Santo Domingo”, estaba profundamente interesada en dicha cuestión, pues se trataba “nada menos que de su extirpación o de su vida”. El periódico concluyó estas líneas con unas palabras bien claras y críticas: “A juzgar por antecedentes de esta clase en América, poco debemos esperar de la intervención de Inglaterra en este caso. Francia tiene la misión y el deber de hacerse dar cuenta de los movimientos que tiendan a poner en peligro sus posesiones y a coartar la libertad de su navegación en lo venidero”.<sup>32</sup>

De hecho, esta referencia a los intereses franceses no resulta casual en modo alguno, ya que la Francia de Napoleón III era sin duda la principal aliada de España frente a la política expansionista de Estados Unidos y en tal sentido cabe ver los reflejos de una cierta rivalidad intraeuropea. Así, por ejemplo, el 29 de octubre de 1854 el

<sup>31</sup> *La Crónica*, Nueva York, 28 de agosto de 1854. En cursiva en el original.

<sup>32</sup> *La Crónica*, Nueva York, 28 de agosto de 1854.

periódico parisino *La Patrie* publicó una noticia aparecida en el londinense *The Morning Post* ese mismo día. El *Post* afirmaba que “unas negociaciones largamente seguidas” entre los gobiernos estadounidense y dominicano habían “conducido al establecimiento de un protectorado por parte de Estados Unidos”, lo cual equivalía “virtualmente, si no de manera absoluta, a la anexión de esa parte de la isla de Santo Domingo”. Tras resumir la noticia del mencionado diario inglés, *La Patrie* incluyó el siguiente comentario, cuyo autor es Étienne Mouttet:<sup>33</sup>

“La información que nos llega directamente no es tan explícita. La convención entre los negociadores estadounidenses y el actual presidente de la República Dominicana, Sr. Pedro Santana, no involucra, al menos en el tratado hecho público, el protectorado de la parte oriental de la isla de Santo Domingo; solo trata la cesión a Estados Unidos de la bahía de Samaná y una cierta extensión del territorio adyacente. Y para disfrazar lo vergonzoso e inconstitucional de tal cesión, se usó en el tratado la expresión ‘agricultura’. Pero, bajo el velo engañoso de las palabras permanece el asunto, que es la enajenación de una porción del territorio nacional, hecha por el poder ejecutivo, sin el consentimiento de la nación e incluso sin haber tomado en cuenta primero la opinión del poder legislativo [...]. En Santo Domingo conocen el carácter de los yanquis; saben que una vez que ponen el pie en alguna parte, no cejan hasta convertirse en los dueños absolutos [...]. Solo hemos hablado del profundo rechazo que el protectorado de Estados Unidos provocaría en Santo Domingo. ¿Pero las potencias europeas que tienen intereses en los mares de las Antillas no tendrían algunas objeciones que hacer a este aumento de la influencia de la federación del norte? ¿Inglaterra vería con buenos ojos la turbulenta vecindad de los *yankees* en Jamaica y sus otras posesiones de las Indias Occidentales? Y España, que hasta ahora ha repelido con éxito las incursiones de filibusteros estadounidenses dirigidas contra Cuba, ¿tendría la misma suerte cuando los patrocinadores y cómplices de López, a caballo sobre la gran ruta marítima que conduce desde Europa y Puerto Rico a Cuba, buscaran vengarse de sus primeros y humillantes fracasos?”<sup>34</sup>

<sup>33</sup> *La Patrie*, año 14, n.º 502, ed. vespertina, París, 29 de octubre de 1854. La traducción es nuestra. *La Patrie* (1841-1937) era un diario conservador y proimperial, cuya tirada creció vertiginosamente durante los años de apogeo del Segundo Imperio francés, llegando a alcanzar su máxima difusión en torno a 1861.

<sup>34</sup> MOUTTET, É., [sin título], *La Patrie*, año 14, n.º 502, ed. vespertina, París, 29 de octubre de 1854. La traducción es nuestra. Étienne Mouttet es el autor de una obra titulada *Saint-Domingue devant l'Europe. Nécessité, légitimité, facilité de son occupation par la France, dans les circonstances présentes*, publicada en París en 1843 por la revista *El Correo de Ultramar*. Mouttet era redactor de esta revista, que



No es necesario subrayar la perspectiva claramente proespañola de Mouttet pero, por si acaso hubiera alguna duda sobre su opinión y la de *La Patrie* al respecto, cabe añadir que según dicho autor “el establecimiento de los norteamericanos en Samaná” era “una cuestión de vida o muerte” para España y su imperio colonial. Por consiguiente, “no habría que asombrarse si para oponerse a esa toma de posesión España reivindicara los derechos incontestables” que tenía sobre la parte oriental de Santo Domingo, derechos que había “dejado adormecer” pero que jamás había “abandonado formalmente”.<sup>35</sup>

#### IV. EL INESTABLE ESCENARIO DOMINICANO VISTO A TRAVES DE DOS PERIODICOS ESPAÑOLES: *LA DISCUSION Y LA AMERICA (1856-1858)*

Tras la caída de Santana, la prensa española se hizo eco de esta noticia, particularmente el diario *La Discusión* de Madrid, que el 28 de noviembre de 1856 publicó en su sección denominada Correo extranjero las siguientes informaciones, cuya fuente el periódico no citó, sobre la “revolución completamente pacífica” que se había efectuado en la República Dominicana. “He aquí en pocas palabras la historia de la revolución: el general Santana, desde su llegada a la presidencia en 1853, había sido engañado por las intrigas de anexionistas americanos”, entre quienes se hallaba el general Cazneau, que era uno de los agentes del famoso filibustero William Walker. “Santana había concluido por dar oídos a sus promesas y por esta razón se había atraído la animadversión de todos los dominicanos”.<sup>36</sup>

Siempre de acuerdo con la misma fuente desconocida, muy probablemente de origen francés y absolutamente favorable al nuevo gobierno dominicano, dicha

---

se publicaba en español en la capital francesa. Su línea editorial era “nacionalista y apolítica”; en su primer número se insistía sobre el destino común de las colonias francesas y españolas, las cuales debían combatir contra Gran Bretaña y su “refinado e insaciable egoísmo”, que luchaba por el “monopolio del comercio del mundo”. SABLONNIÈRE, C., “*El Correo de Ultramar (1842-1886)* y la ciencia: entre labor educativa y propaganda política”, en PALACIO, C. del, y MARTÍNEZ, S. (coords.), *Voces en papel. La prensa iberoamericana de 1792 a 1970*, Tuxtla Gutiérrez, Universidad Autónoma de Chiapas, 2008, pp. 463-476.

<sup>35</sup> MOUTTET, É., [sin título], *La Patrie*, año 14, n.º 502, ed. vespertina, París, 29 de octubre de 1854. La traducción es nuestra.

<sup>36</sup> Sección Correo extranjero, *La Discusión*, año 1, n.º 230, Madrid, 28 de noviembre de 1856. *La Discusión (1856-1887)*, cuyo subtítulo era “diario democrático”, mantuvo una línea muy afín al Partido Demócrata español, como portavoz de las ideas de *democracia, socialismo, republicanismo y federalismo*.

revolución se había hecho sin “necesidad de recurrir a arrestos políticos” y sin verter una gota de sangre. En definitiva, la proclamación de Báez por el pueblo dominicano podía significar “para el interior, respeto a la ley”, mientras que, para el exterior, significaría el “mantenimiento de las buenas relaciones con las tres potencias amigas, Francia, Inglaterra y España”, así como una “enérgica resistencia a toda tentativa contra la independencia nacional y la integridad del territorio”. Por otra parte, en respuesta al discurso que el general Sánchez, en nombre del pueblo dominicano, había dirigido a Durand de Saint André, cónsul de Francia en Santo Domingo, este “aseguró a los dominicanos la simpatía del gobierno del emperador”,<sup>37</sup> manifestando así la coincidencia de los intereses europeos, muy particularmente españoles y franceses, en torno a la figura de Báez.

*La Discusión* siguió todos los acontecimientos dominicanos con mucha atención durante esta crisis y publicó en su sección de Correo extranjero una carta enviada desde Nueva York el 22 de noviembre de 1856, donde se informaba sobre la actualidad de Estados Unidos tras la elección de James Buchanan como presidente de ese país y se defendía la política de España hacia la República Dominicana:<sup>38</sup>

“La conducta que seguirá Mr. Buchanan apenas suba a la presidencia, sigue siendo objeto de toda clase de comentarios y esperanzas. [Hay] quien le juzga dispuesto a lanzarse a una política aventurera y conquistadora; [hay] quien tiene por seguro que una vez en el poder Mr. Buchanan atenderá sobre todo a su popularidad o al interés de su patria. Por supuesto, ha perdido aquí todo crédito la idea de que España trataba de hacer una diversión armada en Santo Domingo”.<sup>39</sup>

El corresponsal se refirió también a las noticias que podía verse impresas todavía en los diarios estadounidenses, según las cuales el gobernador de Cuba “pensaba ayudar al cónsul de España en sus proyectos” contra la República Dominicana, pero en su opinión eso era “un tejido de calumnias”. Acto seguido, dicho corresponsal añadió que si bien la conducta de Segovia había “podido por un momento excitar los temores de las potencias extranjeras”, ni el gobernador de Cuba ni el propio cónsul de España jamás habían “pensado en atentar contra la nacionalidad de Santo Domingo”. Finalmente, el

<sup>37</sup> Sección Correo extranjero, *La Discusión*, año 1, n.º 230, Madrid, 28 de noviembre de 1856.

<sup>38</sup> Sección Correo extranjero, *La Discusión*, año 1, n.º 244, Madrid, 14 de diciembre de 1856.

<sup>39</sup> Sección Correo extranjero, *La Discusión*, año 1, n.º 244, Madrid, 14 de diciembre de 1856.

periodista aseguró que por supuesto era “completamente falso lo del envío de fusiles desde Cuba a la República Dominicana”.<sup>40</sup>

Los acontecimientos relativos a la República Dominicana no habían dejado de ser observados con atención por la prensa estadounidense, aunque quizá no con la misma intensidad que dos años antes, cuando aún se debatían cuestiones como el tratado entre ambos países, la base naval en Samaná. El *New York Daily Tribune* temía que esos esfuerzos de Washington, así como el de encontrar tierras para la colonización de negros libres, fueran realmente un intento de anexionarse Santo Domingo, extender la esclavitud a ese territorio y así crear en él uno o dos nuevos estados esclavistas. Sin embargo, el diario reconocía que tales proyectos no podían hacerse realidad llevando allí esclavos inmediatamente, sino que debía establecerse primero una colonia de norteamericanos libres lo suficientemente grande como para revolucionar el país y cambiar por completo su legislación, aunque todo esto, a su juicio, no llevaría mucho tiempo.<sup>41</sup> Es decir, se trata del mismo modus operandi utilizado en la anexión de Tejas.

De hecho, a principios de la década siguiente se empezó a poner en marcha un ambicioso plan de colonización, cuando aventureros como William Cazneau, presente también en la guerra de Tejas, creó junto con su socio Joseph Fabens la American West India Company en 1862, durante el periodo de la anexión de Santo Domingo a España (1861-1865). En efecto, la sociedad adquirió grandes propiedades en el país, llegando a controlar hacia 1871 casi un 10 % del suelo de titularidad pública, de modo que uno de los principales motivos que llevaron a estos dos capitalistas a gestionar la anexión de la República Dominicana a Estados Unidos es que el valor de sus tierras se dispararía vertiginosamente al convertirse en territorio norteamericano.<sup>42</sup>

Así pues, no resulta extraña la gran atención que despertaba en España todo lo relativo a los proyectos estadounidenses en las Antillas. A juicio de la muy importante e influyente revista española *La América*, fundada en 1857 y cuya existencia se prolongó hasta 1886, la rivalidad por la República Dominicana no era solo una cuestión de índole

---

<sup>40</sup> Sección Correo extranjero, *La Discusión*, año 1, n.º 244, Madrid, 14 de diciembre de 1856.

<sup>41</sup> FRYMER, P., *Building an American empire: the era of territorial and political expansion*, Princeton (New Jersey), Princeton University Press, 2017, p. 211. La cita del *New York Daily Tribune* corresponde a un artículo titulado “Dominican Annexation”, que se publicó el 25 de octubre de 1854.

<sup>42</sup> McCULLOUGH, S., *The Caribbean policy of the Ulysses S. Grant Administration: foreshadowing an informal empire*, Blue Ridge Summit, Lexington Books, 2017, pp. 54-55. Véase también al respecto: PLETCHER, D. M., *The diplomacy of trade and investment: American economic expansion in the Hemisphere, 1865-1900*, Columbia (Missouri), University of Missouri Press, 1998, pp. 160-169.

política, comercial y estratégica entre Estados Unidos y España, sino que se trataba, sobre todo, de una lucha entre dos razas diferentes e incluso rivales:

“Dos razas rivales se disputan el dominio del Nuevo Mundo; la raza latina y la raza anglosajona: esta más activa, más vigorosa, y desde fines del pasado siglo más civilizadora y poderosa que aquella [...]. Vedla [...] cómo amenaza a la América central, ora pacífica con sus establecimientos de Panamá, ora armada con los rifles de Walker. Panamá [...] hoy puede decirse que les pertenece, pero no basta: necesitan una posición que les facilite los pasos a Centroamérica, el mar Caribe y el golfo de Méjico, y tiempo hace fijan sus ojos en la isla dominicana, a fin de apoderarse de la hermosa bahía de Samaná [...]. Nada importa que las tentativas de los norteamericanos para apoderarse, siquiera por medio de un tratado, de aquella importante posición entre Cuba y Puerto Rico, hayan sido ineficaces hasta ahora; ¡adelante! Es la voz de guerra de esa raza; y lo que ayer no consiguió, lo intentará otra y mil veces hasta alcanzarlo”.<sup>43</sup>

Un año y medio después de abrir el fuego con tan elocuentes palabras en su primera página, *La América* ofreció las noticias más recientes sobre una nueva revolución que había estallado en la República Dominicana, en este caso contra el segundo gobierno de Báez, en julio de 1857, y analizó con bastante detalle los diversos elementos del conflicto. Así, en su sección denominada Correspondencia de ultramar, el secretario de redacción de dicha revista, Eugenio de Olavarría, se preguntó si el general Valverde, nuevo presidente dominicano, conseguiría “entenderse con Santana”, a quien De Olavarría hizo responsable del éxito de la insurrección, en lo cual no estaba equivocado. El secretario de redacción de *La América* se refirió acto seguido al “otro problema” que tenía que resolver la revolución victoriosa, es decir, “las simpatías de Santana hacia los Estados Unidos”, y planteó la cuestión de si triunfaría esa política con la insurrección, así como si Valverde participaría de las simpatías de aquel, pero evitó “prejuzar nada”. Sin embargo, De Olavarría concluyó señalando en tono de advertencia que, si el nuevo gobierno permitiese “a los *yankees* poner el pie” en Santo Domingo, la existencia de la República Dominicana estaría “amenazada seriamente”,

---

<sup>43</sup> ASQUERINO, E., [sin título], sección Nuestro pensamiento, *La América*, año 1, n.º 2, Madrid, 24 de marzo de 1857, p. 1. Eduardo Asquerino es el fundador y director de *La América*. Véase al respecto: ESCOLANO GIMÉNEZ, L. A., “*El Museo Universal* y *La América* (1857-1860): dos estilos periodísticos diferentes y una misma perspectiva americanista al servicio de la burguesía liberal española”, *Tzintzun. Revista de Estudios Históricos*, n.º 68, julio-diciembre 2018, pp. 110-113; 123-126.

los haitianos verían “la espada de Damocles” sobre sus cabezas, y por lo que respecta a España, su “preciosa colonia de Cuba” también se encontraría en peligro.<sup>44</sup>

## CONCLUSIONES

De hecho, el evidente interés suscitado en la opinión pública española por la posibilidad de una guerra dentro de Estados Unidos, o al menos de su debilitamiento como consecuencia de la división entre los estados del norte y los del sur por la cuestión de la esclavitud, guardaba una estrecha relación con la situación de Cuba. La posesión de esta isla era sin duda algo más que una simple cuestión de honor, dada la gran importancia económica que la misma tenía para la metrópoli. Así pues, cuando estalló la guerra civil, a raíz de la secesión de los estados confederados en marzo de 1861, España pasó por fin a la acción, tras las numerosas gestiones realizadas por el ejecutivo dominicano ante el de Madrid, que las había dilatado durante años, aunque sin desecharlas completamente.

En efecto, la nueva coyuntura bélica en Estados Unidos permitió que el gobierno de la Unión Liberal (1858-1863), presidido por Leopoldo O’Donnell, llevara a cabo una política exterior mucho más decidida y aceptase la anexión de Santo Domingo a España, la cual fue proclamada por el general Santana el 18 de marzo de 1861. El objetivo era crear una barrera frente a la penetración norteamericana, que desde hacía mucho tiempo intentaba apoderarse de Cuba, Puerto Rico y la Española, islas que quedarían a partir de ese momento en manos de España, a excepción del territorio haitiano.

El proyecto ideado para detener el expansionismo de Estados Unidos en las Antillas mediante un arco constituido por las islas ya mencionadas fue la última ocasión en que España tomó la iniciativa, gracias al contexto bélico en aquel país, pero también a la postura pasiva adoptada por los gobiernos británico y francés, los cuales consideraban que la anexión a España era un mal menor. No obstante, las tropas españolas se vieron obligadas a abandonar Santo Domingo en junio de 1865, tras el completo fracaso de una experiencia que provocó el levantamiento de casi todo el pueblo dominicano el 16 de agosto de 1863. Esta masiva explosión de descontento hizo

---

<sup>44</sup> OLAVARRÍA, E. de, [sin título], sección Correspondencia de ultramar, *La América*, año 2, n.º 11, Madrid, 8 de agosto de 1858, p. 4.

ver al gobierno español el error tan enorme que había cometido al aceptar la anexión, por lo que decidió salir de la isla en cuanto las circunstancias lo hicieron factible.<sup>45</sup>

En 1865 Estados Unidos dio por finalizada la guerra de Secesión, lo cual le permitió regresar con más fuerza al escenario internacional, presto a recuperar su posición. De este modo, el gobierno del presidente Grant estuvo a punto de anexionarse Santo Domingo en 1871, tal como le había propuesto poco antes el ejecutivo presidido por Báez, pero en última instancia el Senado estadounidense rechazó dicho proyecto. Resulta, pues, paradójico que el pronorteamericano Santana fuese quien proclamara la anexión a España, mientras que Báez, quien era reconocido como antinorteamericano y afrancesado, fue el que trató infructuosamente de anexionar su país a Estados Unidos. De ello cabe deducir que el objetivo de ambos dirigentes, en cualquier caso, consistía sobre todo en obtener un respaldo fuerte frente a sus rivales políticos para conservar el poder, o cuando menos ganar algún tipo de beneficio económico en la nueva situación.

---

<sup>45</sup> Para ampliar al respecto, véase: ESCOLANO GIMÉNEZ, L. A., *La rivalidad internacional por la República Dominicana y el complejo proceso de su anexión a España (1858-1865)*, Santo Domingo, Mediabyte, Archivo General de la Nación, vol. CXCI, 2013.

## Bibliografía

- “About *New-York Daily Tribune*. 1842-1866”, *Chronicling America*. Library of Congress. Recuperado de <https://chroniclingamerica.loc.gov/lccn/sn83030213/> (consultado el 13 de julio de 2020).
- AMIAMA, M. A., *El periodismo en la República Dominicana*, 2.<sup>a</sup> ed., Santo Domingo, Publicaciones ONAP, colección Feria del Libro, n.º 10, 1986.
- ASQUERINO, E., [sin título], sección Nuestro pensamiento, *La América*, año 1, n.º 2, Madrid, 24 de marzo de 1857, p. 1.
- BALCÁCER, J. D. y GARCÍA ARÉVALO, M. A., *La independencia dominicana*, Madrid, Mapfre, 1992.
- CRUZ SÁNCHEZ, F., *Historia de los medios de comunicación en República Dominicana*, Santo Domingo, El Nuevo Diario, 1994.
- ESCOLANO GIMÉNEZ, L. A., “El comienzo de las relaciones diplomáticas entre España y la República Dominicana en 1855”, *Revista Complutense de Historia de América*, vol. 37, 2011, pp. 277-299. DOI: 10.5209/rev\_rcha.2011.v37.12.
- \_\_\_\_\_*La rivalidad internacional por la República Dominicana y el complejo proceso de su anexión a España (1858-1865)*, Santo Domingo, Mediabyte, Archivo General de la Nación, vol. CXCI, 2013.
- \_\_\_\_\_*“El comienzo de la rivalidad internacional y de la injerencia española en la República Dominicana (1855-1856)”*, *Revista de Indias*, vol. 75, n.º 265, 2015, pp. 711-742. DOI: 10.3989/revindias.2015.022.
- \_\_\_\_\_*“El Museo Universal y La América (1857-1860): dos estilos periodísticos diferentes y una misma perspectiva americanista al servicio de la burguesía liberal española”*, *Tzintzun. Revista de Estudios Históricos*, n.º 68, julio-diciembre 2018, pp. 105-135.
- FRYMER, Paul, *Building an American empire: the era of territorial and political expansion*, Princeton (New Jersey), Princeton University Press, 2017.
- GARCÍA, J. G., *Compendio de la historia de Santo Domingo*, tomo 3, 4.<sup>a</sup> ed., Santo Domingo, ¡Ahora!, 1968.

- GARCÍA LLUBERES, A., *Duarte y otros temas*, Santo Domingo, Editora del Caribe, Academia Dominicana de la Historia, vol. XXVIII, 1971.
- HERNÁNDEZ FUENTES, M. Á., “La prensa española en Nueva York durante el siglo XIX”, *Revista Internacional de Historia de la Comunicación*, n.º 12, 2019, pp. 41-66. DOI: <http://dx.doi.org/10.12795/RiHC.2019.i12.03>.
- INCHÁUSTEGUI CABRAL, J. M., *Historia dominicana 1844-1930*, Santo Domingo, s. e., 1965.
- JIMENES GRULLÓN, J. I., *Sociología política dominicana 1844-1966, vol. 1 (1844-1898)*, 2.ª ed., Santo Domingo, Taller, 1976.
- JULIÁN, A., “Rafael María Baralt. Su vida, obras y servicios prestados a la República Dominicana”, *Clío*, vol. 81, n.º 183, enero-junio 2012, pp. 43-125.
- LOCKWARD, A., *Documentos para la historia de las relaciones dominico-americanas, vol. 1: 1837-1860*, Santo Domingo, Corripio, 1987.
- McCULLOUGH, S., *The Caribbean policy of the Ulysses S. Grant Administration: foreshadowing an informal empire*, Blue Ridge Summit, Lexington Books, 2017.
- MOUTTET, É., [sin título], *La Patrie*, año 14, n.º 502, ed. vespertina, París, 29 de octubre de 1854.
- OLAVARRÍA, E. de [sin título], sección Correspondencia de ultramar, *La América*, año 2, n.º 11, Madrid, 8 de agosto de 1858, p. 4.
- PLETCHER, D. M., *The diplomacy of trade and investment: American economic expansion in the Hemisphere, 1865-1900*, Columbia (Missouri), University of Missouri Press, 1998.
- ROBLES MUÑOZ, C., *Paz en Santo Domingo (1854-1865). El fracaso de la anexión a España*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1987.
- SABLONNIÈRE, C., “*El Correo de Ultramar (1842-1886) y la ciencia: entre labor educativa y propaganda política*”, en PALACIO, C. del, y MARTÍNEZ, S. (coords.), *Voces en papel. La prensa iberoamericana de 1792 a 1970*, Tuxtla Gutiérrez, Universidad Autónoma de Chiapas, 2008, pp. 463-476.
- Tratado de reconocimiento, paz, amistad, comercio, navegación y extradición entre S. M. la reina de España y la República Dominicana*, Madrid, 18 de febrero de 1855.



---

**LA DISPUTAS MATRIMONIALES EN EL ESPACIO JUDICIAL  
EUROPEO: REFLEXIONES SOBRE EL CASO DE LIS PENDENS <sup>1</sup>**

***MARRIAGE DISPUTES IN THE EUROPEAN JUDICIAL AREA: THOUGHTS ON  
THE CASE OF LIS PENDENS***

Dimitris Liakopoulos<sup>2</sup>

*Fletcher School-Tufts University*

*Retirado provisionalmente*

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 07 de mayo de 2020 y aprobado el 07 de septiembre de 2020.

<sup>2</sup> Full Professor of European Union Law at the Fletcher School-Tufts University (MA in international law and MA of Arts in Law and diplomacy). Full Professor of International and European Criminal and Procedural Law at the De Haagse Hogeschool-The Hague. Part-time Professor of International law in Massachusetts School of Law. Attorney at Law a New York and Bruxelles. ORCID ID: 0000-0002-1048-6468. The present work is updated until March 2020. (prof.d.liakopoulos.984@gmail.com).

# **APROXIMACIONES JURÍDICO-SOCIALES DE LA PROTESTA SOCIAL <sup>1</sup>.**

## **UNA REVISIÓN DESDE LA LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD**

### ***LEGAL-SOCIAL APPROACHES OF THE SOCIAL PROTEST***

### ***A REVIEW FROM LEGITIMACY AND LEGALITY***

Pedro Martín Páez Bimos <sup>2</sup>

*Universidad Rey Juan Carlos*

#### **RESUMEN**

En el presente trabajo se busca reflexionar sobre la desobediencia civil y la protesta social, desde la filosofía y sociología jurídica, de manera crítica. Se procede a revisar los principales hechos históricos vinculados con la protesta social y la desobediencia civil, hasta la revisión de la legitimidad y legalidad de la protesta social, cuestión que ha sido últimamente discutida por las protestas que se han dado a finales del 2019 y principios del 2020.

**PALABRAS CLAVE:** Protesta social, desobediencia civil, sociología jurídica, filosofía jurídica, legalidad, legitimidad.

#### **ABSTRACT**

This paper seeks to reflect on civil disobedience and social protest from the perspective of legal philosophy and sociology from a critical perspective. The main historical events related to social protest and civil disobedience are reviewed until the legitimacy and legality of social protest is reviewed, an issue that has been lately discussed by the protests that took place in late 2019 and early 2020.

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 30 de abril de 2020 y aprobado el 06 de julio de 2020.

<sup>2</sup> Investigador de la escuela internacional de doctorado en ciencias jurídicas y sociales de la URJC, docente de derecho penal de la UMET-Quito. Abogado socio de Corporate Defense de Ecuador. Ex subcoordinador de Investigación y Transparencia del CPCS, ex asesor de la primera vicepresidencia de la Asamblea Nacional.

**KEYWORDS:** Social protest, civil disobedience, legal sociology, legal philosophy, legality, legitimacy.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. I. DESOBEDIENCIA CIVIL Y PROTESTAS SOCIALES COMO FENÓMENOS HISTÓRICOS. II. LEGITIMIDAD VS LEGALIDAD: REFLEXIONES DESDE LA FILOSOFÍA JURÍDICA SOBRE LA PROTESTA SOCIAL. CONCLUSIONES.

\* \* \*

## INTRODUCCIÓN

Entrar al análisis sobre la protesta social y la desobediencia civil es un tema que permite una amplitud de perspectivas. Un fenómeno casi tan antiguo como el establecimiento de las primeras estructuras sociales que se encuentra en los diferentes textos históricos, religiosos o anecdóticos, y que no está exento del ámbito jurídico. Debemos, para empezar, establecer que por protesta social se comprende a todo acto contestario y de respuesta frente a las disposiciones y órdenes del poder, en su mayoría del poder público, mientras que, por desobediencia civil, un tipo distinto de protesta caracterizado por la ausencia de violencia sobre las personas, fuerza sobre las cosas y con diferentes características propias dependiendo de su contexto cultural. Esto es importante clarificarlo de manera breve y concisa por la cantidad de confusiones que se suelen dar al respecto.

Estos fenómenos se han hecho eco por diferentes pasajes dentro de la historia como los de Gandhi en la India, Martin Luther King en Estados Unidos de Norteamérica, pero también hechos actuales como las revelaciones de Snowden o de Manning relacionados con la desobediencia civil, incluyéndose también hechos actuales como las protestas violentas que han sucedido en Latinoamérica a finales del año 2019 e inicios del 2020 por exigencias y reclamos sociales en países como Ecuador, Haití, Chile o Colombia, que muchas fueron suspendidas coincidentalmente por las restricciones sanitarias a causa del COVID-19, reviviendo una serie de interrogantes mediáticas y académicas sobre la protesta social.

Estos hechos pusieron en escena la antigua discusión sobre la legitimidad y legalidad de la protesta social, y cuáles son las respuestas que dan las agencias de aplicación de la ley frente a estas movilizaciones que guardan una íntima vinculación con los derechos fundamentales. Algunas posiciones más cerradas que otras, que se sostienen en posturas legalistas que han defendido las represiones violentas y desconocido los límites y complementariedad que tiene la legalidad como principio limitador y no como parte de la doctrina de *law and order*. No obstante, desde una postura de la legitimidad material y la legalidad como principio se complementan, permitiendo una valoración más cercana a un verdadero Estado democrático. Sin dudas, en esta discusión también confluyen las posiciones jurídico-filosóficas provenientes del naturalismo, positivismo, y otras escuelas, como una forma de concebir y practicar el derecho que serán revisadas en el presente trabajo.

## **I. DESOBEDIENCIA CIVIL Y PROTESTAS SOCIALES COMO FENÓMENOS HISTÓRICOS**

La desobediencia civil y la protesta social se encuentran en muchos pasajes de la historia de la humanidad. En este apartado revisaremos como algunos casos históricos que mediante la desobediencia civil o la protesta social violenta han sido muy importantes, reformando inclusive la forma de organización del poder o la estructuración de los ordenamientos jurídicos que se pensaban que eran sólidos e inmutables, aclarando que otros casos quedarán sin ser mencionados por el amplio espectro fenomenológico.

Tal vez uno de los pasajes más importantes para la cultura occidental sobre la desobediencia civil, que, en realidad, se vincula mucho como una objeción de conciencia, es el relato de la Antígona de Sófocles, que ha sido fuente de inspiración de diversos autores, en la cual se establece una clara diferencia entre el derecho positivo y la noción de justicia que se asienta de manera específica en el derecho natural<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Véase en ROMERO, L. Desobediencia civil. *Revista en Cultura de la Legalidad*, 2014, No. 6, pp. 240-241.

El relato trata, en resumen, sobre el Rey Edipo de Tebas, quien tuvo dos hijos, Polinices y Eteocles, y una hija, Antígona, los hijos acordaron alternarse el trono cada año. Eteocles al finalizar su primer año no accedió alternarse y terminaron quitándose la vida mutuamente. Tras la muerte de Polinices y Eteocles, se designa a Creonte como nuevo Rey de Tebas, quien decide imponer una ley que prohíbe realizar los ritos fúnebres al cuerpo de Polinices, a lo que Antígona hermana e hija de Edipo, desobedece la orden y procede a enterrarlo. Creonte decide castigar con muerte a Antígona encerrándola viva en una tumba de roca, a pesar de escuchar las suplicas de su hijo Hemón de que no sentencie a su prometida y amada Antígona. El adivino del pueblo, Tiresias, le señala a Creonte que las aves y perros han arrancado los trozos de Polinices y los dejan en los altares, señal que los dioses rechazan su decisión de no enterrar y dar divina sepultura, y que lo pagará con la muerte de su sangre. Creonte se dispuso a rectificar sus fallas, pero ya era demasiado tarde, cuando quiso liberar a Antígona la encontró ahorcada y a su hijo Hemón suicidado tras clavarse una espada, posteriormente, su esposa Eurídice se suicidó al saber de la muerte de su hijo Hemón.

Esta tragedia griega que se dio aproximadamente en el año 400 a.C. establece ciertos elementos centrales sobre la desobediencia civil frente a normas que, si bien se encuentran positivadas y emitidas por una autoridad competente, no cumplen una finalidad justa según las proposiciones del derecho natural. Además, actualmente correspondería el análisis sobre si es una objeción de conciencia según los requisitos establecidos en la actualidad sobre el presupuesto de pluralidad de sujetos.

Otro de los grandes textos que ha influenciado al conocido mundo occidental es el conjunto de textos de origen canónico considerados fruto de la inspiración divina, la “biblia”. Es innegable mencionar que muchas de las estructuras e instituciones sociales que hoy en día siguen vigentes, tienen su antecedente con las construcciones que planteó la biblia en algún momento histórico, como la propia estructura del Estado, la noción de matrimonio, propiedad, entre otras. Más allá de la controvertida discusión que establece si fueron hechos que sucedieron en realidad o si fueron fruto de la ficción humana, la contribución que generó para la construcción del *hominum occidentis*, es importante para su reflexión y análisis en diferentes campos del conocimiento humano. Por lo que es oportuno revisar algunos casos que guardan relación con la desobediencia por parte de algunos actores, según lo escrito en los principales textos del antiguo

testamento, y, por último, revisaremos el caso de Jesucristo quien para efectos del análisis de la desobediencia civil es interesante su análisis, pero ya ubicado en el nuevo testamento.

En el antiguo testamento, en la parte pertinente al Éxodo, podemos encontrar algunos antiguos pasajes que establecen tres relaciones claras, las leyes o mandatos impuestos por Dios, las leyes o mandatos impuestos por las construcciones sociales del ser humano y los individuos sobre los cuales recaen los mandatos de poder. Estando el pueblo hebreo sometido bajo el régimen egipcio, se generó un contexto de protesta hacia muchas de las decisiones que eran propias de la estrategia de sometimiento político y social, es así como las mujeres tuvieron un rol contestatario relevante cuando el Faraón de Egipto ordenó a las parteras hebreas que quitaran la vida a todos los niños varones, buscando de esta forma evitar que se cumpla la profecía libertaria que tanto temían, siendo quizás uno de los principales antecedentes de lo que hoy conocemos como una de las modalidades de genocidio según el artículo 6 del Estatuto de Roma de la CPI<sup>4</sup>. Sin embargo, las madres hebreas desobedecieron la disposición de las autoridades egipcias que reflejaba el mandato del hombre y obedecieron el mandato de Dios que prohibía quitar la vida de sus hijos; tras vivir oprimidos durante varios siglos el pueblo hebreo en Egipto, surgió la figura mesiánica de Moisés, como un actor que debía cumplir el mandato encomendado por Dios para liberar a su pueblo y guiarlos a Canaán, siendo criado y educado por la corte del Faraón, cumplió los roles de mediador y parte del conflicto, tras impulsar las 10 plagas ejecutadas por Dios, hasta conseguir la anhelada libertad bajo protección divina<sup>5</sup>.

Nuevamente encontramos elementos desobedientes sobre las decisiones del poder del ser humano, siendo característica de la resistencia civil pacífica ante los castigos e intentos de control por parte de la hegemonía egipcia, y aunque hubo la ejecución violenta de las 10 plagas por parte de Dios, hay que volver a señalar que estas según el texto bíblico no fueron ejecutadas o realizadas por un sujeto activo humano, sino por el designio divino, en otras palabras, existió la unión de dos conductas complementarias, la primera es la desobediencia estrictamente pacífica del pueblo

---

<sup>4</sup> Véase en Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Naciones Unidas, Nueva York, 17 de junio de 1998.

<sup>5</sup> Véase en FALCÓN Y TELLA, M. Algunas enseñanzas jurídicas de la Biblia, *Foro Nueva época*, Vol. 17, 2014, No. 2, pp. 281-282.

hebreo, encabezada por Moisés como figura principal, y la segunda, la de ejecución violenta causalista de Dios al no liberar a su pueblo de la opresión.

Podemos encontrar otros casos en el Génesis del antiguo testamento como el de Adán y Eva, primogénitos de la humanidad creados a imagen y semejanza de Dios, desobedecieron el mandato divino al comer el fruto prohibido por Dios y ser posteriormente expulsados del paraíso castigándolos a vivir afuera de él, y transmitiendo el peso del pecado capital a su descendencia; podemos encontrar también la narración de la torre de Babel, la cual corresponde a la construcción de una torre que fuese tan alta que alcance el cielo, Dios molesto por la afrenta de los humanos al querer desestimar el poder divino, los castiga dispersándolos y dándoles lenguas distintas para que no se puedan comunicar; y, por último, tenemos el caso de Abraham quien desestima el mandato divino de destruir la ciudad de Sodoma, a pesar de estar esta descontrolada y en incumplimiento de las normas de convivencia de Dios, manifestando que mientras exista un grupo reducido de seres humanos justos, no se la debería destruir a toda la sociedad<sup>6</sup>.

En todos los casos debemos aclarar que se tratan de incumplimientos de mandatos divinos y no de autoridades y disposiciones de estructuras sociales humanas, en los dos primeros casos no estamos dentro de supuestos morales claramente definidos, es más, pudiéramos decir que los motivos desobedientes de Adán, Eva y el pueblo de Babel están alejados de una moralidad colectiva y se encuentran próximos al individualismo y el egoísmo, caso contrario el de Abraham en el que podemos encontrar una fundamentación de justicia y dignidad humana; por lo tanto, se presentan ciertos elementos que evitan la configuración propia de una desobediencia civil como la conocemos en la actualidad, no obstante, nos pone a colación situaciones muy próximas del ser humano que deben ser valoradas.

Entrando al nuevo testamento podemos ver de cierta forma un cambio paradigmático respecto a la divinidad establecida, se pasa de un Dios castigador y duro, a un Dios reflexivo y de amor. Siendo uno de los grandes personajes de la historia, sobre el cual se han edificado diferentes interpretaciones, disidencias ideológicas, civilizaciones, guerras, y la línea temporal que actualmente tenemos, entre otras

---

<sup>6</sup> Véase en FALCÓN Y TELLA, M. Algunas enseñanzas jurídicas de la Biblia, *Foro Nueva época*, Vol. 17, 2014, No. 2, pp. 282-283.

situaciones, considerado por algunos como un profeta revolucionario de su contexto histórico, y por otros, un falso profeta, es Jesús Cristo de Nazaret, entonces podemos empezar a respondernos una pregunta que ha sido muchas veces formulada: ¿Fue Jesús un hombre rebelde o desobediente?

Para empezar a responder esta pregunta es necesario poner a la luz el contexto histórico en el que se desarrolló como líder y figura de su pueblo. Tras la conquista del Imperio Romano sobre la región de Galilea, Palestina, etc., donde coexistían samaritanos, palestinos, jerosolimitanos y judíos principalmente, entre otros pueblos, oprimiéndolos mediante actos violentos y vejámenes, de corte imperialista en nombre de la “paz y el orden” como el asesinato, imposición de tributos, respeto e imposición ideológica de sus símbolos imperiales como fueron el respeto y admiración de su ejército, costumbres, literatura y dioses; fue el escenario de varias resistencias violentas por parte de los conquistados, lleno de escaramuzas y movimientos populares que eran frecuentes, variados y potencialmente masivos, generando escenarios de insurrección popular, pudiendo ser violentas o no violentas como el caso de Poncio Pilato<sup>7</sup>; según los estudios de Hanson y Oakman en el ámbito antropológico, habían movimientos pre-políticos como ladrones comunes o bandidos, aquellos que no tenían programas reformistas de la política imperial como rebeldes esporádicos, y revolucionarios persistentes, quienes sí tenían intenciones de oponerse al imperialismo.

Estos estudios establecieron que las élites locales estaban aliadas con la ocupación extranjera, existiendo una gran cantidad de grupos pre-políticos y políticos, pudiendo ser estos momentáneos o permanentes que estaban descontentos con distintas capas de la población ocupada, como fueron Ezequías en la frontera con Siria, los bandidos de las cuevas de Galilea, Judas, hijo de Ezequías en Galilea, Asinaios y Anilais en Mesopotamia, Jesús Barrabás en Judea, Tolomeo en Idumea, Eleazar ben Danai y Alejandro en Judea y Samaria, entre otros actores relevantes que, a pesar de su diversidad, compartían el móvil libertario del Imperio Romano y restaurar el orden considerado justo, muy próximo a su cultura de resistencia proveniente del viejo testamento<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Véase en HORSLEY, R. *Jesús y el Imperio. El Reino de Dios y el nuevo desorden mundial*, Editorial Verbo Divino, Navarra, 2003, pp. 20-25.

<sup>8</sup> Véase en HANSON, K.G y OAKMAN, D. *Palestine in the Time of Jesus. Social Structures and Social Conflicts*. Fortress Press, Minneapolis, 1998, pp. 10-20.



Dentro de este contexto se desarrolla la vida de Jesús Cristo de Nazaret, quien fue un hombre rebelde a la ocupación romana, lo cual se puede encontrar en ciertos pasajes del evangelio que lo señalan como líder de Jerusalén en Marcos 27-38, en el que se reconoce a Jesús como el “Mesías” libertador; sin embargo, ha existido cierta intención de ocultar este tipo de pasajes, mediante parábolas o construcciones literarias, por el peligro de escribir o propagar estas ideas en su tiempo, por factores políticos que pudieron ser perjudiciales para los intereses hegemónicos.

Podemos encontrar en esta determinación rebelde de Jesús dos aspectos importantes, la primera ante las autoridades políticas, y la segunda ante las autoridades religiosas. Ante las autoridades políticas existe un personaje que se caracteriza por su oposición ante las medidas represivas impuestas a la práctica de la religión hebrea, además del sistema desigual de tributos y la pobreza existente en su pueblo, siendo él quien encabeza un amplio movimiento religioso, pero también de cambio social y político, rompiendo con el sistema piramidal del orden social romano, buscando fundamentar su discurso de manera amplia en la libertad, trato justo, igualdad, relaciones de mutuo apoyo socio-económico y respeto, con la finalidad de generar inclusión social y una gestión de la política más horizontal, discursos que hasta la actualidad son repetidos o predicados<sup>9</sup>.

En el ámbito religioso encontramos su rebeldía respecto al dogma de su época – aunque en la época no existía el término religión, sino era un fenómeno abarcado por la palabra tradición- que se puede encontrar en Marcos capítulo 7, entre otros pasajes, que Jesús no critica la tradición clerical, sino busca reformarla profundamente cuando estas no se deban a su fin, es decir, cuando no se aproximen al concepto de vida sobre todo reglamento creado por las instituciones o autoridades del ser humano; Jesús es crítico frente a los privilegios mientras existan cuerpos maltratados y personas excluidas que necesitan ayuda, es en este punto donde se encuentra una conexión con lo sagrado, cuestión que no fue aceptada por los tradicionalistas de la época<sup>10</sup>.

Es sobre ese punto que existe una corriente crítica respecto a la configuración de un “Cristo Rey” concebido dentro de un contexto jerárquico vertical, en el que el Cristo

---

<sup>9</sup> Véase en HORSLEY, R. *Jesús y el Imperio. El Reino de Dios y el nuevo desorden mundial*, op. cit., pp. 23-37.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

Rey va a reinar encima de todo y sobre todos, creación que fue un invento de determinados grupos opresores que levantaron a Jesús al panteón de emperadores como si fuera una autoridad<sup>11</sup>. Cuando en realidad, Jesús tuvo un rol distinto, asemejado a un profeta y coordinador social, siendo la única postura de autoridad con características verticales la relación maestro-alumno, pues no se pudo encontrar una institucionalización o estructura vertical que sea mayor. La construcción del Cristo Rey va de la mano con la necesidad de institucionalización teológica por la que transitaba el catolicismo para poder expandirse e imponer un nuevo orden social, cuestión que ya ha sido ampliamente discutida por parte de los historiadores en la construcción de la iglesia católica.

La figura de Jesús ha sido ampliamente interpretada y se encuentra diversificada en diferentes líneas y disciplinas. No obstante, una de las líneas más representativas que se relaciona con la desobediencia civil, y que se encuentra inspirada en el camino de Jesús Cristo, es la “Teología de la Liberación”, siendo uno de sus principales colaboradores Gustavo Gutiérrez –considerado por algunos como gran divulgador-, quien señala que la iglesia como institución de poder, ha tomado una posición conservadora desde la contra reforma como un método de autoprotección por los duros cuestionamientos que han surgido desde el siglo XIX, alejándose de las personas y apegándose a grupos de poder político y económico –apoyados en el sistema capitalista-. La teología de la liberación busca que la institucionalización de la iglesia, sobre todo latinoamericana, tenga cambios radicales al interior y hacia fuera a favor de los más necesitados, en particular respecto a los seres humanos en condición de pobreza y exclusión, teniendo una lucha liberadora que surge del discurso de la práctica del amor y comunidad del evangelio, cuestión que ha sido peligrosa por el alto número de miembros del clero que han sido expulsados, heridos o asesinados por miembros del Vaticano, de los Estados o por grupos extremistas –casos del siglo XX en Colombia, México, República Dominicana, entre otros<sup>12</sup>.

Esta línea claramente tiene una relación parcial con ciertas líneas políticas de izquierda, que buscan una revolución social que modifique las relaciones de poder, tomando en cuenta los conceptos de opresores y explotados de la realidad

---

<sup>11</sup> Véase en CAMPOS, E. *¿Cristo guerrillero o Cristo Rey? La teología de la violencia en Cristianismo y Revolución (1969-1971)*, *Revista Sociohistórica*, 2013, No. 31, pp. 14-16.

<sup>12</sup> Véase en GUTIÉRREZ, G. *Teología de la liberación*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1975, pp. 21-26.

latinoamericana para balancear la política y económicamente al continente americano de tanta pobreza. Bajo estas líneas se empiezan a configurar estrategias que rebasan la desobediencia civil entrando al campo de la protesta social violenta y la configuración de grupos armados o guerrillas, tal como fue el caso del cura guerrillero Camilo Torres Restrepo de nacionalidad colombiana con su doctrina del “amor eficaz”, que abre la puerta para materializar la posibilidad del ejercicio de la violencia redentora<sup>13</sup> que mezcla conceptos del cristianismo y marxismo, rompiendo el esquema que establece como correcto aplicar la violencia cuando la ejercen los grupos de poder dominante, y determinándola como errónea cuando es aplicada sobre los dominados, línea fundamental que práctico al ser comandante del Ejército de Liberación Nacional de Colombia o ELN.

En África han existido múltiples casos de desobediencia civil y de protesta social violenta –en este último caso, todavía no han parado-, los cuales han podido ser identificados con mayor intensidad a partir de la colonización europea que se dio sobre tan inmenso continente. Así, como fue el caso de la India y Mahatma Gandhi que conoció en carne propia la discriminación y el sistema desigual que vulneraba la dignidad de los colonizados en Sudáfrica, país en el que trabajó por casi 20 años, siendo este el territorio donde tuvo su maduración intelectual y espiritual.

De esta manera, y con estos antecedentes que fueron desarrollados por el *African National Congress* o ANC, se estableció la lucha por la igualdad y dignidad en todo el continente africano, tal como se procederá ampliar respecto al caso sudafricano, con un personaje histórico como fue Nelson Mandela, también conocido como *baba* –padre- o *madhiba* –guía-. Sin duda fue uno de los personajes políticos más emblemáticos del siglo XX que luchó contra el régimen de *apartheid* que fue duramente ejercido por los gobiernos colonizadores, quienes persiguieron de manera selectiva y procesaron injustamente en el ámbito penal a un gran número de desobedientes, y a Mandela en durante los gobiernos sudafricanos de Krueger y Botha, que buscaron mediante suculentas “tentaciones” o chantajes, cambiar la libertad de *madhiba* por salir públicamente ante los medios y calmar a los diferentes movimientos sociales, cuestión que fue enérgicamente rechazada bajo el argumento de que su libertad no puede ser negociada frente a la libertad de todo un pueblo –fue en la cárcel donde la construcción

---

<sup>13</sup> Véase en CAMPOS, E. ¿Cristo guerrillero o Cristo Rey? La teología de la violencia en Cristianismo y Revolución (1969-1971), *op. cit.*, pp. 2-5.

personal e ideológica de Mandela fue consolidada-; es indispensable precisar que un pilar fundamental de la estrategia que incentivó a Mandela para enfrentar el régimen segregacionista fue la no violencia como una práctica habitual de protesta, también, en parte, por el nivel violento de represión solo comparable con los regímenes fascistas y nacional socialistas<sup>14</sup>. Siendo preocupante el nivel de represión y de vulneración sistemática de manera generalizada de los derechos humanos de las personas discriminadas por su color de piel que se hicieron eco a nivel internacional, a pesar de que el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información como redes sociales, aun no estaban presentes.

Para *madhiba*, la lucha que ejercía no era cuestión de venganza o cercana al revanchismo político, en realidad, era una cuestión de dignidad humana en un sentido horizontal y amplio, se pudiera confundir con facilidad que su postura era invertir la carga política por cuestiones raciales o por color de piel, sino lo contrario, planteó una estrategia de unión de luchas sin importar el color de piel y de trabajo por eliminar la discriminación racial en todas sus formas<sup>15</sup>. Esta idea que construyó de manera especial durante su largo periodo de encierro permitió que en su ejercicio, como primera autoridad del poder ejecutivo de Sudáfrica, se intentó construir un ambiente lo más pacífico posible en términos políticos y sociales.

Las acciones planteadas por el ANC dirigidas por el presidente Luthili y organizada por Tambo, Sisulu y Mandela que inició con la denominada “Campaña de desafío” o “Campaña de desacato” en 1952, tuvo como finalidad llamar la atención y reclutar de manera masiva la mayor cantidad de personas para que se unan a su causa, estos actos fueron encabezados por Mandela quien recorrió el país desafiando las leyes segregacionistas, junto con 8.500 voluntarios; en el mes de enero de 1957 se generaron movimientos de desobediencia civil por el aumento de las tarifas de transporte, a pesar de no ser convocadas por el ANC, sino por comités vecinales, africanistas y radicales de izquierdas, teniendo el apoyo posterior de la ANC y siendo uno de los eventos más representativos; en el año de 1959 el Congreso Panafricanista o PAC, separado de la

---

<sup>14</sup> Véase en MASSÓ, E. La desobediencia civil como forma de participación política [cuando la rebeldía es un deber porque la discrepancia no es un derecho], *Revista Theoria*, Vol. 16, 2007, No. 2, pp. 18-19.

<sup>15</sup> Puede verse en su obra MANDELA, N. *Un camino nada fácil hacia la libertad*, Zanzíbar, España, 1964.

ANC por motivos radicalistas al no querer personas de color blanco en sus filas, generó la “Campaña contra los pases”, que discriminaban y limitaban su libre movilidad al pueblo africano por su color piel, el cual terminó con una criminalización, represión brutal y encarcelamiento por parte de las fuerzas del orden imperante, limitando derechos políticos para las personas no blancas, momento en el que se empezaría a reformular la naturaleza pacífica del ANC y se abriría un brazo armado limitado –para boicots o actividades análogas, con respeto a la integridad física- como respuesta a las circunstancias políticas apremiantes de la época, liderado por Mandela<sup>16</sup>. Esto no quiere decir que la decisión de la ANC era que se generen grupos abiertamente violentos con una estructura guerrillera para vencer a las instituciones armadas del Estado, sino que la violencia se debía ejercer bajo un sentido estricto para la desarticulación de la violenta represión y de propaganda.

Pasando al siglo XXI encontramos el controversial caso de Edward Snowden, quien trabajando en la *National Security Service* -NSA- como experto muy bien remunerado, y teniendo una vida casi exclusiva en Hawái, decidió revelar información sobre la vigilancia realizada por el gobierno de los Estados Unidos de manera masiva mediante los programas PRISM y XKeyscore, los cuales permiten obtener información de grandes compañías de internet e interceptar comunicaciones electrónicas y dispositivos electrónicos. Causando gran revuelo y opiniones controvertidas por sus acciones, considerándolo héroe de libertades por algunos y traidor por otros, pone al descubierto un escenario interesante respecto a la desobediencia civil que involucra a las nuevas tecnologías de la información y el espionaje, este tipo de acciones realizadas por activistas cibernéticos, se han denominado como *desobediencia digital*, término acuñado por Scheuerman y otros autores, sobre el fenómeno de la desobediencia dentro de contextos postnacionales y las grandes privatizaciones en sectores como la seguridad nacional<sup>17</sup>.

Además, se revelaron detalles durante su persecución penal, la cual se manifestó con anterioridad que era inminente, como la firma de acuerdos de confidencialidad con el gobierno sobre la información clasificada. Sin embargo, él afirma que no realizó

---

<sup>16</sup> Véase en MASSÓ, E. La desobediencia civil como forma de participación política [cuando la rebeldía es un deber porque la discrepancia no es un derecho], *op. cit.*, pp. 15-16.

<sup>17</sup> Véase en SCHEUERMAN, W. *Desobediencia civil*. Alianza editorial, Madrid, 2018, pp. 238-239.

dichos actos con motivos de desestabilizar o destruir a la NSA, sino con el objetivo de que la NSA realice su trabajo apegado a los límites legales y constitucionales; por lo tanto, siguiendo algunas de las características propias de la desobediencia civil, reconoce que hay normativas superiores que van encima de cualquier contrato civil o de confidencialidad, siendo necesario en este caso desobedecerlos<sup>18</sup>. Formando parte de un grupo más amplio de investigadores e insurrectos del internet que buscan revelar información sensible que afectan a las libertades ciudadanas de manera indiscriminada, e inclusive, por intereses mercantiles que se alejan de las actividades estatales de seguridad y orden, muchos de ellos denominado *hackers* o los activistas digitales, tal como es el caso de colectivos como “Anonymus” que buscan revelar información de grandes corporaciones privadas que buscan vigilar a grupos considerados “peligrosos”, tal como en el caso de Jeremy Hammond<sup>19</sup>.

Para concatenar como desobediencia civil a la conducta de Snowden hay que valorar la definición que estableció John Rawls a la desobediencia civil como un acto público de conciencia de carácter político, que es contrario al ordenamiento jurídico con la finalidad de lograr un cambio en la ley o política de un gobierno<sup>20</sup>. Claramente la conducta de Snowden se fundamenta, según sus manifestaciones públicas y un análisis fáctico, en una objeción de conciencia, buscando transparentar las gestiones de vigilancia que realizaba la NSA sobre la población civil en detrimento de las garantías constitucionales. Para Rawls en este caso, existe una ampliación sobre el presupuesto de pluralidad de sujetos, pues, establece que, en la desobediencia civil, todos los sujetos son objetores de conciencia. Es un hecho que la realidad que se pensaba en la época de Rawls y otros autores no es la misma, y seguramente si hubieran tenido la oportunidad de realizar un ejercicio material del análisis actual, sería muy probable la modificación o reconstrucción de los requisitos de la desobediencia civil.

Se puede decir que los actos de Snowden no son violentos ni desobedientes pero se encuentran justificados mediante el amparo de principios superiores, su finalidad ha

---

<sup>18</sup> Véase en GELLMAN, B. *Edward Snowden, after months of NSA revelations, says his mission's accomplished*. The Washington post, 23 de diciembre 2013. Recuperado de: [http://www.washingtonpost.com/world/national-security/edward-snowden-after-months-of-nsa-revelations-says-his-missionsaccomplished/2013/12/23/49fc36de-6c1c-11e3-a523-fe73f0ff6b8d\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/world/national-security/edward-snowden-after-months-of-nsa-revelations-says-his-missionsaccomplished/2013/12/23/49fc36de-6c1c-11e3-a523-fe73f0ff6b8d_story.html).

<sup>19</sup> Véase en SCHEUERMAN, W. *Desobediencia civil, op. cit.*, pp. 246-256.

<sup>20</sup> Véase en RAWLS, J. Definition and justification of civil disobedience, en Hugo Adam Bedau (ed), *Civil Disobedience in Focus*, Routledge, Londres, 1991, pp. 103-110.

sido, sin dudas, la de buscar una reforma pacífica de las duras políticas gubernamentales de defensa –muchas veces en la práctica son de ataque- y persuadir a los actores políticos corregir las injusticias que se cometen; y, por lo tanto, no caer en afirmaciones simplistas que establecen que la ley debe cumplirse porque es la ley, lo cual alegan muchos de sus detractores, además, suelen manifestar que puso en peligro la vida de las personas por incrementar la posibilidad de ataques terroristas catastróficos, lo cual carece de evidencia y ha sido descartado inclusive por un juez conservador<sup>21</sup>.

Muchas veces los actos de los desobedientes, aun careciendo de violencia, son interpretados como un hecho generador de violencia futura. Estas ideas se forman en realidad sobre hechos que son futuros e inciertos, en otras palabras, se deja que el pensamiento incierto crezca sin fundamento válido, puesto que las posibilidades son muy amplias y abstractas. Ni siquiera estamos frente a un esquema estadístico de probabilidades y se emiten juicios contruidos desde los beneficios políticos de la ley y el orden.

Otro punto importante sobre este caso que se revela es sobre el castigo. Se puede afirmar que gran parte de los desobedientes aceptan las penas como fruto de su conducta, es así como podemos ver los casos de Gandhi y Luther King, cuestión que no se puede afirmar en el caso de Snowden por su huida a Rusia. Sin embargo, se debe analizar los siguientes puntos<sup>22</sup>:

- Las penas que se aplican en el caso de Snowden son draconianas, y, por lo tanto, evidentemente desproporcionales. Aunque gran parte de los entendidos en la materia establecen que, mediante la aplicación del castigo se complementa de manera eficiente el sentimiento de solidaridad y empatía del desobediente, también vuelve pública la desproporcionalidad del castigo para que este entre en discusión y desafíe sus fines disuasorios. Además, si bien no ha sido sancionado de manera judicial, se le ha impuesto medidas que de una u otra forma representan un castigo, como no poder volver a su país para ver a su familia o amigos, y la denegación de asilo en otros países, afectando su libre movilidad y tránsito.

---

<sup>21</sup> Véase en SCHEUERMAN, W. Edward Snowden: Desobediencia civil para una era de vigilancia total. *Revista Signos Filosóficos*, Vol. XVI, 2014, No. 32, pp. 162-166.

<sup>22</sup> *Ídem.*, pp. 169-176.

- Snowden ha admitido que ha quebrantado la legalidad e inclusive ha manifestado su voluntad de someterse a un juicio que sea justo, nunca ha sido partidario de que sea exonerado o de concederle impunidad de sus actos, por lo que dentro de sus alternativas al no tener un sistema judicial garantista e independiente, prefirió tomar la vía del asilo político, siendo su tarea en esta materia el fomentar una red legal global y de derechos humanos más fuerte para la protección real de datos e información personal.

En conclusión, la objeción de conciencia de Snowden aún queda en debate para algunos, sobre si en realidad es o no un desobediente civil. No obstante, podemos observar que sus actos se encuentran relacionados a una finalidad colectiva y apegada a los principios en materia de derechos humanos, en otras palabras, respecto al derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. Sin duda, aún habrá mayor análisis que realizar y el caso sigue abierto, sumándose a otros hechos relevantes que se dieron en la última década en Estados Unidos y que guardan cierta similitud con los casos de Thomas Andrew Drake y Bradley –ahora Chealse- Manning.

## **II. LEGITIMIDAD VS LEGALIDAD: REFLEXIONES DESDE LA FILOSOFÍA JURÍDICA SOBRE LA PROTESTA SOCIAL**

En el derecho no es nueva la discusión entre legitimidad y legalidad para efectos de una norma, cuerpos normativos, o de manera más profunda, de la filosofía propia del derecho. Podemos encontrar diversas opiniones o perspectivas respecto a la legitimidad o legalidad, dependiendo de las condiciones históricas, sociales y políticas, así como de las diferentes líneas o tradiciones jurídicas que tenga un determinado sistema en el ámbito jurídico. Primero se comenzará a revisar desde una perspectiva general y apegada a las principales corrientes del derecho y demás ciencias sociales relacionadas con el concepto de legitimidad, para después seguir con el de legalidad. Las cuales inciden para todo jurista o persona vertida en la materia, su comprensión y posterior toma de postura sobre lo que se considera desobediencia civil o protesta social violenta.

Sin embargo, antes de entrar a reflexiones más profundas sobre estas dos instituciones jurídicas horizontales, es menester revisar de manera contextual desde la



filosofía del derecho, los fundamentos o las bases de cómo se comprende y aplica la legitimidad y legalidad en la práctica del derecho, como son, en especial, las corrientes de pensamiento iusnaturalistas e iuspositivistas del derecho. Es el momento de separarse un poco de la visión práctica y mercantilista del derecho, en otras palabras, de la enseñanza mecánica del derecho para formar abogados, que, en realidad, operan como un mero ejecutor formal, y profundizar que el derecho es mucho más que una profesión técnica, es un instrumento del poder o del control social. Siendo en ese punto la filosofía del derecho la partida hacia la formación del jurista, que busca establecer un criterio propio y sustentado para poder conocer o juzgar más allá de los aspectos formales o técnicos<sup>23</sup>.

El iusnaturalismo o las posiciones provenientes del concepto de ley natural, según establecen algunos autores, corresponden a una vinculación histórica entre la divinidad y las normas de comportamiento. Es así como podemos encontrar que se menciona a la denominada ley natural, como en el caso de Platón, que mencionaba que todo gobierno es un servidor de la ley natural y no de las leyes del hombre, pudiendo encontrar varios aportes que aún perduran en la filosofía griega, tales como que la ley natural emana de una divinidad para regular a los seres y el cosmos, además, se reconoce que puede haber conflictos en los procesos de enjuiciamiento humano entre la ley natural, la ley positiva y el hombre; para San Agustín y Santo Tomás, existe una modificación en el entendimiento del derecho natural sobre la concepción de los patricios escolásticos, estableciendo que Dios le otorgó al ser humano en su esencia una ley propia, reflejo de la ley natural divina, que emana internamente de su ser y que es inmutable, he aquí un aporte importante de San Agustín cuando establece que es injusta la ley terrenal que contraviene la ley eterna<sup>24</sup>.

Por lo que en esta encrucijada que establece al humano, ley positiva creada por él y el respeto a ley natural, que suelen plantear una serie de escenarios a discusión, sobre todo, cuando esta corriente presupone el criterio superior y abstracto de justicia. Toda norma positiva que vulnere a la ley natural carece de valor, pero la dificultad que presenta este sistema iusfilosófico radica en la hermenéutica sobre la ley natural

---

<sup>23</sup> Véase en PRIETO, L. Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, No. 4, p. 603-608.

<sup>24</sup> Véase en HANISCH, H. Principales hitos de la historia del iusnaturalismo, *Revista chilena de derecho*, Vol. I, 1974, pp.158-160.

transgredida, corriendo riesgo por la facilidad de caer ante escenarios ampliamente subjetivos por parte de los sujetos que deben tomar una decisión al respecto.

Para autores como Fichte que establecen que el derecho natural tiene una noción de derecho originario, el cual corresponde a la personalidad libre e indisoluble del mismo; y, que es un derecho innato perteneciente al ser humano en virtud de su personalidad, por lo tanto, no corresponde a la lógica de los derechos adquiridos, y no puede ser limitado por normas del derecho positivo, inclusive, es imposible renunciarlo, coincidiendo con Kant que indica que un derecho originario como la libertad no puede restringirse por la manifiesta contradicción, pues aquel que lo afirmaría dejaría de estar en condiciones de poder afirmarlo<sup>25</sup>. El derecho natural forma parte del ser humano en diferentes aspectos como la libertad, dignidad, justicia, entre otros, siendo irrenunciable e inalienable según esta postura, buscando protegerlo de abusos de terceros o auto vulneraciones que se suelen muchas veces justificar por decisiones que fraudulentamente se esconden bajo la autonomía de la voluntad, como contratos de explotación o esclavitud “moderna” de personas, que de manera directa, no pueden ser reconocidos como negocios jurídicos válidos, pero que para efectos prácticos, poseen una aparente y transitoria eficiencia.

Es evidente el conflicto existente entre el positivismo y el naturalismo, si revisamos en otras épocas como en el Renacimiento, podemos encontrar que el iusnaturalismo fue importante para poder rescatar las ideas humanistas, que estableció que la ley natural puede ser un límite para la tiranía de los gobernantes al no respetar al ser humano, discusiones que aún son planteadas en la actualidad cuando existen normas positivas que permiten el cometimiento de actos evidentemente injustos, por más que estas sean expedidas por una autoridad competente. Si revisamos las dictaduras o las grandes represiones por parte de los diversos Estados en nuestra modernidad, encontraremos que el principal instrumento del poder público de la época era la legalidad, siendo normas o disposiciones de carácter imperativo las que facultaban el exterminio, asesinato, tortura o represión de las dictaduras de países como Chile o Argentina, o el enigmático caso de la Alemania Nazi que aún sigue siendo ejemplo de

---

<sup>25</sup> Véase en CUBO, O. Entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, La doctrina del derecho de Fichte de 1796, *Contrastes Revista Internacional de Filosofía*, Vol. 19. 2014, No. 3, pp. 14-20.

debate cuando se analiza desde el ámbito penal o criminológico el seguir los actos encaminados porque “la ley es la ley”.

Es por esto que el iusnaturalismo se ha encargado de trabajar algunos conceptos de manera particular, como es el caso de la justicia, la cual la trata como “dar a cada cual lo suyo”, implicando por lo tanto un juicio de valor sobre la naturaleza humana y el juicio negativo de los justo, como “no dar a cada uno lo que le corresponde”; el derecho natural y sus diversas corrientes relacionadas como el derecho a priori, recalcan que existe una legalidad transcendente que sobre pasa la normativa que expresa el orden armónico de la naturaleza que encausa las conductas para alcanzar la justicia<sup>26</sup>. La cual se establece como un limitante superior cuando la normatividad creada por el ser humano no guarda armonía con esta, en otras palabras, cuando se crea una desarmonía jurídica en contra de lo humano.

Con el planteamiento de los derechos humanos, como un limitante producto de la creación humana para el poder estatal y económico interesado, se estableció un complejo sistema normativo inspirado significativamente en dos puntos, en el materialismo histórico del sufrimiento y en el espíritu humanista. El iusnaturalismo encontró cabida en la formulación de los derechos humanos, sobre todo bajo el denominado “planteamiento iusnaturalista de los derechos humanos” que manifiesta la relación íntimamente deontológica que tiene la propia noción de estos derechos, que si bien se encuentran positivadas bajo una normativa estándar, no se queda en el mera lectura de la norma, sino que su interpretación tiene un margen amplio y filosófico de fondo; aunque existan ciertos críticos a esta relación entre derecho natural y derechos humanos como Manuel Atienza, que según los comentarios de Pérez Luño establece que los derechos humanos en el plano teórico puede invocar y fundamentar ética al margen del derecho natural; y, en el plano práctico, motivado por el carácter involucionista y reaccionario, influyendo en las posturas tomistas que son contrarias al carácter emancipatorio y progresista de los derechos humanos. Otros pensadores como Murgueza, establecen que el derecho natural no tiene patrimonio exclusivo sobre los valores éticos que fundamentan su origen, es más, que las exigencias morales de los

---

<sup>26</sup> Véase en CONTRERAS, S. Fenomenología jurídica y derecho natural, Iusnaturalismo clásico y doctrina apriórica del derecho, Eikasía Revista de Filosofía, 2008, No. 21, pp. 72-75.

derechos humanos son una fase previa a la positivización, y, por lo tanto, es mejor alejar el iusnaturalismo de su conformación<sup>27</sup>.

A pesar de las afirmaciones antes mencionadas, Pérez Luño debate estas posiciones estableciendo que los derechos humanos no son normas solamente morales, sino que se encuentran positivadas, fruto del mérito histórico del iusnaturalismo que se encuentra en la reivindicación constante del derecho, buscando alcanzar un derecho justo. El iusnaturalismo no tiene el monopolio de los valores éticos, como bien se señala, pero si debe ser reconocido que ha permitido defender jurídicamente los valores humanistas como la dignidad y ciertas pautas axiológicas. Por último, es pertinente señalar que el iusnaturalismo para efecto de los derechos humanos, busca frenar la concepción “pura” del positivismo, la cual intenta desconocer el camino reivindicativo que se encuentra plasmado, el derecho natural ha contribuido con dos aportes sustanciales, el primero, al aportar bajo su desarrollo histórico y formar en la sociedad un ideal de racionalidad; y, el segundo, enseñar que se puede vivir en una sociedad y con un Estado en el que la ley no sea producto de la fuerza o el arbitrio del ser humano, sino de la esencia que lo convierte en humano<sup>28</sup>.

Por lo que el valor del derecho natural también tiene características limitadoras, sobre las cuales se puede hacer el control de las actuaciones injustas, por la creencia de un valor supremo, lo cual, si bien corresponde a un idealismo o a caracterizaciones metafísicas, estas han sido de importancia en los momentos más oscuros de la humanidad, pero al mismo tiempo, han podido cortar las libertades y suprimir derechos en su mismo nombre.

En el ámbito jurídico, el positivismo ha sido reconocido por sus famosos representantes tales como Augusto Comte y Hans Kelsen, este último autor del libro *Teoría pura del Derecho o reine Rechtslehre* en el que plantea que se debe considerar al derecho en su sentido literal, absteniéndose de cualquier interpretación o valoración al respecto de la norma; no debe haber por lo tanto distinciones entre derecho objetivo o subjetivo, público o privado, gradualidades o matices<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Véase en PÉREZ LUÑO, A. Iusnaturalismo y derechos humanos, *Araucaria: revista iberoamericana de filosofía, política y humanidades*, 2000, No. 4, pp. 6-7.

<sup>28</sup> *Ídem.*, pp. 10-19.

<sup>29</sup> Véase en DEL VECCHIO, G. Filosofía del Derecho en compendio, *Anuario de filosofía del derecho*, 1961, No. 8, pp. 36-39.

Para Kelsen existe un antagonismo claramente identificado entre el derecho natural y el positivismo jurídico. Consideraba de manera plena que el derecho natural es “metafísico” y fue una fase primaria idealista del derecho que se fundamentó en el arbitrio humano. Mientras que el derecho positivo es científico y es fruto de los actos materializados de la voluntad de los seres humanos, mediante una legislación legítimamente popular y la costumbre. El iusnaturalismo tiene una proximidad moral que forma parte de su arbitrio y que puede confundirse, su origen claramente religioso y metafísico de los siglos XVII y XVIII, y volvió a tomar fuerza después de dos guerras mundiales. Por el otro lado, el positivismo jurídico como teoría científica, solo puede considerar a las normas como producto de la voluntad humana, siendo mutables, a diferencia del naturalismo, que considera que son inmutables por ser naturales, por eso, el derecho positivo se modifica a lo largo del tiempo y se adapta a los diversos contextos, debe pasar por unos filtros de legalidad y de competencia para que pueda ser válida<sup>30</sup>.

Por lo que para Kelsen uno de los problemas crónicos del derecho natural es la incertidumbre, no se puede tener seguridad si se realizan interpretaciones constantes sobre normas naturales, dejando libre a la interpretación, dependiendo del o los sujetos que tienen la potestad de decisión; mientras que en el método positivo hay un proceso de creación de la norma que le da validez, y en cierta forma legitimidad –dependiendo de su procedimiento de promulgación-, dándole seguridad sobre a quienes se les aplican las normas. He aquí uno de los principales argumentos del principio de seguridad jurídica, que por lo menos, en materia penal es de los más importantes en conjunto con el principio de tipicidad.

Kelsen establece que la doctrina del derecho positivo no tiene como su única pretensión, el ser reformista o conservadora, porque estaría caminando más allá de la ciencia del derecho y pasaría a ser un instrumento político, que debe ser limitado para que tenga una sola finalidad, sirviendo a la verdad y siendo responsable la autoridad que crea el derecho, buscando mantenerlo. Además, califica de conservadora la corriente naturalista, pues ha servido como justificante de la politización del derecho y de diferentes ordenamientos jurídicos o decisiones de autoridades, que se extralimitan para

---

<sup>30</sup> Véase en KELSEN, H. La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico, *Revista jurídica de Buenos Aires*, 1961, No. 4, pp. 190-194.

reprimir, careciendo de esta forma de normas que sean generalmente válidas por su aprobación popular, y que no dependan de las circunstancias políticas o económicas del momento<sup>31</sup>. No obstante, tampoco se ha establecido que el derecho positivo sea la corriente inmaculada de la manipulación política, es más, bajo un análisis histórico de Latinoamérica, los caudillos han sido políticamente estrategias en tomar a las instituciones para poder legitimar su intervención y plasmarlas en el derecho positivo, sea con carácter general o específico, sin recurrir al espíritu naturalista con frecuencia.

El neopositivismo o positivismo lógico, como también lo conocen los autores seguidores y que trabajaron en nuevos postulados sobre el positivismo en el siglo XX, fue impulsado por el círculo de Viena y establece que solo son significantes las proposiciones empíricas y lógicas, las que no guardan estas características deben ser descartadas y desechadas. Estos autores querían cambiar la filosofía y la forma de entender y crear el derecho. Nahn, Neurath y Carnap han establecido que esta filosofía se declara abiertamente anti metafísica por ser una aberración al pensamiento lógico por sus errores, buscando revivir las ideas del pensamiento kantiano; para el círculo de Viena, la proposición es lógica y significativa cuando puede determinarse qué circunstancias en el mundo la hacen verdadera y cuales le harían falsa<sup>32</sup>. Siendo acreedora en su tiempo de la denominación de filosofía “revolucionaria”, por querer cambiar las relaciones y la forma como concebir las ciencias sociales y jurídicas, que hasta ese momento tenía una gran tradición iusnaturalista.

Como bien señaló Atienza, el denominado neopositivismo corresponde a una adaptación del positivismo en cada época, en sus diferentes versiones como una variante del estilo intelectual dominante. Respondiendo también al entramado histórico y condiciones socio-culturales vigentes para cada momento histórico, que no suprimen la incontestable continuidad diacrónica que tienen entre ellas. Finalmente, se caracteriza por una valoración de la lógica, lo cual lo distingue del empirismo tradicional, por tanto, este aporte no fue profundizado por Comte como un positivista clásico, pero si por los neopositivistas que han establecido un método científico general<sup>33</sup>. El positivismo por tanto es una filosofía del derecho adaptable a los cambios temporales y sociales,

---

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Véase en NUBIOLA, J. Neopositivismo y filosofía analítica: balance de un siglo, *Revista Acta Philosophica*, Vol. VIII, 1999, No. 2, pp. 3-7.

<sup>33</sup> Véase en ATIENZA, M. Positivismo y neopositivismo. *Anales del Seminario de Metafísica*, 1991, No. 25, pp. 143-147.

tomando formas innovadoras y buscando una generación del derecho apegada a la lógica científica. Ahí está su plus valor teórico que ha permitido, en la práctica, que sea una de las filosofías del derecho que más se ha reproducido en el mundo entero, pero, sobre todo, en Latinoamérica.

Por último, hay que mencionar que existen otras escuelas o corrientes del pensamiento filosófico del derecho<sup>34</sup>, siendo algunas de las más destacadas:

- La filosofía inglesa del derecho utilitarista, representada por los trabajos de J. Bentham y J. Stuart Mill, que se fundamentó en la teoría de la evolución de las especies de Darwin y de los escritos de Spencer. Se sostiene en un sentido hedonista del utilitarismo, en el que los pueblos y los individuos luchan por la vida, siendo los menos adaptados eliminados y los adaptados los sobrevivientes, es decir, las estirpes incapaces del orden y disciplina tienden a desaparecer.
- La escuela libre del derecho o de libre creación del derecho representada por H. Kantorowicz, sostenía que no es necesario que el juez tenga la obligación de atenerse a la norma jurídica, solo basta con su prudente arbitrio para la solución del conflicto.
- En Estados Unidos podemos ver las escuelas que provienen de la tendencia de reacción contra el formalismo y el conceptualismo abstracto, buscando revisar la praxis del derecho en la vida social, representada por autores como J. Dewey y en las obras de O.W. Holmes y K.N. Llewellyn.
- A la escuela crítica del derecho del Instituto de Investigaciones Sociales de Frankfurt, pertenecen algunos pensadores como Jurgen Habermas, Herbert Marcuse, entre otros. Dentro de una línea hegeliana-marxista, esta escuela establece una crítica a la racionalidad instrumental. Según Horkheimer el derecho debe ser más amplio y buscar una relación más próxima con el individuo, sociedad, historia y cuestionar las corrientes dominantes que inciden

---

<sup>34</sup> Véase en DEL VECCHIO, G. Filosofía del Derecho en compendio, *op. cit.*, pp. 27-43.

en esta separación<sup>35</sup>. Dicha escuela ha tenido un interesante desarrollo en Latinoamérica con aportes epistemológicos propios.

Toda vez que se han revisado algunas corrientes filosóficas del derecho que inciden de manera directa sobre el entendimiento y conceptualización sobre la legalidad y legitimidad, podemos empezar a profundizar dichos conceptos. La protesta social, sea en su forma pacífica como desobediencia civil o violenta, puede ser más o menos legítima, y en algunas legislaciones, más o menos legal, todo dependerá de las diferentes tradiciones, cultura e historia en donde se está realizando el fenómeno.

### **Legitimidad**

La legitimidad puede ser entendida en materia jurídica bajo dos conceptualizaciones. La primera corresponde al ámbito formal que establece que toda norma para ser legítima debe expedirse de acuerdo con los parámetros normativos que establece la Constitución de un determinado país, más aún en materia penal. Por el otro lado, como segundo elemento, se habla de una norma legítima en sentido material, cuando se discute la motivación de la normativa, si es en materia penal, el sentido de la conducta criminal y la pena; puesto que, con la finalidad de proteger un interés social, se limita o reprime el libre desenvolvimiento de las conductas individuales. Si existe este limitante por la finalidad antes mencionada, se tendrá entendido que existe una legitimidad material *prima facie*<sup>36</sup>.

Ahora bien, en el primer supuesto estamos frente al escenario que sea el ente legítimo o soberano del Estado quien le extienda la legitimidad a la normativa para que está no provenga de una entidad menos representativa o participativa, dependiendo del modelo democrático existente, para evitar que la normativa contenga un defecto en su expedición por ser perteneciente a una determinada facción social aislada. En el segundo supuesto, nos encontramos frente a la necesidad de que la norma contenga un alto grado reflexivo, y, por lo tanto, que tenga la motivación suficiente en miras de responder a una necesidad protectora social. Caso contrario la limitación o supresión de

---

<sup>35</sup> Véase en MESQUITA SAMPAIO DE MADUREIRA, M. La teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt, de la primera a la tercera generación: un recorrido histórico-sistemático, *Revista RIFP*, 2009, No. 34, pp. 194-200.

<sup>36</sup> Véase en BERNATE, F. *La legitimidad del derecho penal*. Editorial Grupo Ibáñez, Bogotá, 2007, pp. 10-25.



la libertad puede degenerar en normativa abusiva o arbitraria, siendo un caso común el caer en supuestos de criminalización injustificada.

La legitimidad en las relaciones e instituciones políticas pasa a ser un punto fundamental para el reconocimiento y aceptación de su ejercicio. Sin legitimidad la propia noción de Estado, las autoridades y los funcionarios públicos carecerían de sentido. Si centramos el objeto de estudio a la legitimidad democrática, podemos encontrar que, para pensadores como Locke, la misma consiste en la entrega del poder necesario para cumplir los fines del pacto original a la mayoría de la sociedad. Se reconocen dos tipos de legitimidad, la primera, consiste en que la legitimidad tiene origen en la mayoría del pueblo, y la segunda, que el ejercicio del designio del pueblo está limitado solo para realizar lo establecido en el pacto original. En Rousseau podemos encontrar que relaciona este concepto con la justicia y la libertad en su obra el *Contrato social*, reconociendo que para que un Estado sea legítimo, este debe corresponder a la voluntad del pueblo hasta tal punto que se vuelva una con la voluntad del Estado, pues el pueblo termina siendo el soberano, por lo que el contrato social es un pacto de unión, no de sumisión, siendo la ley una expresión de sus organismos originarios<sup>37</sup>. Se puede decir que la legitimidad tiene un gran trasfondo democrático, por un lado, la legitimidad proviene del reconocimiento y designio de las mayorías populares, por el otro lado, este designio se encuentra sometido a lo establecido en el contrato social, puesto que no deja de ser más allá de un medio y no un fin para alcanzar el desarrollo integral que la sociedad se plantea.

Podemos encontrar otras nociones respecto a la legitimidad, las cuales ya fueron planteadas por Max Weber al analizar sobre la legitimidad como un elemento que sobresalta por la voluntad y no por la coacción del ejercicio del poder, estableciendo que la legitimidad puede dividirse en tres tipos fundamentales<sup>38</sup>:

- Legitimidad carismática: se fundamenta en el poder personal del sujeto, que tiene un prestigio casi sagrado. Es común en líderes y personas políticas que han tenido capacidades extraordinarias.

---

<sup>37</sup> Véase en LÓPEZ, J. El concepto de legitimidad en perspectiva histórica, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 2009, No. 18, pp. 156-158.

<sup>38</sup> Véase en D'ORS, A. Legitimidad, *Revista chilena de Derecho*, 1979, Vol. 8, pp. 41-43.

- Legitimidad tradicional: depende del transcurso del tiempo. En este supuesto se toma en cuenta inclusive las costumbres que se dan.
- Legitimidad racional: proviene del sistema democrático, el cual se encuentra regulado por normas y entidades que forman parte de la arquitectura institucional del Estado.

Podemos encontrar estos tipos de legitimidad en abundancia, en algunos casos, entre personas naturales, personas jurídicas del sector público o entidades privadas, y que muchas veces las vemos reconocidas en el diario vivir. Por ejemplo, si conocemos a una persona muy carismática y de un prestigio casi intachable que está como candidato a un cargo público, podemos entender que estamos frente a una legitimidad carismática, pues ¿Quién puede dudar de él?; también podemos encontrar el caso de un concejo de ancianos, que toman las decisiones y se presumen su legitimidad por el paso del tiempo de sus miembros y del concejo que opera bajo un contexto cultural; y en el último caso, podemos decir que las entidades con características legislativas como las asambleas, parlamentos y congresos, si cumplen su normativa y procedimientos, sin duda gozarán de una legitimidad racional dentro del contexto democrático.

Para el autor Turín Alexandre Passerin D'entreves, según comenta D'ors, la legitimidad es la base de la sociedad para poder ejecutar la garantía del libre desarrollo de la personalidad humana, siendo en el campo político lo mismo que el derecho natural en lo jurídico. Esto pasa a ser un punto importante al momento de analizar los derechos humanos y su procedencia, pues para efectos de esta línea, en los derechos humanos existe una relación política, más que naturalista sobre su pertinencia<sup>39</sup>.

Se establece de esta forma un concepto distinto y más restrictivo sobre la legitimidad, pues en este caso se encuentra atada a la garantía del libre desarrollo de la personalidad, y termina siendo una característica limitadora para el establecimiento del designio popular. Por ejemplo, si mediante un mecanismo democrático resulta que más del 70% de la población de un Estado occidental, que ha ratificado varias convenciones de derechos humanos, está de acuerdo con establecer la pena de tortura y muerte a las personas sentenciadas por delitos contra la administración del Estado, y permitir que el Estado decida cuál es la religión oficial y las carreras que deben estudiar los jóvenes; estaríamos ante un escenario válido por la gran mayoría de la sociedad.

---

<sup>39</sup> *Ídem.*, pp. 46-47.

Sin embargo, encontramos una limitación desde la legitimidad por vulnerar el libre desarrollo de la personalidad humana, e inclusive su dignidad. Entonces tenemos un concepto de legitimidad que va de la mano con las corrientes humanistas que establecen que lo legítimo guarda relación con una serie de principios del humanismo, y por ende con los derechos humanos.

Podemos decir que el concepto de legitimidad se vincula directamente con el ámbito político, existen posiciones y relaciones de poder que deben estar legitimadas para que puedan concretarse. No se puede decir que existe un poder político sin legitimidad por ser la raíz originaria de éste. Es así como la legitimidad pasa a ser un justificativo para la existencia propia del poder político, obedeciendo a cuatro principios derivados de la legitimidad, según lo establecido por Guiglielmo Ferrero, que determina como principio democrático el reconocimiento del gobierno de las mayorías o del pueblo como un derecho. De igual forma, se reconoce a las minorías su derecho a la libre expresión y oponerse en libertad. Muy cercano encontramos el principio electivo que establece que estas mayorías deben gobernar mediante un proceso de elecciones libres, es la única forma de poder comprobar mayorías y minorías de forma legítima. El principio aristocrático-monárquico, establece que se reconoce una presunción de superioridad de unas determinadas personas o familias, de ese hecho provenía anteriormente el reconocimiento de legitimidad. Y, por último, se encuentra el principio hereditario que establecía que la forma legítima de transmitir la soberanía y el reconocimiento del poder es por herencia<sup>40</sup>.

Efectivamente, como sociedad hemos superado los últimos principios, y, por tanto, estamos enfrentando las dificultades que establecen los dos primeros, en algunos casos, se han trabajado sobre modelos democráticos con ciertos mecanismos de participación ciudadana que buscan reducir el nivel de representatividad para vincularlos más a responder las necesidades sociales, tales como los observatorios, consejos consultivos, veedurías, consultas populares, entre otros.

Si estas autoridades que son elegidas mediante un sistema democrático y que gozan de legitimidad formal dentro del sentido materialmente legítimo, toman decisiones que no se guían por los fines sociales y establecidos constitucionalmente,

---

<sup>40</sup> Véase en MARTÍNEZ FERRO, H. Los principios de la legitimidad política (Ferrero y los genios invisibles de la ciudad), *Revista Diálogos de saberes*, 2009, No. 31, pp. 204-206.

sino por sus intereses propios o de terceros distantes a las finalidades del pacto social, podemos establecer que existe una carencia de legitimidad en sus actuaciones en un sentido material<sup>41</sup>. Estos actos que se encuentran deslegitimados son los principales detonantes para que la protesta social violenta o la desobediencia civil se empiecen a activar con legitimidad. Pudiéramos decir que restar el valor de legitimidad de los actos de la autoridad, servidor o institución, le suma valor de legitimidad a los grupos sociales vinculados a la protesta o desobediencia, lo cual revisaremos más adelante.

Existen diferentes perspectivas para establecer si una protesta social o desobediencia civil es legítima, estas varían dependiendo de las posiciones o intereses que se encuentran de por medio. Sin dudas, desde la perspectiva estatal sería muy raro el reconocer que alguno de estos actos es legítimo, y, por el otro lado, los actores que ejecutan el acto desobediente o de protesta, argumentarán su legitimidad. Sobre este conflicto, parte de la doctrina ha establecido que la protesta o desobediencia civil es legítima dependiendo del análisis del caso, por lo que no hay requisitos generales que puedan de manera individualizada dar una respuesta fácil o rápida. Sin embargo, existen parámetros que son de utilidad para poder evaluar, tales como ser pacífica, pública, tener un objetivo importante que vaya de acuerdo con los fines legítimos, que sus miembros o actores estén dispuestos a enfrentar el castigo y no haber otro medio eficaz que evite la desobediencia. Solo en estos casos, se podrá decir que está justificada y legitimada<sup>42</sup>. Lo que nos lleva a planteamos la siguiente interrogante ¿Será que en el contexto iberoamericano las protestas sociales violentas, carecen de legitimidad? ¿Depende del análisis del contexto y realidad nacional la definición de legitimidad?, y ¿Puede ser legítimo un acto violento?

Sin dudas, los requisitos mencionados, son estrictos y tal vez correspondan a otras realidades, contextos, patrones culturales y temporales que sean distintos. No obstante, en la región latinoamericana y en España, depende mucho esta valoración, pues a menor criterio de legitimidad según las fuerzas del orden, estas aplicarán con mayor lesividad el monopolio de la represión. Además, no se puede establecer que todo acto violento es ilegítimo, dado que es muy conocido en derecho penal la institución de

---

<sup>41</sup> Véase en RÚA DELGADO, C. La legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado Social de Derecho, Una revisión desde el caso colombiano, *Revista Ius et Praxis*, 2014, No. 2, pp. 97-101.

<sup>42</sup> Véase en MEJÍA, O. La justificación constitucional de la desobediencia civil, *Revista de Estudios Sociales*, 2003, No. 14, pp. 83-85.

la legítima defensa propia o de terceros, permitiendo que un acto típico no sea antijurídico por una causa de justificación, eso sí, siempre que su ejercicio esté claramente aplicado a su normativa habilitante.

La misma valoración por caso debe darse en el contexto de las protestas sociales con características violentas. Debe existir una valoración o test de proporcionalidad de la violencia, investigar objetivamente los hechos violentos y determinar en qué contexto surgieron, antes de tachar de ilegítimo el acto. Dentro de los duros contextos de Latinoamérica la aceptación del castigo en los ámbitos de desobediencia civil o protesta social lastimosamente han sido alejados de las normas jurídicas. Si revisamos la historia en los casos de Chile y Argentina, no hubo este análisis o test, simplemente se dieron escenarios de tortura, desapariciones y ejecuciones extrajudiciales a quienes se presumía su calidad de “peligrosos para el Estado”, agrupando a cierto grupo de desobedientes civiles y protestantes, y sancionándolos materialmente más allá de toda norma de manera inhumana<sup>43</sup>. Inclusive dentro del contexto de represión del gobierno franquista en España se dieron cruentos escenarios de represión. ¿Qué nivel de confianza en la aceptación del castigo puede haber, cuando el mismo puede ser la pérdida de la vida? Esta disyuntiva es la que debe ser valorada a efectos de la legitimidad o no de la protesta social violenta y la desobediencia civil, en conjunto con la expresión popular del soberano.

### **Legalidad**

La legalidad por el otro lado, según manifiestan algunos autores, es la otra cara de la moneda a efectos de analizar la protesta social o la desobediencia civil. Sin embargo, legalidad y legitimidad tienen una relación necesaria frente a las finalidades superiores que se han propuesto. No puede haber norma legal sin legitimidad, ya que pasaría a ser una norma arbitraria, sin un fundamento político legítimo que permita fundamentar su accionar normativo.

La legalidad ha pasado en el ámbito jurídico a tener un grado de principio, es decir, a tener una protección especial que busca ponerlo como un criterio estable de

---

<sup>43</sup> Véase en DÍAZ, P y GUTIÉRREZ, R. Resistencia en dictadura y en post-dictadura: la acción colectiva de la agrupación de familiares de detenidos desaparecidos en Chile, Pandora: revue d'etudes hispaniques, 2008, No. 8, pp. 193-198.

razonabilidad de las normas o inclusive su propio espíritu. Existen varios autores que han establecido diferencias entre principios y normas. En el caso de Dworkin, establece que los principios aplican de una manera laxa para resolver casos difíciles, a diferencia de las reglas y el positivismo al que está sometido el juicio de “todo o nada”, fundamentándose en las sentencias *Riggs v Palmer Riggs v Palmer* y *Henningsen v Bloomfield Motors Inc.*, en las cuales los jueces resolvieron fundamentarse en principios y no en normativas, estableciendo este precedente si el caso lo amerita. Por el otro lado, este postulado no coincide con lo establecido por Hart –es más Dworkin duramente lo critica- reconociendo que existen dos tipos de normas, primarias las que se encargan del comportamiento humano, y secundarias, las que tratan sobre el reconocimiento, cambio y de adjudicación, es decir, las primarias resuelven sobre si se puede o no hacer una acción y las secundarias son los mecanismos de las primeras<sup>44</sup>. Por ende, existen diferentes conceptualizaciones de la legalidad, si es como principio sería más amplio su campo de aplicación que como norma, inclusive, pudiera entrar en conflicto con otros principios, para lo cual existen métodos para resolver estos tipos de escenarios, muy comunes en materia constitucional.

Podemos establecer que la legalidad desde el punto de vista histórico ha tenido mucho recorrido, y muy próximo al positivismo, la legalidad entendida como el acatamiento puro de la norma que es válida y vigente para limitar las arbitrariedades, según se manifiesta, busca eliminar el “gobierno de los hombres” por el “gobierno de la ley”. También se ha establecido como el “imperio de la ley”, buscando dar seguridad jurídica de los actos y limitar el poder político y fáctico de los gobernantes mediante un cuerpo o conjunto de normas que regulen las relaciones sociales, pero, sobre todo, las relaciones entre el Estado y ciudadanos<sup>45</sup>. Estas ideas han permitido el desarrollo de diversas normativas que regulan temas importantes como la división entre las diferentes ramas del derecho como el público, privado, penal, entre otros, además, se relaciona con otros principios como el de publicidad de las normas jurídicas, y se deriva del viejo aforismo *lex praevia, scripta et stricta*, que establece que la ley debe ser previa, escrita y estricta en su aplicación.

---

<sup>44</sup> Véase en RENTERÍA, A. Hart, Dworkin: reglas y principios, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 2017, No. 20, pp. 114-117.

<sup>45</sup> Véase en SALAZAR, P. Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en México, *Revista ISONOMÍA*, 1998, No. 9, pp. 195-200.

La legalidad dentro del contexto democrático establece un escenario muy claro dentro de la estructura estatal, si nos referimos a una estructura clásica de Estado dividido en tres poderes u otras alternas. Es el poder legislativo, que, al contar con una mayor carga de autoridades representativas del soberano está en la capacidad de ejercer la legalidad en las leyes que se tramitan y promulgan, con mayor *imperium* que las otras normativas, en sentido abstracto, frente a las que puedan expedir el resto de los poderes o funciones<sup>46</sup>. Esto quiere decir, que, si bien el legislativo no tiene el monopolio de la legalidad, pues, existen otras instituciones como el ejecutivo o el judicial que tienen potestad normativa, se caracteriza por una representación más legítima para poder ejercer la legalidad, en este caso, el monopolio de la expedición de leyes.

Para los que no tienen conocimientos jurídicos, las leyes se expiden por el legislativo, mientras que el resto de la normativa como las resoluciones, reglamentos, decretos, etcétera, tienen una subordinación ante las leyes, salvo el caso de las resoluciones con fuerza de ley de las autoridades judiciales o los decretos leyes en los estados de alarma. De esta forma podemos ver la relación entre legitimidad y legalidad, y, además, los conceptos de independencia de funciones y controles entre funciones o poderes de un Estado democrático, también llamado control de balance o contra pesos.

Otro objetivo que busca limitar la legalidad es la moralidad como conceptualización que nace de la conciencia humana sistematizada mediante grupos sociales, que examina, por lo menos desde el laicismo, un punto neutro que evite entrar en estas subjetividades. La legalidad intenta generar efectos públicos a diferencia de la moralidad individual, que se construye desde el propio ser humano hacia afuera, aunque en algunos casos pueden coincidir los principios morales con la legalidad, no debiendo ser esta la regla general<sup>47</sup>. Puede haber principios y valores que se encuentren dentro del campo moral o ético que coincidan, tales como el respeto, tolerancia, humanismo, entre otros, que forman parte de la legalidad en cuerpos normativos, como normas o finalidades, siempre y cuando se encuentren legitimados en el pacto social constitucional, y no sean contrarios a las garantías básicas fundamentales. El problema radica cuando se quiere hacer un uso abusivo de la legalidad para imponer patrones

---

<sup>46</sup> Véase en RUBIO, F. El principio de legalidad, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, No. 39, pp. 28-30.

<sup>47</sup> Véase en SOTELO, I. Moralidad, legalidad, legitimidad: reflexiones sobre la ética de la responsabilidad. *ISEGORÍA*, 1990, No. 2, pp. 38-42.

morales en la norma jurídica con efecto *erga omnes*, en ese punto nos encontramos ante una imposición que violenta el libre desarrollo de la personalidad, y busca generar un efecto hegemizador.

La legalidad se puede decir que es un concepto que se refleja en la legitimidad, esto que antes de la aparición del Estado liberal de derecho, tenía mucha discusión sobre si la ley que se expedía tenía una correspondencia legítima con los principios o la justicia alcanzada. Hoy en día podemos ver que esta discusión ya no es tan importante; según se puede constatar hay una suerte de auto legitimidad de la legalidad por ser expedida por una autoridad democrática, en otras palabras, una mera legalidad formal más no material; es por esto por lo que la legitimidad es necesaria como acto preexistente de la legalidad, pues no puede haber una legalidad sin una legitimidad que reconozca el acto positivo<sup>48</sup>.

Cuestión lógica si la analizamos desde el punto de vista democrático y del nacimiento de las leyes, además, podemos notar que existe una suerte de contrapesos planteados, por un lado, según hemos revisado la legalidad busca limitar la subjetividad que puede recaer en argumentaciones legítimas, por el otro lado, estas limitaciones proceden de una raíz legítima que establece el soberano. No siempre puede haber una visión contradictoria o de reflejo como se ha planteado por gran parte de la doctrina, sino que también puede haber una función complementaria entre legalidad y legitimidad, aunque esta no sea la que se dé por lo general en la práctica, más aun, en contextos de protesta social; si la legalidad busca crear un orden renovado con la finalidad de servir de manera activa a la legitimación de construir libertades reales y limitar opresiones que se puedan dar por el Estado, existirá una complementariedad a la luz de los derechos fundamentales<sup>49</sup>.

La legalidad cumple un rol relevante para defender las instituciones del Estado como mecanismo jurídico que mueve la estructura estatal. Las leyes y normativa en general permiten que las instituciones jurídicas y sus servidores obedezcan su *imperium*, es así como podemos encontrar el famoso aforismo en derecho administrativo “solo se puede hacer o dejar de hacer lo que la norma establece”, sobre todo, esto debería formar práctica de los funcionarios de las agencias de aplicación de la ley o los cuerpos del

---

<sup>48</sup> Véase en LEGAZ LACAMBRA, L. Legalidad y legitimidad, *Revista de estudios políticos*, 1958, No. 101, pp. 10-17.

<sup>49</sup> *Ibidem*.



orden, más aún, cuando se establece la *law and order* como mecanismo operativo regular. Los actos de protesta o de desobediencia necesariamente se van en contra de la legalidad en un sentido abstracto, dentro de un primer análisis somero, como hemos revisado, y es uno de los requisitos para que se pueda dar en plenitud. Inclusive si revisamos el caso de Gandhi, podemos observar que el reconocía que la desobediencia que generaba vulneraba la legalidad, puesto que la normativa era notoriamente corrupta o inmoral cuando son normas que humillan o discriminan, y utilizan la fuerza bruta más que la razón, en otras palabras, no se ven reflejadas con el *satyagraha*. Ejemplo que planteó un modelo de participación política de facto que era insurrecta y que no tenía institución estatal que pueda solventarlo, en pocas palabras, el Estado no estaba listo dentro de su propia estructura para poder reaccionar frente a este tipo de acciones sin ejecutar de las agencias de control. Muy pocos han sido los espacios de diálogo que existen entre estos grupos y autoridades estatales, sobre todo, en muchos casos en la región latinoamericana se da una fase de crecimiento del conflicto por medio de la represión violenta –diríamos semejante a una guerra de desgaste-, antes de llegar a mesas o reuniones de acuerdos.

En el caso de Luther King, encontramos que el rompimiento de la legalidad como presupuesto, busca generar ciertos factores necesarios para una propuesta de reforma; genera gran atención sobre la sociedad al quebrantar la ley buscando mayores adeptos a la causa, y establece un efecto reivindicativo de la propia legalidad al aceptar el castigo; es decir, existe un juego entre legitimidad y legalidad en las prácticas no violentas, por un lado, se rompe la legalidad para alcanzar una finalidad legítima, y por el otro lado, se acepta la legalidad con el castigo posterior; además, reconocía que el acto desobediente que rompía la legalidad es el último recurso para obtener una reforma política, puesto que establece una serie de dificultades para poder contener el actuar no violento de los participantes, pudiendo en algunos casos resultar en un escenario caótico.

Es así como la legalidad es un elemento que se ve vulnerado para efectos de la protesta social o la desobediencia civil, no se puede establecer de manera cierta que puede haber una protesta legal salvo que la propia estructura legal lo permita, tal como se da en el caso ecuatoriano con el artículo 98 de la Constitución de la República que reconoce el derecho a la resistencia de individuos y colectivos frente a las actuaciones

del poder público, personas naturales o jurídicas del sector privado, que vulneren o puedan vulnerar los derechos constitucionales. Cuestión *sui generis* que no todos los Estados lo tiene reconocidos al nivel constitucional, y que ha presentado algunos problemas en la práctica por la falta de costumbre jurídica, por no decir total, por parte de las acciones represivas de las agencias de aplicación de la ley.

## CONCLUSIONES

Como hemos visto existe un amplio bagaje histórico sobre los casos en el que se expresa la desobediencia civil y la protesta social, pasando de narraciones griegas a pasajes bíblicos, insurrecciones por el colonialismo y por el progresivo desarrollo de los derechos humanos. En fin, la historia siempre ha estado y estará surtida de diferentes momentos históricos en el que la sociedad o individuos considerarán intolerante la aplicación del poder político o público, no es nada extraño o nuevo encontrar este tipo de fenómenos, y deben ser interpretados de manera objetivo y contextualizada para evitar que las subjetividades y los discursos populistas o simbólicos se impongan, más aún los provenientes de la construcción de la ley y el orden.

La controvertida discusión sobre la legitimidad y legalidad de la protesta social debe ser analizada desde una perspectiva contextual y no desde aisladamente desde la “ley y el orden”. Muchos actos de protesta o desobediencia civil tienen una legitimidad evidente frente a las actuaciones formalmente legales de los cuerpos del orden estatal, sin embargo, siempre se deben valorar desde una perspectiva de los derechos fundamentales y de la legalidad material antes de la aplicación desproporcional de las medidas de represión. El dialogo puede ser un instrumento muy eficaz que permita que la legitimidad y la legalidad confluyan de una manera razonable y complementaria. Más aún en el contexto latinoamericano.

## Bibliografía

- ATIENZA, M. Positivismo y neopositivismo. Anales del Seminario de Metafísica, 1991, No. 25.
- BERNATE, F. La legitimidad del derecho penal. Editorial Grupo Ibáñez, Bogotá, 2007.
- CAMPOS, E. ¿Cristo guerrillero o Cristo Rey? La teología de la violencia en Cristianismo y Revolución (1969-1971), Revista Sociohistórica, 2013, No. 31.
- CONTRERAS, S. Fenomenología jurídica y derecho natural, Iusnaturalismo clásico y doctrina apriorica del derecho, Eikasía Revista de Filosofía, 2008, No. 21.
- CUBO, O. Entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, La doctrina del derecho de Fichte de 1796, Contrastes Revista Internacional de Filosofía, Vol. 19. 2014, No. 3.
- D'ORS, A. Legitimidad, Revista chilena de Derecho, 1979, Vol. 8.
- DEL VECCHIO, G. Filosofía del Derecho en compendio, Anuario de filosofía del derecho, 1961, No. 8.
- DÍAZ, P y GUTIÉRREZ, R. Resistencia en dictadura y en post-dictadura: la acción colectiva de la agrupación de familiares de detenidos desaparecidos en Chile, Pandora: revue d'etudes hispaniques, 2008, No. 8.
- FALCÓN Y TELLA, M. Algunas enseñanzas jurídicas de la Biblia, Foro Nueva época, Vol. 17, 2014, No. 2.
- GELLMAN, B. Edwar Snowden, after months of NSA revelations, says his mision's accomplished. The Washington post, 23 de diciembre 2013. Recuperado de: [http://www.washingtonpost.com/world/national-security/edward-snowden-after-months-of-nsa-revelations-says-his-missionsaccomplished/2013/12/23/49fc36de-6c1c-11e3-a523-fe73f0ff6b8d\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/world/national-security/edward-snowden-after-months-of-nsa-revelations-says-his-missionsaccomplished/2013/12/23/49fc36de-6c1c-11e3-a523-fe73f0ff6b8d_story.html).
- GUTIÉRREZ, G. Teología de la liberación, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1975.
- HANISCH, H. Principales hitos de la historia del iusnaturalismo, Revista chilena de derecho, Vol. I, 1974.

- HANSON, K.G y OAKMAN, D. Palestine in the Time of Jesus. Social Structures and Social Conflicts. Fortress Press, Minneapolis, 1998.
- HORSLEY, R. Jesús y el Imperio. El Reino de Dios y el nuevo desorden mundial, Editorial Verbo Divino, Navarra, 2003.
- KELSEN, H. La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico, Revista jurídica de Buenos Aires, 1961, No. 4.
- LEGAZ LACAMBRA, L. Legalidad y legitimidad, Revista de estudios políticos, 1958, No. 101.
- LÓPEZ, J. El concepto de legitimidad en perspectiva histórica, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, 2009, No. 18.
- MANDELA, N. Un camino nada fácil hacia la libertad, Zanzíbar, España, 1964.
- MARTÍNEZ FERRO, H. Los principios de la legitimidad política (Ferrero y los genios invisibles de la ciudad), Revista Diálogos de saberes, 2009, No. 31.
- MASSÓ, E. La desobediencia civil como forma de participación política [cuando la rebeldía es un deber porque la discrepancia no es un derecho], Revista Theoria, Vol. 16, 2007, No. 2.
- MEJÍA, O. La justificación constitucional de la desobediencia civil, Revista de Estudios Sociales, 2003, No. 14.
- MESQUITA SAMPAIO DE MADUREIRA, M. La teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt, de la primera a la tercera generación: un recorrido histórico-sistemático, Revista RIFP, 2009, No. 34.
- NUBIOLA, J. Neopositivismo y filosofía analítica: balance de un siglo, Revista Acta Philosophica, Vol. VIII, 1999, No. 2.
- PÉREZ LUÑO, A. Iusnaturalismo y derechos humanos, Araucaria: revista iberoamericana de filosofía, política y humanidades, 2000, No. 4.
- PRIETO, L. Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho, Anuario de Filosofía del Derecho, 1987, No. 4.
- RAWLS, J. Definition and justification of civil disobedience, en Hugo Adam Bedau (ed), Civil Disobedience in Focus, Routledge, Londres, 1991.

RENTERÍA, A. Hart, Dworkin: reglas y principios, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 2017, No. 20.

ROMERO, L. Desobediencia civil. *Revista en Cultura de la Legalidad*, 2014, No. 6.

RÚA DELGADO, C. La legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado Social de Derecho, Una revisión desde el caso colombiano, *Revista Ius et Praxis*, 2014, No. 2.

RUBIO, F. El principio de legalidad, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, No. 39.

SALAZAR, P. Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en México, *Revista ISONOMÍA*, 1998, No. 9.

SCHEUERMAN, W. Edward Snowden: Desobediencia civil para una era de vigilancia total. *Revista Signos Filosóficos*, Vol. XVI, 2014, No. 32.

SCHEUERMAN, W. *Desobediencia civil*. Alianza editorial, Madrid, 2018.

SOTELO, I. Moralidad, legalidad, legitimidad: reflexiones sobre la ética de la responsabilidad. *ISEGORÍA*, 1990, No. 2.

### **Normas jurídicas**

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Naciones Unidas, Nueva York, 17 de junio de 1998.

**CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL ANTE EL  
COVID-19: DERECHO A LA SALUD Y RÉGIMEN  
INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD  
INTELLECTUAL<sup>1</sup>**

**EL CASO DE LATINOAMÉRICA**

***QUESTIONS OF INTERNATIONAL LAW IN THE FACE OF COVID-19: RIGHT  
TO HEALTH AND THE INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK FOR THE  
PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY  
SPECIAL FOCUS ON LATIN AMERICA***

Marta Sosa Navarro <sup>2</sup>

*Universidad Milano-Bicocca de Milán*

**RESUMEN**

La crisis internacional desatada por el COVID-19 exige una reflexión acerca de cómo afrontar, desde la cooperación internacional, un reto global para el cual no estábamos preparados. La primera víctima de una mala gestión de esta emergencia es el derecho a la salud. El presente trabajo examina el contenido y alcance de este derecho y analiza los riesgos que, para su efectiva realización, se desprenden de los conflictos entre el régimen internacional de protección de la propiedad intelectual (y su incorporación doméstica) y los sistemas regionales e internacionales de protección de los derechos humanos. Con el fin de ilustrar este planteamiento teórico, este artículo hace un recorrido por las experiencias de dos países latinoamericanos, antagónicos en lo que se refiere a sus posiciones respecto a la tutela de la propiedad intelectual en el ámbito de los productos farmacéuticos: Brasil y Guatemala.

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 01 de septiembre de 2020 y aprobado el 23 de octubre de 2020.

<sup>2</sup> Doctora en Derecho Internacional por la Universidad Carlos III de Madrid, Docente colaboradora de la Universidad Milano-Bicocca de Milán.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a la salud – COVID-19 – derechos de propiedad intelectual – patentes – licencias obligatorias – ADPIC - Brasil – Guatemala.

### **ABSTRACT**

The international crisis that has emerged from COVID-19 calls for a reflection on how to face a global challenge for which we are not prepared through international cooperation. The first victim of a mismanagement of this emergency is the right to health. This paper examines the content and scope of this right and analyzes the risks that arise from the conflicts between the international legal framework for the protection of intellectual property (and its domestic incorporation) and the regional and international systems of protection of human rights. In order to illustrate this theoretical approach, this article makes a journey through the experiences of two Latin American countries, antagonistic regarding their positions in relation to the protection of intellectual property in respect of pharmaceutical products: Brazil and Guatemala.

**KEY WORDS:** Right to health - COVID-19 - intellectual property rights - patents - compulsory licenses - TRIPS - Brazil - Guatemala.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. I. EL ALCANCE DEL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO UNIVERSAL. ESPECIAL MENCIÓN A LA RESPUESTA A LAS EMERGENCIAS. II. SALUD PÚBLICA Y PRODUCTOS FARMACÉUTICOS. III. LA REALIZACIÓN PROGRESIVA DEL DERECHO A LA SALUD EN LATINOAMÉRICA: DOS CASOS DE ESTUDIO. III.A. BRASIL. III.B. GUATEMALA. CONCLUSIONES.

\* \* \*

## **INTRODUCCIÓN**

La pandemia global<sup>3</sup> generada por el COVID-19 ha tenido importantes repercusiones que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto, y que la hacen merecedora de un detenido análisis en relación con sus posibles implicaciones. Entre los

---

<sup>3</sup> El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que el COVID-19 era una pandemia global. Véase SEVILLANO, E.G., “La OMS declara el brote de coronavirus pandemia global”. El País, 11 de marzo de 2020.

trabajos que de forma pionera han afrontado esta cuestión, destacan los elaborados por el blog del European Journal of International Law (EJIL: Talk!), que abordan la regulación internacional en materia de inversiones y las medidas adoptadas por los Estados<sup>4</sup>, la debida diligencia de los Estados frente al COVID-19<sup>5</sup>, la responsabilidad internacional<sup>6</sup>, la consideración del COVID-19 como una amenaza contra la paz y la seguridad y el papel del Consejo de Seguridad<sup>7</sup>, sus efectos en los derechos humanos<sup>8</sup> o la adecuación del Reglamento Sanitario Internacional (RSI) a esta situación<sup>9</sup>.

Por su parte, el prestigioso blog *Opinio Juris* promovió un seminario internacional virtual sobre la pandemia, que cuenta con valiosas aportaciones, entre las que destacan los análisis sobre las obligaciones de los Estados en el ámbito de la salud pública<sup>10</sup>, los efectos de la declaración de emergencia de salud pública<sup>11</sup>, el derecho a la

---

<sup>4</sup> HAILES, O., “Epidemic Sovereignty? Contesting investment treaty claims arising from coronavirus measures”, 2020. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/epidemic-sovereignty-contesting-investment-treaty-claims-arising-from-coronavirus-measures/>

<sup>5</sup> COCO, A. y SOUZA DIAZ, T. “Part I: Due Diligence and COVID-19: States’ Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak”, 2020. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/part-i-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/>; Part II: Due Diligence and COVID-19: States’ Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/part-ii-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/>; Part III: Due Diligence and COVID-19: States’ Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/part-iii-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/>

<sup>6</sup> TZENG, P., “Taking China to the International Court of Justice over COVID-19”, 2020. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/taking-china-to-the-international-court-of-justice-over-covid-19/>

PAPADEU, F., y JEPHCOTT, F. “COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part I.”, 2020. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/>; COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part II. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-ii/>

<sup>7</sup> SVICEVIC, M., “COVID-19 as a Threat to International Peace and Security: What place for the UN Security Council?”, 2020. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/covid-19-as-a-threat-to-international-peace-and-security-what-place-for-the-un-security-council/>

<sup>8</sup> SPADARO, A., “Do the containment measures taken by Italy in relation to COVID-19 comply with human rights law?”, 2020. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/do-the-containment-measures-taken-by-italy-in-relation-to-covid-19-comply-with-human-rights-law/>

<sup>9</sup> BURCI, G.L., “The Outbreak of COVID-19 Coronavirus: are the International Health Regulations fit for purpose?”, 2020. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/the-outbreak-of-covid-19-coronavirus-are-the-international-health-regulations-fit-for-purpose/>

<sup>10</sup> VILLARREAL, P.A. “COVID-19 Symposium: “Can They Really Do That?” States’ Obligations Under the International Health Regulations in Light of COVID-19 (Part I) y (Part II)”, 2020. Disponible en <http://opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-can-they-really-do-that-states-obligations-under-the-international-health-regulations-in-light-of-covid-19-part-i/> y <http://opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-can-they-really-do-that-states-obligations-under-the-international-health-regulations-in-light-of-covid-19-part-ii/>

<sup>11</sup> ECCLESTON-TURNER, M. “COVID-19 Symposium: The Declaration of a Public Health Emergency of International Concern in International Law”, 2020. Disponible en <http://opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-the-declaration-of-a-public-health-emergency-of-international-concern-in-international-law/>



salud<sup>12</sup>, el papel de la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>13</sup>, el derecho a disfrutar de los avances científicos<sup>14</sup> o la protección de datos y la vigilancia masiva<sup>15</sup>. También hay que referirse al monográfico del European Journal of Risk Regulation, que ha publicado en abierto aportaciones preliminares sobre las respuestas de la UE a las emergencias de salud pública<sup>16</sup>.

Entre las diferentes aristas que este terrible fenómeno presenta, creemos que es necesario plantearse cómo el acceso a los remedios puede ser garantizado, al tiempo de determinar cuál es el papel de las empresas privadas, entre las que destacan los laboratorios que en estos momentos investigan para conseguir contra reloj una vacuna y otros tratamientos. Entre el marasmo de noticias que día a día nos sacuden desde el confinamiento, el 15 de marzo generó una enorme indignación la publicada por Die Welt<sup>17</sup> y The New York Times<sup>18</sup>, que alertaba de la oferta hecha por la Casa Blanca para adquirir en exclusiva la vacuna contra el COVID-19, o la política de la transnacional farmacéutica Gilead<sup>19</sup>. Si bien esta noticia fue posteriormente desmentida por el laboratorio, plantea varias cuestiones de interés para los internacionalistas, como la de si ante una situación de emergencia como la actual, es posible realizar un uso comercial de los productos farmacéuticos, así como las obligaciones que atañen a las empresas farmacéuticas. Y es que nos encontramos ante una cuestión con fuertes

<sup>12</sup> FISH HODGSON, T. y SEIDEMAN, I. “COVID-19 Symposium: COVID-19 Responses and State Obligations Concerning the Right to Health (Part 1) y (Part II)”, 2020. Disponible en <http://opiniojuris.org/2020/04/01/covid-19-symposium-covid-19-responses-and-state-obligations-concerning-the-right-to-health-part-1/> y <http://opiniojuris.org/2020/04/01/covid-19-symposium-covid-19-responses-and-state-obligations-concerning-the-right-to-health-part-2/>

<sup>13</sup> PINCHIN-PAULSEN, M., “COVID-19 Symposium: Thinking Creatively and Learning from COVID-19– How the WTO can Maintain Open Trade on Critical Supplies”, 2020. Disponible en <http://opiniojuris.org/2020/04/02/covid-19-symposium-thinking-creatively-and-learning-from-covid-19-how-the-wto-can-maintain-open-trade-on-critical-supplies/>

<sup>14</sup> MELILLO, M., “COVID-19 Symposium: The Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress at the Time of the COVID-19 Pandemic”, 2020. Disponible en <http://opiniojuris.org/2020/04/06/covid-19-symposium-the-right-to-enjoy-the-benefits-of-scientific-progress-at-the-time-of-the-covid-19-pandemic/>

<sup>15</sup> SANDERS, B. y BELLI, L., “COVID-19 Symposium: COVID-19, Cyber Surveillance Normalisation and Human Rights Law”, 2020. Disponible en <http://opiniojuris.org/2020/04/01/covid-19-symposium-covid-19-cyber-surveillance-normalisation-and-human-rights-law/>

<sup>16</sup> Disponibles en <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation>

<sup>17</sup> DAMS, J. “Donald Trump greift nach deutscher Impfstoff-Firma”, Die Welt, 15 de marzo de 2020.

<sup>18</sup> BENNHOLD, K. y SANGER, D.E. “U.S. Offered ‘Large Sum’ to German Company for Access to Coronavirus Vaccine Research, German Officials Say”, The New York Times, 15 de marzo de 2020.

<sup>19</sup> Crisis in Estados Unidos por el COVID-19: Trump respalda una patente exclusiva de Gilead para el tratamiento y suspende las normas de la Agencia de Protección Ambiental, disponible en <https://www.democracynow.org/es/2020/4/2/robert-weissman-public-citizen-economy-coronavirus> y Antequera, José. Médicos Sin Fronteras denuncia las patentes de coronavirus y exige a los gobiernos que los fármacos sean baratos y universales. Diario 16, 3 de abril de 2020.

implicaciones en materia de derechos humanos<sup>20</sup>. No se puede obviar que el derecho a la salud se recoge en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

## **I. EL ALCANCE DEL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO UNIVERSAL. ESPECIAL MENCIÓN A LA RESPUESTA A LAS EMERGENCIAS.**

La naturaleza del derecho a la salud como un derecho económico, tiene como consecuencia que precisa de una acción positiva a realizar por el Estado, en la medida en que requiere de recursos para poder ser realizado. El PIDESC recoge una cláusula de progresividad en su art. 2.1 que dispone: que “[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas [...], hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.” El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al interpretar el alcance del artículo 2.1 en su Observación General número 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*<sup>21</sup>, ha interpretado el alcance de esta cláusula. Así, considera que los Estados partes en el PIDESC asumen obligaciones de “efecto inmediato”, entre las que están la necesidad de adoptar medidas, sin condiciones ni limitaciones. Por ello, “el significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es “to take steps”, en francés es “s'engage à agir” (“actuar”) y en español es “adoptar medidas”. Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas

---

<sup>20</sup> Varios han sido los titulares de procedimientos especiales que han instado a que la crisis contra el COVID-19 se afronte desde la perspectiva de los derechos humanos, sin discriminación por razón de sexo, ni edad, ni grupo social. Véase No exceptions with COVID-19: “Everyone has the right to life-saving interventions” – UN experts say”, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 26 de marzo de 2020 disponible en <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25746&LangID=E>

<sup>21</sup> Observación general N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990.

deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto<sup>22</sup>”.

En definitiva, puede considerarse que los Estados disponen de cierto margen de maniobra para destinar recursos a la satisfacción de los derechos recogidos en el PIDESC, pero el Comité establecerá si esta asignación ha sido la adecuada<sup>23</sup>, en tanto que el Estado tiene “una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga<sup>24</sup>”.

Por otro lado, los derechos cuentan con un contenido mínimo básico, que da lugar a “una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos<sup>25</sup>”, y es que “para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas<sup>26</sup>”.

El art. 12 del PIDESC recoge el derecho a la salud en los siguientes términos:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

---

<sup>22</sup> *Id.*, párr. 2.

<sup>23</sup> *Id.*, párr. 4.

<sup>24</sup> *Id.*, párr. 9.

<sup>25</sup> *Id.* párr. 10.

<sup>26</sup> *Id.* párr. 10.

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

En su Observación general nº 14 el Comité concreta el alcance de este derecho, donde lo considera un “derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos<sup>27</sup>”, y que incluye el derecho “a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud<sup>28</sup>”. Más concretamente, “el derecho a tratamiento comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de socorro en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia<sup>29</sup>”. Como señalan Bogdandy y Villarreal, de este artículo puede deducirse la protección contra las epidemias, que pueden incluir cuarentenas individuales, aislamiento y cordones sanitarios, siempre que estén avalados científicamente<sup>30</sup>.

La Agenda 2030<sup>31</sup> otorga un papel esencial a la salud. El Objetivo de Desarrollo Sostenible 3 (ODS3) -Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades- establece una serie de metas que, por supuesto, no contemplaban la problemática de enfermedades epidémicas como el COVID-19, aunque de algunas de sus metas se pueden extraer directrices que pueden ser pertinentes en relación con la situación actual. Así, la meta 3.b. señala que es preciso “apoyar las actividades de investigación y desarrollo de vacunas y medicamentos para las enfermedades transmisibles y no transmisibles que afectan primordialmente a los países en desarrollo y facilitar el acceso a medicamentos y vacunas esenciales asequibles de conformidad con la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) y la Salud Pública, en la

---

<sup>27</sup> Observación general nº 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 1.

<sup>28</sup> *Id.*, párr. 8.

<sup>29</sup> *Id.*, párr. 16.

<sup>30</sup> BOGDANDY, A. y VILLARREAL, P.A., “International Law on Pandemic Response: A first stocktaking in light of the Coronavirus Crisis” Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2020, MPIL Research Paper Series, nº 2020-07, p. 20.

<sup>31</sup> Naciones Unidas, AG. Res. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, A/RES/70/1 de 21 de octubre de 2015.

que se afirma el derecho de los países en desarrollo a utilizar al máximo las disposiciones del ADPIC en lo relativo a la flexibilidad para proteger la salud pública y, en particular, proporcionar acceso a los medicamentos para todos”. Esta invitación es especialmente relevante de cara a afrontar los desafíos que plantea la pandemia que estamos viviendo. En este sentido, conviene dejar apuntado aquí, para su desarrollo posterior en el siguiente epígrafe, que una de las principales flexibilidades contenidas en el referido Acuerdo es la relativa a las licencias obligatorias de productos farmacéuticos, que pueden ser impuestas de manera unilateral y sin negociación previa por parte de los Estados “en caso de emergencia nacional o en otras circunstancias de extrema urgencia” a cambio de una remuneración adecuada, siempre y cuando los usos autorizados estén “principalmente dirigidos a abastecer el mercado interno del Miembro” en cuestión. Este enfoque exclusivamente nacionalista fue corregido en la Ronda de Doha de 2001, en la cual se acordó la modificación del Acuerdo para incluir el artículo 31bis con la finalidad de permitir el acceso a productos farmacéuticos producidos en otros países en el marco de una licencia obligatoria a aquellos países sin capacidad propia para producirlos<sup>32</sup>.

Por su parte, la meta 3.c indica que es necesario “aumentar sustancialmente la financiación de la salud y la contratación, el desarrollo, la capacitación y la retención del personal sanitario en los países en desarrollo, especialmente en los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo”.

Y la meta 3.d insta a “reforzar la capacidad de todos los países, en particular los países en desarrollo, en materia de alerta temprana, reducción de riesgos y gestión de los riesgos para la salud nacional y mundial”.

De estas metas, en relación con la emergencia suscitada a raíz de la expansión del COVID-19 nos interesan, particularmente, las relativas a investigación y disposición de medicamentos, el apoyo financiero a la salud, y el refuerzo de la capacidad en alerta temprana, reducción y gestión de riesgos. Nótese, no obstante, que la Agenda 2030 trata estas cuestiones sobre todo en clara conexión con las necesidades de los países en

---

<sup>32</sup> OMC, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, firmado en Marruecos el 15 de abril de 1994. Artículo 31. Otros usos sin autorización del titular de los derechos. Disponible en [https://www.wto.org/spanish/docs/s/legal/s/31bis\\_trips\\_01\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs/s/legal/s/31bis_trips_01_s.htm) (texto modificado el 23 de enero de 2017). Se trata de una modificación que entró en vigor el 23 de enero de 2017, cuando se consiguió el voto favorable de los dos tercios de los Miembros de la OMC necesario.

desarrollo, lo que sirve para evidenciar cómo el COVID-19 ha sobrepasado todos los límites que existían hasta la fecha, causando estragos tanto en países desarrollados como en desarrollo. Ahora bien, es muy probable que el daño que el COVID-19 pueda llegar a generar en los países en desarrollo sea especialmente brutal, aunque, tal vez, nunca llegaremos a ser conscientes de su extraordinaria dimensión, dada la dificultad para conseguir datos del impacto de esta cruel enfermedad en determinados Estados, por ejemplo, del África subsahariana<sup>33</sup>. Si atendemos a los tres indicadores propuestos por la Oxford Poverty and Human Development Initiative para calcular el riesgo de infección por COVID-19, un cuarto de la población de América Latina (142 millones de personas) está en riesgo de contraer la enfermedad<sup>34</sup>.

El Danish Institute of Human Rights ha realizado una excelente Guía que conecta los ODS con los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales<sup>35</sup>. En ella, las metas referidas se refieren a una serie de derechos reconocidos internacionalmente. Así, la meta 3.b puede relacionarse con el art. 15 del PIDESC, que reconoce el derecho a beneficiarse de los avances científicos y sus implicaciones; la meta 3.c se vincula con la cláusula de progresividad del PIDESC, o con disposiciones de la Convención sobre los derechos del niño, o la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, al tiempo que la meta 3.d. se refiere a derechos consagrados en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), como el derecho a la vida, a la libertad de expresión, a participar en la vida pública, al sufragio, o del PIDESC, como el derecho a la salud, entre otros<sup>36</sup>.

La Agenda 2030, además, establece una serie de indicadores que sirven para determinar la realización de las metas. Las metas que aquí van a ser objeto de examen se corresponden con los siguientes indicadores<sup>37</sup>:

---

<sup>33</sup> Véanse los análisis de la Organización Mundial de la Salud sobre el potencial impacto en África: <https://www.afro.who.int/>

<sup>34</sup> Estos indicadores son 1. La falta de acceso a agua potable; 2. El uso de combustibles nocivos dentro de las casas; y 3. La malnutrición. ALKIRE, A., DIRKSEN, J., NOGALES, R., y OLDIGES, C., “Multidimensional Poverty and COVID-19 Risk Factors: A Rapid Overview of Interlinked Deprivations across 5.7 Billion People”, Oxford Poverty and Human Development Initiative (OPHI) Briefing 53, Oxford, abril 2020.





















<sup>35</sup> The Human Rights Guide to the Sustainable Development Goals, disponible en <https://www.humanrights.dk/tools/human-rights-guide-sustainable-development-goals>

<sup>36</sup> Véase <https://sdg.humanrights.dk/en/targets2?goal%5B0%5D=72&goal%5B1%5D=72&page=1>

<sup>37</sup> Labor de la Comisión de Estadística en relación con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Anexo. Marco de indicadores mundiales para los Objetivos de Desarrollo Sostenible y las metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, A/RES/71/313, p. 5/23.

- 3.b Apoyar las actividades de investigación y desarrollo de vacunas y medicamentos contra las enfermedades transmisibles y no transmisibles que afectan primordialmente a los países en desarrollo y facilitar el acceso a medicamentos y vacunas esenciales asequibles de conformidad con la Declaración relativa al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio y la Salud Pública, en la que se afirma el derecho de los países en desarrollo a utilizar al máximo las disposiciones del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio respecto a la flexibilidad para proteger la salud pública y, en particular, proporcionar acceso a los medicamentos para todos
- 3.c Aumentar considerablemente la financiación de la salud y la contratación, el perfeccionamiento, la capacitación y la retención del personal sanitario en los países en desarrollo, especialmente en los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo
- 3.d Reforzar la capacidad de todos los países, en particular los países en desarrollo, en materia de alerta temprana, reducción de riesgos y gestión de los riesgos para la salud nacional y mundial
- 3.b.1 Proporción de la población inmunizada con todas las vacunas incluidas en cada programa nacional
- 3.b.2 Total neto de asistencia oficial para el desarrollo destinado a los sectores de la investigación médica y la atención sanitaria básica
- 3.b.3 Proporción de centros de salud que disponen de un conjunto básico de medicamentos esenciales asequibles de manera sostenible
- 3.c.1 Densidad y distribución del personal sanitario
- 3.d.1 Capacidad prevista en el Reglamento Sanitario Internacional (RSI) y preparación para emergencias de salud

Como se puede comprobar a continuación, el Instituto Nacional de Estadística español ofrece una serie de datos concretos que permiten evaluar el nivel de desarrollo de los indicadores 3.b.1, 3.b.2 y 3.c.<sup>38</sup>,

Indicador 3.b.1. Proporción de la población con acceso sostenible a medicamentos y vacunas esenciales a precios asequibles								
Proporción de la población vacunada contra difteria	Porcentaje	2018	93,4		2015	94,5	MSND	
Proporción de la población vacunada contra el tétanos	Porcentaje	2018	93,4		2015	94,5	MSND	
Proporción de la población vacunada contra neumococo	Porcentaje	2018	88,5				MSND	
Proporción de la población vacunada contra sarampión	Porcentaje	2018	94,1		2015	94,2	MSND	
Proporción de la población vacunada contra virus de papiloma humano	Porcentaje	2018	76,3		2015	79,0	MSND	
Indicador 3.b.2. Total de la asistencia oficial para el desarrollo neta destinada a los sectores de la investigación médica y la salud básica								
Total bruto de asistencia oficial para el desarrollo destinado a los sectores de la investigación médica y la atención sanitaria básica	(2) Euros	2017	10.265.947,49				MAUC	
Total neto de asistencia oficial para el desarrollo destinado a los sectores de la investigación médica y la atención sanitaria básica	(2) Euros	2017	9.329.078,76				MAUC	
Meta 3.c. Aumentar considerablemente la financiación de la salud y la contratación, el perfeccionamiento, la capacitación y la retención del personal sanitario en los países en desarrollo, especialmente en los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo								
Indicador 3.c.1. Densidad y distribución de los trabajadores sanitarios								
Número de médicos por cada 10.000 habitantes	Personas	2017	38,8		2015	38,5	INE	
Número de enfermeras por cada 10.000 habitantes	Personas	2017	57,4		2015	52,9	INE	
Número de dentistas por cada 10.000 habitantes	Personas	2018	8,1		2015	7,5	INE	

El indicador 3.1.d. no ha sido desarrollado, por lo que podemos concluir que la propagación de una pandemia como la del COVID-19 ha superado todas las expectativas, en tanto que era presumible la capacidad de reacción en el contexto del RSI. A tal efecto, merece la pena detenerse brevemente en este instrumento.

<sup>38</sup> INEbase/ Indicadores de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, disponible en <https://www.ine.es/dynt3/ODS/es/objetivo.htm?id=4846>

EL RSI es el instrumento de derecho internacional especializado para la respuesta ante una pandemia. Como señala Villarreal, el RSI no es un tratado, sino un instrumento jurídico atípico, adoptado tomando como base el art. 21 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que permite la aprobación de instrumentos vinculantes para prevenir la propagación internacional de enfermedades<sup>39</sup>. Como ha indicado Burci, el RSI constituye un cambio radical del tratamiento de enfermedades a nivel global, ya que, de un enfoque pasivo, basado en una lista de enfermedades y medidas nacionales rígidas, se pasa a un enfoque dinámico y abierto, basado en la cooperación y la buena fe de los Estados partes, donde la OMS desempeña un papel central de vigilancia, de evaluación de riesgos y de la respuesta, con el objeto de garantizar una respuesta de salud pública efectiva, pero proporcional<sup>40</sup>. Además, los Estados deben desarrollar un conjunto de capacidades en sus sistemas de salud, con el objeto de detectar, notificar y responder rápidamente al público de la existencia de emergencias y riesgos para la salud, lo que constituye uno de los principales desafíos en la implementación de este instrumento, dado que el RSI carece de mecanismos de financiación y de monitoreo propios<sup>41</sup>. El 30 de enero de 2020 la OMS declaró, al amparo del RSI, la expansión del COVID-19 como una emergencia internacional de salud pública, de conformidad con el art. 12 del RSI. Esta declaración tiene consecuencias jurídicas, ya que da lugar a recomendaciones temporales (art. 15) y permanentes (art. 16), que pueden afectar a personas, equipajes, cargas, contenedores, medios de transporte, mercancías y paquetes postales (art. 18). Posteriormente, el 11 de marzo de 2020, se declaró la pandemia, como ya se ha dicho *supra*<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> VILLARREAL, P.A. COVID-19 Symposium: “Can They Really Do That?” States’ Obligations Under the International Health Regulations in Light of COVID-19 (Part I)”, 2020. Disponible en <http://opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-can-they-really-do-that-states-obligations-under-the-international-health-regulations-in-light-of-covid-19-part-i/>

<sup>40</sup> BURCI, G.L., “The Outbreak of COVID-19 Coronavirus: are the International Health Regulations fit for purpose?”, 2020. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/the-outbreak-of-covid-19-coronavirus-are-the-international-health-regulations-fit-for-purpose/>

<sup>41</sup> Id.

<sup>42</sup> Sobre la declaración de pandemia y sus efectos, véase la crítica al marco de la OMS de VON BOGDANDY, A. y VILLARREAL, P.A., “International Law on Pandemic Response: A first stocktaking in light of the Coronavirus Crisis”, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, MPIL Research Paper Series, nº 2020-07, p. 12.



## II. SALUD PÚBLICA Y PRODUCTOS FARMACÉUTICOS

Es conocida la tensión generada por el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y la patentabilidad de productos farmacéuticos en relación con las medidas de salud pública y el acceso a medicamentos, fundamentalmente en los países en desarrollo<sup>43</sup>. Se resumirá aquí, sintéticamente, el marco regulatorio sobre esta cuestión. Los arts. 27 y siguientes del ADPIC reconocen la patentabilidad de los productos farmacéuticos, lo que da lugar a una protección de 20 años. Tras varias controversias comerciales<sup>44</sup>, con la apertura de la Ronda de Doha los países en desarrollo promovieron un cambio normativo que afectase al acceso a medicamentos, sobre todo en relación con la posibilidad de producir y exportar productos farmacéuticos a través de licencia obligatoria, esto es, sin autorización del titular de la patente. Dos son los instrumentos de referencia: la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública<sup>45</sup> y la Decisión sobre la aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública<sup>46</sup>. El primero de ellos contempla para las enfermedades pandémicas –“como el VIH/sida, la tuberculosis, el paludismo y otras pandemias”<sup>47</sup>-, consideradas como emergencia nacional, “el derecho [de los países en desarrollo miembros a] conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias<sup>48</sup>”. Este instrumento no solucionaba una cuestión clave, como es el de la concesión de licencias obligatorias para la exportación a países sin capacidad

---

<sup>43</sup> Sobre esta cuestión, véase MANERO SALVADOR, A., “Nuevas tendencias normativas en el régimen jurídico internacional del comercio de medicamentos”, en Faramiñán Gilbert, Juan Manuel (ed.), *Globalización y comercio internacional: actas de las XX Jornadas de la AEPDIRI 2005*, pp. 171-181.

<sup>44</sup> Véanse los asuntos India- protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura (WT/DS50) y Brasil-medidas que afectan a la protección mediante patente (WT/DS1991).

<sup>45</sup> OMC, Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública de 20 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, disponible en [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=35766&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=35766&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True)

<sup>46</sup> OMC, Implementación del párrafo 6º de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y Salud Pública de 30 de agosto de 2003, IP/C/W/405, disponible en [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=2720&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=2720&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True)

<sup>47</sup> *Id.*, WT/MIN(01)/DEC/2, párr. 5.c)

<sup>48</sup> *Id.*, párr. 5.b)

productiva, lo que es abordado en la Decisión de 30 de agosto de 2003. En este instrumento se prevé que los países menos avanzados y otros que lo notifiquen al Consejo de los ADPIC puedan importar estos productos, previa demostración de su falta de capacidad productora.

Este instrumento, de enorme potencial<sup>49</sup>, daba lugar a una derogación temporal, con la vista puesta en una enmienda realizada a través de la ratificación del Protocolo por el que se enmienda el Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC<sup>50</sup>. Esta enmienda, en vigor desde el 23 de enero de 2017, tiene por objeto revertir la temporalidad de la

<sup>49</sup> Sobre sus virtualidades, véase BONADIO, E. y BALDINI, A., “COVID-19, patents and the never-ending tension between proprietary rights and the protection of public health”, *European Journal of Risk Regulation*, abril 2020, disponible en <https://doi.org/10.1017/err.2020.24> p. 2.

<sup>50</sup> Esta enmienda no ha sido aceptada por todos los miembros de la OMC. El Consejo de los ADPIC ha prorrogado el período de aceptación varias veces, la última en 2019 y se amplía el plazo para el depósito de las aceptaciones hasta el 31 de diciembre de 2021. Véase Decisión del Consejo General. Enmienda del Acuerdo sobre los ADPIC- séptima prórroga del plazo para la aceptación por los miembros del Protocolo por el que se enmienda el Acuerdo sobre los ADPIC, WT/L/1081 de 11 de diciembre de 2019.

La enmienda introduce el art. 31bis en los siguientes términos:

“Artículo 31bis:

1. Las obligaciones que corresponden a un Miembro exportador en virtud del apartado f) del artículo 31 no serán aplicables con respecto a la concesión por ese Miembro de una licencia obligatoria en la medida necesaria para la producción de un producto o productos farmacéuticos y su exportación a un Miembro o Miembros importadores habilitados de conformidad con los términos que se enuncian en el párrafo 2 del Anexo del presente Acuerdo.
2. Cuando un Miembro exportador conceda una licencia obligatoria en virtud del sistema expuesto en el presente artículo y el Anexo del presente Acuerdo, se recibirá en ese Miembro una remuneración adecuada de conformidad con el apartado h) del artículo 31, habida cuenta del valor económico que tenga para el Miembro importador el uso autorizado en el Miembro exportador. Cuando se conceda una licencia obligatoria respecto de los mismos productos en el Miembro importador habilitado, la obligación que corresponde a ese Miembro en virtud del apartado h) del artículo 31 no será aplicable respecto de aquellos productos por los que se reciba en el Miembro exportador una remuneración de conformidad con la primera frase de este párrafo.
3. Con miras a aprovechar las economías de escala para aumentar el poder de compra de productos farmacéuticos y facilitar la producción local de los mismos: cuando un país en desarrollo o menos adelantado Miembro de la OMC sea parte en un acuerdo comercial regional, en el sentido del artículo XXIV del GATT de 1994 y la Decisión de 28 de noviembre de 1979 sobre trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo (L/4903), en el cual la mitad como mínimo de las actuales partes sean países que figuran actualmente en la Lista de países menos adelantados de las Naciones Unidas, la obligación que corresponde a ese Miembro en virtud del apartado f) del artículo 31 no será aplicable en la medida necesaria para que un producto farmacéutico producido o importado al amparo de una licencia obligatoria en ese Miembro pueda exportarse a los mercados de aquellos otros países en desarrollo o menos adelantados partes en el acuerdo comercial regional que compartan el problema de salud en cuestión. Se entiende que ello será sin perjuicio del carácter territorial de los derechos de patente en cuestión.
4. Los Miembros no impugnarán al amparo de los apartados b) y c) del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994 ninguna medida adoptada de conformidad con las disposiciones del presente artículo y del Anexo del presente Acuerdo.
5. El presente artículo y el Anexo del presente Acuerdo se entienden sin perjuicio de los derechos, obligaciones y flexibilidades que corresponden a los Miembros en virtud de las disposiciones del presente Acuerdo fuera de los apartados f) y h) del artículo 31, incluidas las reafirmadas en la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública (WT/MIN(01)/DEC/2), ni de su interpretación. Se entienden también sin perjuicio de la medida en que los productos farmacéuticos producidos al amparo de una licencia obligatoria puedan exportarse conforme a las disposiciones del apartado f) del artículo 31.”

Decisión de 2003 y convertir en permanente la previsión que contempla la exportación de medicamentos a países en desarrollo sin capacidad productiva y a través de licencia obligatoria<sup>51</sup>. Ahora bien, hasta la fecha, este mecanismo sólo ha sido puesto en marcha una vez: con la exportación de Canadá a Ruanda de antirretrovirales<sup>52</sup>.

Como recuerda Zapatero Miguel, entre las razones que justifican el que este mecanismo no haya tenido el éxito deseado se encuentra el hecho de que “las notificaciones al Consejo de los ADPIC de la mera intención de emplear el mecanismo exponen a los países en desarrollo a presiones políticas preventivas por parte de la industria farmacéutica así como de los propios países exportadores. [...] Al tiempo, la Decisión de 2003 *per se* erige un oneroso procedimiento para permitir la importación y exportación de genéricos”, entre otras<sup>53</sup>. Pero la situación hoy es especialmente inquietante. Como ha recordado Garrison, las restricciones a la exportación fueron superadas por la enmienda y la introducción del art. 31bis del ADPIC, que permite otorgar una licencia obligatoria para la exportación, aunque se han podido constatar sus dificultades prácticas. Ahora bien, no todos los Estados pueden beneficiarse de esta disposición, y es que, incluso, algunos han renunciado expresamente a hacer uso de este procedimiento<sup>54</sup>. Como ha dicho este autor, el 31(f) vuelve a ser el elefante en la habitación, por lo que “national compulsory licensing systems (including ‘public non-commercial use’ powers for the government itself) should be scrutinised and, if

---

<sup>51</sup> Véase “Se modifican las normas de la OMC relativas a la propiedad intelectual a fin de facilitar el acceso de los países pobres a medicamentos asequibles”, OMC. Noticias 23 de enero de 2017. Disponible en [https://www.wto.org/spanish/news\\_s/news17\\_s/trip\\_23jan17\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/news_s/news17_s/trip_23jan17_s.htm)

<sup>52</sup> Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Notificación de conformidad con el párrafo 2 C) de la Decisión de 30 de Agosto de 2003 sobre la aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública- Canadá, IP/N/10/CAN/1 de 8 de octubre de 2007, y Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Notificación de conformidad con el párrafo 2 C) de la Decisión de 30 de Agosto de 2003 sobre la aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública- Ruanda, IP/N/RWA/1 de 19 de julio de 2007.

Las notificaciones sobre las importaciones están disponibles en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/public\\_health\\_notif\\_import\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/public_health_notif_import_s.htm) y las notificaciones sobre las exportaciones en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/public\\_health\\_notif\\_export\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/public_health_notif_export_s.htm)

<sup>53</sup> ZAPATERO MIGUEL, P., “Políticas globales sobre patentes farmacéuticas y salud pública: hechos y ficciones”, *Anuario español de derecho internacional*, 28, 2012, p. 207.

<sup>54</sup> Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza han renunciado a ser miembros elegibles importadores. Véase la nota 3 de la Decisión del Consejo General de 30 de agosto de 2003, WT/L/540.

necessary, action taken to remove potential roadblocks” [...] “It is in their vital interests to make sure that they have a workable solution to the Art. 31(f) problem<sup>55</sup>”.

Ello conduce a buscar otros mecanismos alternativos al que provee esta Decisión, como ha hecho Bélgica, recurriendo a los arts. 8 y 30 del ADPIC con el objeto de adoptar las *medidas necesarias para proteger la salud pública*<sup>56</sup>. Y es que el escenario actual supera claramente el clásico en el que se han contrapuesto las propuestas de los países desarrollados y los países en desarrollo<sup>57</sup>. Para enfrentar el COVID-19 se está experimentando con medicamentos destinados a otras enfermedades, como el ébola, el VIH/sida o la malaria, muchos de ellos, protegidos mediante patente, pero dada la actual situación de emergencia de salud pública, se está considerando que sí es posible recurrir a licencias obligatorias<sup>58</sup>, tal y como se están planteando ya algunos Estados, como Chile<sup>59</sup>, Canadá<sup>60</sup>, Ecuador<sup>61</sup>, Israel<sup>62</sup> o Alemania<sup>63</sup>. Estas

---

<sup>55</sup> GARRISON, C., “Never say never- Why the High-Income Countries that opted-out from Art. 31bis WTO TRIPS system must urgently reconsider their decision in the face of the COVID-19 pandemic”, *Medicines Law and Policy*, 8 de abril de 2020, disponible en <https://medicineslawandpolicy.org/2020/04/never-say-never-why-the-high-income-countries-that-opted-out-from-the-art-31bis-wto-trips-system-must-urgently-reconsider-their-decision-in-the-face-of-the-covid-19-pandemic/>

<sup>56</sup> ZAPATERO MIGUEL, P., “Políticas globales sobre patentes farmacéuticas y salud pública: hechos y ficciones...”, *op. cit.*, p. 211.

<sup>57</sup> Véase Nota del Secretario General. Derecho a la salud. Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones relativas a los derechos humanos, incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, A/63/263, 11 de agosto de 2008, párr. 26 y ss.

<sup>58</sup> ZABALLOS, M., y PÉREZ, R., “Licencias obligatorias de patentes en tiempos de pandemia”, Blog Cuatrecasas, 1 de abril de 2020, disponible en <https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/licencias-obligatorias-de-patentes-en-tiempos-de-pandemia/>

<sup>59</sup> El Parlamento chileno ha elaborado un proyecto de resolución que acelera el procedimiento para obtener licencias obligatorias para el tratamiento del COVID-19. Proyecto de Resolución para el otorgamiento de licencias no voluntarias contempladas en el artículo 51.2 de la Ley nº 19030 de propiedad industrial para facilitar el acceso y disponibilidad a los medicamentos y tecnologías para la prevención, tratamiento y cura del coronavirus COVID-19, disponible en <https://www.keionline.org/wp-content/uploads/resolucioncoronavirus.pdf>

<sup>60</sup> Canadá ha procedido a modificar su legislación con el objeto de acelerar el mecanismo para conceder licencias obligatorias. Bill C-13, An Act respecting certain measures in response to COVID-19, House of Commons, March 24, 2020, disponible en <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/43-1/bill/C-13/third-reading#ID0ETCBA>

<sup>61</sup> GIL ABINADER, L., “Legislative Committee in Ecuador approves resolution on compulsory licensing of patents relating to the coronavirus”, *Knowledge Ecology International*, 20 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.keionline.org/32429>

<sup>62</sup> Israel ha concedido licencias obligatorias para explotar medicamentos protegidos mediante patente. A Permit to the State to Exploit and Invention Pursuant to Chapter Six, Article Three of the Patents Law 527-1967, March 18, 2020, disponible en <https://www.keionline.org/wp-content/uploads/A-Permit-to-the-State-to-Exploit-an-Invention-Pursuant-to-Chapter-Six-Article-Three-of-the-Patents-Law-527-1967.pdf>

ZABALLOS, M., y PÉREZ, R., “Licencias obligatorias de patentes...”, *op. cit.*

<sup>63</sup> KLOPSCHINKI, S., “German Government Plans Possibilities to Limit Patents In View of Corona Pandemic”, Kluwer Patent Blog, 2020, disponible en

medidas son respaldadas por la OMS, que considera prioritario luchar contra el COVID-19 internacionalmente<sup>64</sup>.

En el informe *Promover el acceso a las tecnologías médicas y la innovación. Intersecciones entre la salud pública, la propiedad intelectual y el comercio*, realizado a tres bandas entre la OMC, la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI) y la OMS<sup>65</sup>, se contempla la posibilidad de autorizar una licencia obligatoria en situaciones de “emergencia nacional, otras circunstancias de extrema urgencia o en casos de uso público no comercial”, en cuyo caso, “la licencia no tiene por qué ser principalmente para el abastecimiento del mercado interno”<sup>66</sup>. Para ello, se puede tomar como base jurídica los arts. 30 -como ya se ha dicho supra- y 73 ADPIC, como ha indicado Garrison<sup>67</sup>. Esta última disposición, relativa a las excepciones, podría permitir a los Estados limitar la protección mediante patente y otorgar licencias obligatorias al considerar que estamos ante “intereses esenciales de seguridad” (art. 73.b).

En el siguiente epígrafe, a través de los casos de estudios de dos países (Brasil y Guatemala), se examinará el desarrollo del derecho a la salud y sus implicaciones en el contexto pandémico actual. Este estudio se realizará desde el marco jurídico múltiple que ofrece la interacción del régimen internacional de protección de la propiedad intelectual, los sistemas de protección regionales e internacionales de derechos humanos y la legislación doméstica.

---

<http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/03/24/german-government-plans-possibilities-to-limit-patents-in-view-of-corona-pandemic/>

<sup>64</sup> SILVERMAN, E. “WHO director-general endorses a voluntary intellectual property pool to develop Covid-19 products”, Statnews, April 6, 2020, disponible en <https://www.statnews.com/pharmalot/2020/04/06/covid19-coronavirus-patents-voluntary-pool-world-health/>

<sup>65</sup> OMS, OMPI y OMC, “Promover el acceso a las tecnologías médicas y la innovación. Intersecciones entre la salud pública, la propiedad intelectual y el comercio, OMS, OMPI y OMC”, 2013, disponible en [https://www.wto.org/spanish/res\\_s/booksp\\_s/pantiwhowipowtoweb13\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/pantiwhowipowtoweb13_s.pdf)

<sup>66</sup> *Id.*, p. 70.

<sup>67</sup> GARRISON, C., “Never say never- Why the High-Income Countries..., *op. cit.*”

### III. LA REALIZACIÓN PROGRESIVA DEL DERECHO A LA SALUD EN LATINOAMÉRICA: DOS CASOS DE ESTUDIO.

En el continente Latinoamericano, la rápida propagación del COVID-19 se une a una serie de factores estructurales que indudablemente agravan las consecuencias de la emergencia en este territorio. En su reciente Informe sobre el impacto del COVID-19 en América Latina y el Caribe, las Naciones Unidas denuncian, entre otras cosas, sistemas de salud fragmentados y desiguales, falta de acceso a una atención médica e información de calidad, especialmente grave en las zonas rurales, que afecta en particular a los pueblos indígenas<sup>68</sup>.

Además, es vital señalar que la región depende de las importaciones extrarregionales de productos médicos esenciales para el tratamiento del COVID-19 y que menos del 4% de las importaciones provienen de la propia región<sup>69</sup>. Las restricciones a la exportación adoptadas por ya más de 70 países en todo el mundo están obstaculizando el suministro de productos esenciales para combatir la pandemia en la región.

En este contexto, se ha hecho evidente que la tutela efectiva del derecho a la salud, recogido en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pasa, en esta región, por adoptar medidas dirigidas a fortalecer la capacidad de producción de productos farmacéuticos y médicos<sup>70</sup>. Para tal fin, el modelo de Brasil y de las políticas adoptadas en este ámbito pueden servir de guía, tal y como analizaremos a continuación. La segunda parte de este epígrafe abordará el caso de Guatemala. En concreto, a través del estudio de dos casos, se examinarán las relaciones y los conflictos existentes entre las obligaciones de progresividad en materia de derecho a la salud y el régimen jurídico de protección de la propiedad intelectual.

---

<sup>68</sup> Naciones Unidas, *Policy Brief: El impacto de COVID-19 en América Latina y el Caribe*, julio 2020, p.8. Disponible en [https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/sg\\_policy\\_brief\\_covid\\_lac.pdf](https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/sg_policy_brief_covid_lac.pdf)

<sup>69</sup> ECLAC, “Restrictions on the export of medical products hamper efforts to contain coronavirus disease (COVID-19) in Latin America and the Caribbean”, COVID-19 Reports, May 2020, p. 1.

<sup>70</sup> En este sentido, es interesante traer a colación la teoría de la economista italiana, Mariana Mazzucato, que aboga por una intervención conjunta de sector público, universidad y sector privado para construir una “política industrial con finalidad” (mission-oriented industrial policy). M. Mazzucato, “The Entrepreneurial State: Implications for market creation and economic development”, XIV Raúl Prebisch Lecture, Santiago, ECLAC, 19 de abril de 2016. Disponible en [https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/cepal\\_prebsich\\_lecture\\_2016\\_-\\_mazzucato\\_final.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/cepal_prebsich_lecture_2016_-_mazzucato_final.pdf).

### III.A. BRASIL.

Brasil ha sido tradicionalmente uno de los actores del escenario internacional que con mayor determinación se ha opuesto a una estricta protección de la propiedad intelectual. El recurso a las licencias obligatorias ha representado una de sus armas principales en esta lucha. Las políticas adoptadas en este marco merecen por tanto ser objeto de análisis, en tanto dirigidas, en definitiva, a garantizar el derecho a la salud en su vertiente de acceso a productos farmacéuticos necesarios.

Formada por 540 compañías locales e internacionales, la industria farmacéutica brasileña lleva años consolidada como una de las realidades con mayor capacidad de producción de Latinoamérica<sup>71</sup>. Además, el gobierno cuenta con dieciocho laboratorios públicos que, además de llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo, desempeñan un papel importante en la producción de genéricos<sup>72</sup>.

Este Estado pasará a la historia por haber liderado las coaliciones de países en vías de desarrollo que, en última instancia, dieron lugar a los ya examinados documentos de referencia en el ámbito de la limitación de los efectos del ADPIC: la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública y la Decisión sobre la aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública<sup>73</sup>. Es más, estos cambios han transformado el marco jurídico internacional de la salud mundial, siendo este ámbito uno de los pocos en los que se puede observar una influencia real en la creación y modificación de las normas por parte de actores emergentes<sup>74</sup>.

En este sentido, es preciso notar que, tal y como ha subrayado Birkbeck<sup>75</sup>, los esfuerzos de este país en el plano de la negociación multilateral se combinan con la

---

<sup>71</sup> ICEX, “El mercado farmacéutico en Brasil”, Estudios de Mercado (Resumen ejecutivo), Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en São Paulo, junio 2017, p. 2. Disponible en <file:///Users/marta/Downloads/DOC2017739621.pdf>

<sup>72</sup> HOMEDES, N., y UGALDE, A., “Improving Access to Pharmaceuticals in Brazil and Argentina, *Health Policy and Planning* 21, 2006, pp. 123-131, citado en EIMER, T., y LÜTZ, S., “Developmental States, Civil Society, and Public Health: Patent regulation for HIV/AIDS Pharmaceuticals in India and Brazil,” *Regulation and Governance* 4, 2010 pp. 142.

<sup>73</sup> Además, con la finalidad de coordinar esfuerzos para afrontar desafíos comunes, ha creado, junto con otros países en vías de desarrollo, foros específicos como el Foro India-Brasil-Sudáfrica. <http://www.ibsa-trilateral.org/>

<sup>74</sup> SERRANO O., BURRI, M., “Making use of TRIPS flexibilities: Implementation and diffusion of compulsory licensing regimes in Brazil and India”, WTI Working Paper, marzo 2016, p. 2.

<sup>75</sup> BIRKBECK, C., *The Implementation Game: The TRIPS Agreement & the Global Politics of*

maximización de las flexibilidades recogidas en los ADPIC a través de la legislación nacional adaptándolas a sus necesidades domésticas.

De entre estos desarrollos domésticos destaca, como se ha adelantado, la regulación de las licencias obligatorias. La legislación brasileña establece que, por lo que respecta a los fabricantes locales, es suficiente demostrar que la tecnología patentada no se utiliza a nivel local. Así, si en los tres años que siguen a la concesión de una patente no se utiliza esta tecnología en Brasil, la Oficina de Patentes de Brasil puede emitir una licencia obligatoria, contra la cual no cabe apelación. En situación de emergencia, que incluyen el VIH/SIDA y otras enfermedades epidémicas, el Ministerio de Salud puede dictar licencias obligatorias sin necesidad de previa negociación con el titular de la patente afectada. En la práctica, la aplicación de las licencias obligatorias en Brasil puede ser calificada de efectiva en tanto en cuanto ha permitido la suministración de medicamentos gratuitos para combatir esta enfermedad a la mayor parte de las personas que los necesitan<sup>76</sup>.

Si bien es cierto que Brasil solo ha llegado a ordenar una licencia obligatoria en una ocasión para el uso de la patente de la farmacéutica Merck de un tratamiento antirretroviral por parte del gobierno, su compromiso con la tutela del derecho a la salud ante un potencial o real conflicto con las leyes de protección de la propiedad intelectual ha permitido a este Estado recurrir a otros mecanismos legales menos agresivos con el mismo resultado. Así, en el caso del fármaco Kaletra, un tratamiento para el HIV/SIDA, la aprobación en 2005 de la Ordenanza nº 985, que decretaba el interés público de este producto, fue suficiente para trasladar el mensaje de que, ante un fracaso de las negociaciones sobre el precio del producto, el gobierno estaba preparado para adoptar todas las medidas legales necesarias para tutelar el derecho a la salud de sus ciudadanos.

Un análisis integral de las interacciones entre la protección del derecho de propiedad intelectual y la protección del derecho a la salud en Brasil pasa necesariamente por hacer referencia al papel de las posiciones que, sobre esta cuestión, se han mantenido tradicionalmente en este país. Así, resulta pertinente traer a colación el análisis que, sobre este aspecto, realizan Serrano y Burri:

---

*Intellectual Property Reform in Developing Countries*, Oxford University Press, Oxford, 2009, P. 18

<sup>76</sup> EIMER, T., y LÜTZ, S., “Developmental States, Civil Society, and Public Health: Patent regulation for HIV/AIDS Pharmaceuticals in India and Brazil,” *Regulation and Governance* 4, 2010, pp. 144-145.



“(…) Furthermore, resisting an expansion of a “patents agenda” is part of a long developmentalist tradition espoused among others by the Brazilian foreign ministry (Itamaraty), which is one of the best staffed and most professional among the emerging countries. Opposition to this developmentalist stance has mainly come from the Brazilian Congress where attempts at reforming the patent legislation to make it more flexible have been blocked for a long time. (...) this explains why, despite opposition from the Brazilian Congress, the government has been able to further flexibilities. To sum up, unlike India, political demands and long-held views on development among key ministries in Brazil (particularly the Health Ministry and Itamaraty) have supported government-led efforts to promote IP flexibilities including compulsory licensing<sup>77</sup>”.

Con estos antecedentes, sin perjuicio de la necesidad de afrontar el desafío que nos plantea la pandemia COVID-19 desde la cooperación internacional, el recurso a las licencias obligatorias como instrumento para luchar contra la enfermedad en este país, ya propuesto por algunos legisladores, no debe ser excluida *a priori*<sup>78</sup>.

### **III.B. GUATEMALA.**

El contraste entre el marco jurídico de protección del derecho a la salud vigente en Guatemala y su efectiva tutela merece ser analizado en el presente trabajo en tanto que pone de manifiesto la importancia de complementar la adopción de una legislación adecuada con mecanismos efectivos de implementación que garanticen el efectivo disfrute de los derechos, especialmente cuando los mismos pueden entrar en conflicto con el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en relación a los productos farmacéuticos, como veremos en este epígrafe.

Junto con un sistema de protección regional, desarrollado al amparo de la Carta de la OEA y de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), e

---

<sup>77</sup> SERRANO O., BURRI, M., “Making use of TRIPS...*op cit.*, p. 11.

<sup>78</sup> Statnews, “Brazilian lawmakers propose compulsory licensing for Covid-19 products”, 13 de abril de 2020, disponible en <https://www.statnews.com/pharmalot/2020/04/13/brazil-covid19-compulsory-license-coronavirus/>

internacional, ratificado en su versión más garantista por este Estado<sup>79</sup>, el derecho a la salud en Guatemala goza de protección Constitucional<sup>80</sup>. En este sentido, no faltan pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca dirigidos precisamente a tutelar este bien jurídico protegido<sup>81</sup>.

El caso Kaletra, que veremos a continuación, ilustra, sin embargo, los desafíos a los que se enfrenta, en la práctica, el efectivo disfrute del derecho a la salud en Guatemala a través del acceso al tratamiento médico necesario. En el ámbito de los productos farmacéuticos, a primera vista, la legislación nacional guatemalteca parece favorecer el desarrollo de medicamentos genéricos. Así, la Ley de Contrataciones del Estado exige que, de entre las alternativas presentadas durante el proceso de licitación, el Ministerio de Salud opte por la opción más asequible a la luz de un análisis de costo-beneficio transparente e imparcial<sup>82</sup>. La efectiva adopción del mencionado criterio se ha visto sin embargo obstaculizada en más de una ocasión por irregularidades anticompetitivas en los procesos de licitación, con las consiguientes consecuencias para

---

<sup>79</sup> Recordemos, entre otras cosas, que, en 2009, Guatemala ratificó el Protocolo Facultativo del PIDESC, que establece un mecanismo de denuncia para las personas víctimas de violaciones de derechos reconocidos en el referido instrumento.

<sup>80</sup> Véanse los artículos 93 (califica la salud como derecho fundamental), 94 (obliga al Estado a velar por la salud) y 95 (otorga a la salud el carácter de bien público) de la Constitución guatemalteca. Disponible en <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/GUATEMALA-Constitucion.pdf>

<sup>81</sup> Véanse, entre otros, un interesante pronunciamiento de la Corte, en el que se conecta la tutela del medio ambiente con la protección del derecho a la salud. En este caso, el tribunal otorga el amparo a la parte recurrente, en tanto que estima que, como consecuencia de la decisión de la autoridad municipal de trasladar una Terminal de Buses Extra-Urbanos a una determinada zona, en abierta violación de la previa resolución prohibiendo tal traslado por parte de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, se había violado su derecho a la salud. Corte de Constitucionalidad, Sentencia n.1282-2002, de 28 de mayo de 2003, Gaceta Jurisprudencial n.68 – Apelaciones de Sentencias de Amparo. Para un elenco detallado de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en materia de derecho a la salud, véase el trabajo de RICHTER, M., “La protección del derecho a la salud en la jurisdicción constitucional guatemalteca”, Opus Magna, Constitucional Guatemalteco, Tomo IV, 2011, pp. 217-256.

<sup>82</sup> Ley de Contrataciones del Estado de 21 de octubre de 1992, aprobada por Decreto n° 57-92, art. 28 (Criterios de calificación de ofertas), segundo párrafo (reformado por el artículo 6 del Decreto Número 46-2016 del Congreso de la República de fecha 27 de octubre de 2016): "Para el caso de productos medicinales, material médico quirúrgico, dispositivos médicos, gases médicos, fórmulas infantiles, material de diagnóstico por imágenes y productos sucedáneos de la leche materna que sean adquiridos a través de contrato abierto o subasta electrónica inversa, una vez calificado el cumplimiento de los requisitos que establece el Reglamento para el Control Sanitario de los Medicamentos y Productos Afines, en lo que se refiere a seguridad, eficacia y calidad, se utilizará el precio más bajo como criterio de calificación, siempre y cuando este precio no sea igual o superior al precio de referencia otorgado por el Instituto Nacional de Estadística -INE-." Disponible en <https://www.mspas.gob.gt/images/files/dam/marcolegal/DECRETONUMERO5792.pdf>

la efectiva realización del derecho a la salud que ello conlleva y que han sido denunciadas por distintas organizaciones<sup>83</sup>.

No deja de ser redundante afirmar a estas alturas que si hay dos ámbitos legislativos enfrentados por definición, estos son el régimen internacional de propiedad intelectual y el régimen internacional de protección de los derechos humanos. Como veremos a través del examen del asunto Kaletra, la modificación de las flexibilidades del Acuerdo sobre el ADPIC a las que se ha aludido en el epígrafe anterior, no se ha traducido, por el momento, en una efectiva mejoría de la tutela del derecho a la salud en Guatemala.

Esto se debe, fundamentalmente, a la existencia de un conflicto entre el contenido de la Ley de Propiedad Industrial guatemalteca<sup>84</sup> y el alcance del derecho a la salud, en su vertiente de acceso a los medicamentos (teóricamente tutelado en este país, entre otros, a través de la modificación de las flexibilidades). Por un lado, es importante subrayar que la historia de reformas de este texto normativo está estrechamente ligada a las negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos (DR-CAFTA), ratificado por Guatemala en 2004<sup>85</sup>, que superó el nivel de protección de la propiedad intelectual en la actualidad recogido en el ADPIC, que, por primera vez, establece un plazo de 20 años para las patentes. Así, en la actualidad, tras una serie de polémicas modificaciones<sup>86</sup>, la Ley de Propiedad Industrial exige en Guatemala 5 años de exclusividad de los datos de prueba, lo cual va más allá de lo requerido por el texto del citado Tratado de Libre Comercio<sup>87</sup>. Antes de entrar en el estudio casuístico, es importante señalar que, en relación a los productos farmacéuticos, esta disposición queda exceptuada “cuando sea necesario proteger la seguridad en el uso de los mismos, la vida o la salud o en casos de emergencia nacional declarada<sup>88</sup>”.

<sup>83</sup> Véase, en este sentido, Organización Panamericana de la Salud (OPS), Opinión técnica al evento DNCAE N° 08-2005 para la provisión de productos medicinales y farmacéuticos paquete I, II, y III, 2005; Organización Panamericana de la Salud (OPS), Expediente N° EIO.GUA 442-2004/DESC, 2004.

<sup>84</sup> Ley de Propiedad Industrial, Decreto n° 57-2000.

<sup>85</sup> El Acuerdo entró en vigor en Guatemala el 1 de julio de 2006.

<sup>86</sup> Para un análisis detallado de las presiones ejercidas sobre Guatemala por parte de Estados Unidos en el período que precedió la firma del CAFTA, véase SNODGRASS GODOY, A., “CAFTA, Intellectual Property, and the Right to Health in Central America”, en DREYFUSS, R.C. y RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. (dir.), *Balancing Wealth and Health. The Battle over Intellectual Property and Access to Medicines in Latin America*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp.123-124.

<sup>87</sup> Ley de Propiedad Industrial, Decreto n° 57-2000, art. 177 (a).

<sup>88</sup> Ley de Propiedad Industrial, Decreto n° 57-2000, art. 177 bis (a).

Ahora bien, ¿qué implicaciones tiene este límite temporal de 5 años sobre el efectivo disfrute del derecho a la salud en Guatemala? El asunto Kaletra puede esclarecer algunos aspectos de esta compleja cuestión.

En el año 2000, la farmacéutica Abbot registró el medicamento Kaletra, un compuesto multidrogas formado por dos inhibidores de la proteasa, el lopinavir y el ritonavir, que se usa para tratamiento de primera y segunda línea del VIH/SIDA. Habiendo obtenido la autorización de venta con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto 57-2000, el medicamento se benefició de una protección de datos de prueba de 15 años. Debe subrayarse que la protección de datos recogida en el DR-CAFTA no produce ningún efecto hacia un procedimiento administrativo como la exclusividad de los datos de prueba. Tal y como resumen Martínez Piva y Tripo, “(...) El productor genérico aún tendría que confiar en los datos de las pruebas clínicas de la compañía farmacéutica originaria para producir la droga y dado que estos están protegidos, la nueva empresa no podrá fabricar el fármaco<sup>89</sup>”.

En 2005, tras la interposición de sendos recursos basados en prácticas anticompetitivas, los productores genéricos lograron detener la adjudicación del contrato público a la empresa Abbot en Guatemala. Ello no impidió, sin embargo, que el gobierno comprara el medicamento directamente a la farmacéutica durante los tres años siguientes<sup>90</sup>. Los datos disponibles han permitido a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) analizar los precios correspondientes en 2009 y en 2012, elaborando una tabla<sup>91</sup> comparativa que evidencia la diferencia de precios entre la farmacéutica, los productores de genéricos y con los precios ofrecidos a las compras públicas realizadas a través del Fondo Estratégico de la Organización Panamericana de la Salud:

---

<sup>89</sup> MARTÍNEZ PIVA, J.M., y TRIPO, F., *Innovación y propiedad intelectual: el caso de las patentes y el acceso a medicamentos (LC/MEX/TS.2019/13)*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2019, p. 69.

<sup>90</sup> Como consecuencia del a adjudicación directa y sin procedimiento de licitación, no se ha publicado información acerca del precio pagado por el medicamento o la cantidad comprada del mismo.

<sup>91</sup> MARTÍNEZ PIVA, J.M., y TRIPO, F., *Innovación y propiedad intelectual...op cit.*, p. 70.

**Cuadro III.3**  
**Guatemala: costos comparados de medicamento Kaletra, 2009 y 2012**

	2009	2012
Tabletas de Kaletra compradas	2 308 000	3 193 320
Costo por mes ( <i>en quetzales</i> )	490	116,20
Costo anual por paciente ( <i>en quetzales</i> )	5 500	1 400
Fondo Estratégico OPS ( <i>en quetzales</i> ) (Lopinavir 200 mg + Ritonavir 50 mg)	52,37 - 90,00 (tratamiento por mes)	42,65 - 82,00 (tratamiento por mes)

**Fuente:** Elaboración propia sobre la base del Plan Estratégico Nacional de VIH y Sida 2011-2015 (PNS), Guatemala.

Conviene notar que, a pesar de la existencia consolidada de alternativas genéricas al Kaletra, este medicamento sigue disfrutando de una posición privilegiada en el país. La política estatal adoptada en referencia a esta cuestión evidencia que “la sola presencia de una alternativa genérica en el mercado no garantiza un mayor acceso al medicamento, como sucedió en Guatemala donde a pesar de que una versión genérica de antirretroviral estaba disponible durante años antes de la introducción de Kaletra, el Estado decidió comprar solo la versión de patente<sup>92</sup>”.

En conclusión, en el presente caso es posible inferir que, a pesar de la existencia de un marco jurídico internacional que tutela el derecho a la salud en Guatemala, y su reconocimiento como derecho progresivo, junto con la vigencia de acuerdos comerciales que prevén flexibilidades de cara a garantizar el acceso a los medicamentos a través del desarrollo de genéricos, el Estado de Guatemala ha renunciado a hacer uso de los instrumentos que tiene a disposición (importaciones paralelas y licencias obligatorias) para garantizar el disfrute de este derecho.

En línea con lo anterior, la sentencia de la CIDH en el caso Cuscul Pivaral y otros c. Guatemala de 23 de agosto de 2018 no llega como una sorpresa. En este caso, la Corte entra a conocer de una presunta responsabilidad internacional del Estado de Guatemala por la violación de diversos derechos reconocidos en la Convención Americana, entre los que se encuentra el derecho a la salud, en perjuicio de 49 personas diagnosticadas con VIH entre 1992 y 2003<sup>93</sup>. El asunto llega a la Corte a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que presenta un Informe en el que

<sup>92</sup> *Id.*

<sup>93</sup> CIDH, Caso Cuscul Pivaral y otros c. Guatemala, Sentencia de 23 de agosto de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_359\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf)

establece una serie de omisiones por parte del Estado que habrían tenido un impacto directo en el disfrute del derecho a la salud, vida e integridad personal de las víctimas.

A efectos del presente trabajo, resulta interesante traer a colación algunos extractos del referido pronunciamiento. Por un lado, cabe resaltar que en esta sentencia la Corte realiza un notable esfuerzo dirigido a definir el alcance y el contenido de la obligación de realización progresiva del derecho a la salud que vincula al Estado de Guatemala:

“(…) la obligación de realización progresiva prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal. Este riesgo ocurre en relación con personas que viven con el VIH que no reciben atención médica adecuada. Por ende, la Corte considera que el Estado incumple sus obligaciones convencionales de realización progresiva al no contar con políticas públicas o programas que de facto –y no sólo de jure– le permitan avanzar en el cumplimiento de su obligación de lograr la plena efectividad del derecho a la salud<sup>94</sup>”.

Además, la Corte considera probado el incumplimiento de las obligaciones estatales en materia de protección progresiva del derecho a la salud, en violación del artículo 26 de la Convención Americana en la medida en que el Estado “no proveyó tratamiento médico antes del año 2004 para garantizar el derecho a la salud de dichas personas, salvo para atender a un número limitado de personas, confiando esta tarea en la acción de organizaciones no gubernamentales<sup>95</sup>”.

Por otro lado, y en el marco del tema que nos ocupa, esta sentencia no puede dejar de calificarse como una oportunidad perdida por parte de la Corte de pronunciarse sobre la conexión entre la obligación de realización progresiva del derecho a la salud y la inacción ante la existencia de barreras legales en materia de propiedad intelectual:

“Teniendo en cuenta que los hechos objeto de la controversia, en lo que respecta a aquellos presuntamente constitutivos de una violación del principio de progresividad por las alegadas barreras legales en materia de propiedad intelectual, y la normativa y práctica sobre contratación administrativa y de alegados factores de corrupción, no están

---

<sup>94</sup> *Id.*, para. 146.

<sup>95</sup> *Id.*, para. 147.

contemplados en el marco fáctico sometido por la Comisión, la Corte considera que en el presente caso no es procedente pronunciarse sobre si estos constituyeron la base de una violación al principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención<sup>96</sup>”.

Así, la Corte lamenta no poder entrar en el fondo de este asunto, presentado por primera vez ante esta instancia por la parte denunciante, y no por la Comisión, incurriendo así en un defecto de forma invalidante:

“En el mismo sentido, el Tribunal advierte que la Comisión tampoco hizo referencia en su Informe de Fondo a la práctica y la normativa en materia de contratación administrativa o de actos de corrupción que constituyeran un obstáculo para disponer de forma efectiva de los recursos disponibles.

En relación con lo anterior, la Corte recuerda que el marco fáctico del proceso ante ella se encuentra constituido por los hechos contenidos en el Informe de Fondo. En consecuencia, no es admisible que las partes aleguen nuevos hechos distintos a los contenidos en dicho Informe, sin perjuicio de exponer aquellos que permitan explicar, aclarar o desestimar los que hayan sido sometidos a la consideración de la Corte. (...)”<sup>97</sup>”

Decisión que viene en última instancia justificada en virtud del “equilibrio procesal de las partes<sup>98</sup>”.

La argumentación presentada por los representantes de las víctimas, y sobre la que la Corte no ha llegado a pronunciarse, deja apuntados algunos planteamientos interesantes de cara a la definición del alcance y contenido del principio de progresividad para la realización del derecho a la salud en su vertiente de acceso a medicación, que seguramente volverán a ser de actualidad en el marco de la pandemia por COVID-19 que está afectando al mundo entero.

“(…) En ese sentido, los representantes sostuvieron que el Estado, a pesar de tener conocimiento de la existencia de una epidemia de VIH en su territorio, adoptó medidas regresivas y no dispuso del máximo de sus recursos disponibles para prevenir la propagación del virus y garantizar el derecho a la salud. Específicamente, los representantes se refirieron a las barreras legales en materia de patentes que han

---

<sup>96</sup> *Id.*, para. 153.

<sup>97</sup> *Id.*, paras. 151 y 152.

<sup>98</sup> *Id.*, para. 152.

impedido el abastecimiento permanente de medicamentos de bajo costo por parte del sistema de salud público. De igual forma, los representantes se refirieron a obstáculos en materia de contratación administrativa y a actos de corrupción<sup>99</sup>”.

## CONCLUSIÓN

El 20 de abril de 2020, después de que México presentara una iniciativa para garantizar medicinas, vacunas y equipos médicos para luchar contra el COVID-19, la Asamblea General de Naciones Unidas hace un llamamiento a su SG para que éste, en colaboración con la OMS y otros organismos competentes del sistema de las Naciones Unidas,

“determine y recomiende opciones, incluidos enfoques para ampliar rápidamente la fabricación y fortalecer las cadenas de suministro que promuevan y garanticen el acceso justo, transparente, equitativo, eficiente y oportuno a instrumentos preventivos, pruebas de laboratorio, reactivos y materiales de apoyo, suministros médicos esenciales, nuevos diagnósticos, medicamentos y futuras vacunas de la COVID-19, así como su distribución en las mismas condiciones, con miras a ponerlos a disposición de todos los que los necesiten, en particular en los países en desarrollo<sup>100</sup>”.

Sin embargo, el crecimiento de las restricciones formales e informales a la exportación que ha tenido lugar de manera constante desde la adopción de esta resolución no resulta muy alentador de cara a la resolución conjunta del reto global al que nos enfrentamos.

Con un enfoque regional centrado en dos países latinoamericanos, se han abordado en este trabajo una serie de precedentes judiciales y de ejemplos de *realpolitik* surgidos para afrontar situaciones de emergencia por falta de productos farmacéuticos necesarios para garantizar el derecho a la salud.

Con todo, como anuncia Hoen, si bien los desarrollos unilaterales son importantes para abordar las preocupaciones inmediatas, hasta ahora no se ha planteado

---

<sup>99</sup> *Id.*, para. 140.

<sup>100</sup> Naciones Unidas, AG, Res. Cooperación internacional para garantizar el acceso a los medicamentos, las vacunas y el equipo médico con los que hacer frente a la COVID-19, A/Res/74/274 de 21 de abril de 2020.



---

cómo los avances técnicos contra el COVID-19 se desarrollarán y llegarán al mercado, y menos aún cómo estarán disponibles a nivel mundial. Todo ello precisa de una intensa cooperación internacional (y por qué no, incluso cambios normativos más garantistas, claros y transparentes), y no de intentos estatales unilaterales<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> HOEN, E., “COVID-19 and the comeback of compulsory licensing”, *Medicines Law and Policy*, de 23 de marzo de 2020, disponible en <https://medicineslawandpolicy.org/2020/03/covid-19-and-the-comeback-of-compulsory-licensing/>

## BIBLIOGRAFÍA

- ALKIRE, A., DIRKSEN, J., NOGALES, R., y OLDIGES, C., “Multidimensional Poverty and COVID-19 Risk Factors: A Rapid Overview of Interlinked Deprivations across 5.7 Billion People”, Oxford Poverty and Human Development Initiative (OPHI) Briefing 53, Oxford, abril 2020.
- BIRKBECK, C., *The Implementation Game: The TRIPS Agreement & the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- BOGDANDY, A. y VILLARREAL, P.A., “International Law on Pandemic Response: A first stocktaking in light of the Coronavirus Crisis” Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2020, MPIL Research Paper Series, nº 2020-07.
- BONADIO, E. y BALDINI, A., “COVID-19, patents and the never-ending tension between proprietary rights and the protection of public health”, *European Journal of Risk Regulation*, abril 2020.
- EIMER, T., y LÜTZ, S., “Developmental States, Civil Society, and Public Health: Patent regulation for HIV/AIDS Pharmaceuticals in India and Brazil,” *Regulation and Governance* 4, 2010.
- GARRISON, C., “Never say never- Why the High-Income Countries that opted-out from Art. 31bis WTO TRIPS system must urgently reconsider their decision in the face of the COVID-19 pandemic”, *Medicines Law and Policy*, 8 de abril de 2020.
- GIL ABINADER, L., “Legislative Committee in Ecuador approves resolution on compulsory licensing of patents relating to the coronavirus”, *Knowledge Ecology International*, 20 de marzo de 2020.
- MANERO SALVADOR, A., “Nuevas tendencias normativas en el régimen jurídico internacional del comercio de medicamentos”, en Faramiñán Gilbert, Juan Manuel (ed.), *Globalización y comercio internacional: actas de las XX Jornadas de la AEPDIRI* 2005 pp. 171-181.

MARTÍNEZ PIVA, J.M., y TRIPO, F., *Innovación y propiedad intelectual: el caso de las patentes y el acceso a medicamentos (LC/MEX/TS.2019/13)*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2019.

RICHTER, M., “La protección del derecho a la salud en la jurisdicción constitucional guatemalteca”, *Opus Magna, Constitucional Guatemalteco*, Tomo IV, 2011.

SERRANO O., BURRI, M., “Making use of TRIPS flexibilities: Implementation and diffusion of compulsory licensing regimes in Brazil and India”, *WTI Working Paper*, marzo 2016.

ZAPATERO MIGUEL, P., “Políticas globales sobre patentes farmacéuticas y salud pública: hechos y ficciones”, *Anuario español de derecho internacional*, 28, 2012.

---

# EL SISTEMA EDUCATIVO INDÍGENA PROPIO – SEIP, UNA POLÍTICA PÚBLICA EMERGENTE DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE COLOMBIA<sup>1</sup>

## *THE OWN INDIGENOUS EDUCATION SYSTEM - SEIP, AN EMERGING PUBLIC POLICY OF THE INDIGENOUS PEOPLES OF COLOMBIA*

María Elena Tobar Gutiérrez<sup>2</sup>

*Universidad de la Sabana.*

### RESUMEN

El problema fundamental es el riesgo inminente de la existencia y la pervivencia de los pueblos indígenas y el derecho a una educación propia; el objetivo, construir un sistema educativo indígena propio (SEIP) que permita la autonomía administrativa educativa. Asunto que es analizado desde las categorías de la razón cosmopolita; de una lógica de la diversidad, de las ausencias y las emergencias propuestas por Boaventura de Sousa Santos. La investigación parte de la experiencia misma de los pueblos y de sus autoridades en la lucha por conservar su identidad y fortalecerla a través de la educación propia, identificando las lógicas que subyacen a este esfuerzo, las propias y las extrañas, las conquistas en el plano jurídico, administrativo y académico.

**PALABRAS CLAVE:** Política pública, Sistema educativo, Indígena, Propio, Sujetos de derechos.

### ABSTRACT

The main trouble is the imminent risk of the existence and survival of native peoples and the right to their own education; The objective is to build its Own Indigenous Educational System (OIES) that allows them educational and administrative

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 06 de octubre de 2020 y aprobado el 09 de noviembre de 2020.

<sup>2</sup> Antropóloga (Universidad del Cauca), Magíster en Etnolingüística (Universidad de los Andes) y Magíster en Dirección - Gestión de Instituciones Educativas, Candidata del Doctorado en Educación (Universidad de la Sabana). Experiencia de trabajo con organizaciones de base de los pueblos indígenas y con instituciones del Estado (MEN, DNP, DANE y JEP) desde el enfoque de derechos humanos.

autonomy. Issue that is analyzed from the categories of cosmopolitan reason; of a logic of diversity, of absences and emergencies proposed by Boaventura de Sousa Santos. The research starts from the very experience of the peoples and their authorities in the struggle to preserve their identity and strengthen it through their own education, identifying the logics that underlie this effort, their own and the strange ones, the conquests in the legal plane administrative and academic.

**KEYWORDS:** Public policy, Educational system, Indigenous, Own, Subjects of rights.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. I. UNA NUEVA COMPRESIÓN. II. UN DIÁLOGO ENTRE CULTURAS DIVERSAS. III. LA POLÍTICA PÚBLICA Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS. IV. DECURSO HISTÓRICO DE LA POLÍTICA PÚBLICA EDUCATIVA. V. LA LLAMADA ETNOEDUCACIÓN. VI. AUTONOMÍA EDUCATIVA. VII. CONTRUCCIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. VIII. ACUERDOS RELACIONADOS CON EL DERECHO A LA EDUCACIÓN. CONCLUSION.

\* \* \*

## INTRODUCCIÓN

Tanto en Colombia como en los países de la región, el derecho a la educación se considera un factor importante para el logro del objetivo de la transformación social, orientada a la búsqueda de una sociedad más equitativa y, en particular, respetuosa de la diversidad cultural. En ese sentido, las naciones tienen la inmensa responsabilidad de formular e implementar políticas públicas que garanticen el cumplimiento de los fines de la educación. De esta manera se considera que el derecho a la educación es fundamental, no sólo para que los pueblos indígenas rompan el patrón de exclusión y discriminación, sino como un medio que les garantice el goce efectivo de sus derechos humanos, individuales y colectivos.

Colombia, a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, pasa de señalar a los indígenas como salvajes y menores de edad, a reconocer al país como pluriétnico y multicultural; declara la oficialidad de las lenguas nativas en sus

territorios; reconoce el derecho que les asiste a los grupos étnicos con tradiciones lingüísticas propias, a una educación bilingüe; facilita los mecanismos institucionales para la participación de las comunidades en la dirección y administración de su educación y el derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

El reconocimiento de estos derechos también se vio favorecido por la promulgación de normas internacionales en este mismo sentido, como el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en 2007, entre otras, en donde el derecho a la educación es pieza fundamental para el reconocimiento de los demás derechos de los pueblos indígenas. Es así como, a partir de la expedición de la Ley General de Educación en 1994, Colombia empezó a dar los primeros pasos hacia el reconocimiento del mandato constitucional de la educación para los grupos étnicos -incluidos los pueblos indígenas- a la que denominó Etnoeducación, que si bien constituyó un avance importante, el control de la formulación, desarrollo e implementación de los contenidos educativos continuaron a cargo del Estado, adoptando una suerte de "indigenización" de la educación occidental con una precaria participación de los pueblos indígenas y de los demás grupos étnicos en las decisiones educativas.

Durante las dos últimas décadas, los pueblos indígenas han sostenido un proceso de concertación con el Gobierno Nacional para el reconocimiento pleno de los derechos establecidos en la Constitución; entre ellos, el ejercicio de su autonomía educativa. En este sentido, los pueblos indígenas han enfocado sus esfuerzos en la reivindicación del derecho a una educación propia que respete su cosmovisión, su identidad, su cultura, sus costumbres y sus lenguas nativas, situación que ha llevado a asumir un proceso de formulación compartida entre el Estado y las Organizaciones indígenas del Sistema Educativo Indígena Propio (SEIP), como política pública educativa para los pueblos indígenas en Colombia, el cual debería haber sido reconocido e implementado en el marco del ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas; sin embargo, no se ha dado el paso del ejercicio de su autonomía administrativa; por el contrario, surgen una suerte de interferencias que no han permitido la culminación del proceso de concertación de esta política pública educativa para los pueblos indígenas del país.

El camino que emprendieron los pueblos indígenas tiene un amplio horizonte y por ello, se espera que tanto los pueblos indígenas como el Estado tomen en cuenta el precedente de lo acaecido con la Etnoeducación en Colombia y así, prever un destino distinto en relación con la implementación del SEIP.

Si bien, por parte de las instancias principalmente del nivel nacional del Estado, se han dado avances sustanciales en relación con la promulgación de normatividad que reconoce los derechos de los pueblos indígenas en materia educativa y se han realizado algunos ajustes a los procedimientos y estructuras institucionales en dirección al SEIP. Aun así, éstos no han sido suficientes; los progresos en esta materia no se han dado con el ritmo esperado y en su lugar, han dejado al descubierto grandes vacíos y dificultades para enfrentar este reto, que conducen a preguntarse si el SEIP actualmente *¿reúne las condiciones necesarias para ser una política pública educativa sostenible para los pueblos indígenas en Colombia?*

Para contestar este interrogante es imperativo caracterizar el proceso de construcción del SEIP, lo cual supone, entre otros aspectos, la comprensión de los avances, obstáculos y dificultades encontrados hasta ahora en el camino, así como las dinámicas de relacionamiento entre los pueblos indígenas y el Estado colombiano en los niveles local, regional, nacional. Lo anterior permitirá también el entendimiento de las razones por las cuales, retomando los planteamientos de Santos (2009), las ausencias o vacíos del Sistema Educativo Nacional se constituyen en las emergencias del SEIP.

Los pueblos indígenas expresan preocupación tanto por los acuerdos que no se cumplen, como por el derecho a un Sistema Educativo Indígena Propio que, como política pública, valore, garantice, respete, fortalezca y viabilice el derecho a ejercer una educación apropiada para la condición pluriétnica, multicultural y plurilingüe que posee la población indígena en Colombia, en el marco de la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas (CONTCEPI), instancia que hace parte de la Mesa Permanente de Concertación, y que fue conformada para preparar y discutir las propuestas que conduzcan a acuerdos relacionados con el derecho a la educación de los pueblos indígenas.

El presente artículo da testimonio del avance en la elaboración de la tesis doctoral “El Sistema Educativo Indígena Propio: Política Pública Educativa de los Pueblos Indígenas de Colombia”, que se ha venido realizando a través de un ejercicio

investigativo que recoge los avances organizativos en cuanto a los procesos educativos propios de los pueblos indígenas en el marco de sus respectivos planes de vida; para esto, se han realizado entrevistas a personas involucradas en el proceso de consolidación del SEIP en distintas regiones de Colombia, y se han considerado, planteamientos de estudiosos sobre los temas de la educación indígena y sobre las epistemologías del Sur, a fin de identificar sustentos teóricos que aporten al análisis de los niveles y dimensiones del relacionamiento entre las organizaciones indígenas y el Estado, en los que es referente clave el pensamiento de las personas que han vivenciado, liderado o trabajado al interior de pueblos indígenas en el proceso de la educación indígena propia y el SEIP.

Esta investigación quiere también contribuir al proceso de permanencia y pervivencia de los pueblos indígenas, al rescate y fortalecimiento de la identidad cultural, representado en su cosmovisión, sus costumbres y sus lenguas nativas, sus saberes, conocimientos y prácticas propias; a la defensa de su territorialidad y al ejercicio de su legítima autonomía.

## **I. UNA NUEVA COMPRENSIÓN**

La ciencia y el conocimiento que han sustentado la revolución industrial, han generado monopolio y divisiones artificiales y caprichosas; en particular, separando e incluso enfrentando al ser humano y a la naturaleza en un dualismo en el que el ser humano se convierte en amo y señor y ella, es vista como un mero recurso para explotar, sin importar los daños al ambiente, a los ecosistemas y por supuesto a los seres humanos. Todo se juzga y valora por el exclusivo rasero de lo útil y placentero. El lucro y el consumo se han erigido en el mundo industrializado, como la meta última de la sociedad y su máximo motor de desarrollo. Un frenético desarrollo centrado en el comercio, la ganancia rápida, fácil y engañosa. Así avanzan las lógicas construidas por la modernidad y la postmodernidad hasta constituirse en un verdadero régimen cultural, hegemónico y economicista, del mundo globalizado.

Con estos ojos, el grupo de población dominante en nuestro país, que es la mirada de las élites, y, sobre todo, que es la mirada de los intereses financieros



multinacionales, son quienes ha trazado hasta hoy los lineamientos y derroteros que deciden el presente y el futuro de los pueblos y comunidades indígenas que habitan en el territorio nacional. Como consecuencia, se ha querido homogenizar al mundo indígena con los parámetros de la población dominante, se ha ignorado en los procesos educativos, su lengua y las particularidades culturales que le son propias, se han expropiado sus tierras, se han invadido sus territorios y han sido desplazados y empujados a vivir en los cordones de miseria de pueblos y ciudades, se les han impuesto guerras que no les pertenecen y sistemas jurídicos que les son extraños.

Se trata de 115<sup>3</sup> pueblos nativos que se encontraban en lo que se llamó el Nuevo Reino de Granada, muchos siglos antes de que este Estado existiera. Pese al impacto negativo de la colonización, con estos pueblos han sobrevivido 65 idiomas nativos y más de 290 formas dialectales. Los pueblos indígenas representan el 4.4% de la población del país, pero al observar su diversidad cultural, sus saberes ancestrales, su compenetración armónica con la madre tierra y su espiritualidad profunda, se convierten en un referente indispensable y esencial para la preservación de la vida humana en el planeta y la pervivencia de un mundo multicultural.

El indígena, como consecuencia del choque con occidente, siguiendo las lógicas que plantea De Sousa, B. (2009) en su sociología de las ausencias y de las emergencias, desarrollado en el marco del proyecto denominado “la reinención de la emancipación social”, se encuentra avanzando en procesos que lo abocan a convertirse de sabio en ignorante, en razón a la monocultura del saber racionalista y científicista hegemónico; de ser un hombre inmerso en sus tradiciones y mitos portadores de sentido, en un ser residual al que hay que despertar e insertar en la historia monocultural liberándolo de su engaño y desorientación; de ser señor de su mundo, en autonomía y dignidad, en un ser inferior y sometido; de tener una certeza en su cosmovisión amplia y global, a un producto local, marginal e insignificante; de ser hijo de la madre tierra y custodio de ella, por arte del productivismo capitalista, avanza a convertirse en un ser improductivo y un obstáculo para el desarrollo.

Se hace necesario y urgente implantar una nueva lógica que revele la diversidad y multiplicidad de las prácticas sociales y hacerlas creíbles, una lógica que hable de la

---

<sup>3</sup> De acuerdo con el Censo de población y vivienda de 2018. Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) Colombia.

ecología de los saberes, de la ecología de las temporalidades y del sentido, de la ecología del reconocimiento de las categorías humanas, de la ecología de escalas de pensamiento y acción y de la ecología de las productividades (producciones y distribuciones sociales). Una lógica que amplíe la visión de realidad y que incluya las realidades ausentes que, por vía del encubrimiento, del silenciamiento, de la supresión y marginación han sido catalogadas por la cultura occidental como no existentes (Cf. De Sousa, B. “*Una epistemología del Sur: la invención del conocimiento y la emancipación social*” (2009), pág. 125).

Frente a la racionalidad occidental que, De Sousa, B. denomina la “razón indolente” –aludiendo a Leibniz- propone una “razón cosmopolita”, para ello considera necesario identificar y trabajar sobre las “epistemologías de los conocimientos ausentes”, desde los que conforma la sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias, para lo cual se debe realizar la crítica de la razón metonímica. Esta razón monocultural tiene como fundamento una idea de totalidad bajo la forma de orden. Entiende las partes de la realidad como elementos que se encuentran subordinados a una única totalidad que los encierra. Nada puede existir fuera de esa totalidad, no es posible otra totalidad, las partes, por sí mismas, tampoco pueden ser concebidas como una totalidad.

Este totalitarismo ideológico oculta realidades que escapan a su visión, a su capacidad de comprensión, las que cataloga de imposible y, por imposible, se ausentan, es decir, se marginan y excluyen. De aquí que, experiencias y procesos educativos propios de los pueblos indígenas han sido sistemáticamente desconocidos, relegados, desvalorizados y minimizados por parte de las instancias gubernamentales. Son estas las ausencias que hay que hacer presentes, hacer visibles, darles reconocimiento y credibilidad para que esta riqueza no siga siendo desperdiciada. Porque la experiencia social en el mundo es más amplia y variada de lo que la racionalidad occidental conoce y considera importante. Esta razón cosmopolita va y ve más allá del sistema educativo occidental en términos de sus planteamientos pedagógicos, administrativos y políticos.

Pero, De Sousa no sólo critica la razón metonímica, sino también la razón proléptica, que es parte de la razón indolente. Esta razón percibe el futuro a partir de la monocultura del tiempo lineal. El futuro para ella es un infinito, homogéneo y vacío que nunca se alcanza, pero hacia el cual se debe avanzar. El futuro se hace inmenso, sin

medida, mientras el presente se reduce a instantes en continua fuga. La crítica propone entonces, contraer el futuro y considerarlo como algo escaso y como un objeto que hay que cuidar. Frente a ese futuro las posibilidades son escasas y definidas, estas son las emergencias, las urgencias, las exigencias de la vida concreta y real. Ese futuro es creado desde el hoy, y es de cuidado porque para alcanzar un determinado logro es indispensable crearlo en el presente. El futuro se modifica y cambia en el aquí y en el ahora.

Esta nueva racionalidad, esta nueva lógica trasforma las ausencias en presencias, pero no sólo es una presencia llamada a incidir en los procesos educativos propios del mundo indígena, es una presencia que tiene algo que decir al mundo occidental, algo que él ignora y no quiere escuchar. Algo que necesita, porque ninguna cultura es completa, y las culturas del mundo occidental tampoco lo son. Es un llamado también a ampliar con espíritu investigativo las múltiples alternativas que caben en el horizonte de posibilidad más allá de la realidad, más allá de las posibilidades en proceso y aún latentes que De Sousa denomina, con aire escatológico, los “todavía no”. Una nueva racionalidad capaz de traducir, es decir, de poner en diálogo las “experiencias del mundo”, tanto las disponibles como las posibles.

## **II. UN DIÁLOGO ENTRE CULTURAS DIVERSAS.**

La historia de las reivindicaciones de los pueblos indígenas por sus derechos y en particular por el derecho a la educación, denota la pugna entre las lógicas de dominación que desde la época de la Colonia hasta la actualidad han sido la constante en las instituciones del Estado de los sucesivos gobiernos coloniales y republicanos, y las lógicas de resistencia de los pueblos indígenas, sustentadas en sus particulares entendimientos del mundo y la vida, desde donde adquieren sentido sus particulares formas de gobernarse y de tomar decisiones.

Las lógicas del Estado se destacan por su índole “patriarcal, paternal y colonial”, a partir de las cuales impone, profundiza y sostiene el “sometimiento, despojo y eliminación de seres, saberes, y memorias colectivas, de territorios, epistemologías y espacios habitados desde donde se construye la vida” (Walsh. 2016) de los pueblos

indígenas. Es tanto, las lógicas indígenas de resistencia se caracterizan por el diálogo, el reconocimiento de la diversidad, la construcción colectiva, el respeto por los distintos seres y pueblos que habitan la tierra. Se trata de dos formas de comprender y relacionarse con los otros, que tienen su razón de ser en particulares concepciones del mundo, así como de actuar en la vida como pueblos, con conocimientos diversos.

### **III. LA POLÍTICA PÚBLICA Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS**

Sin entrar a discutir la legitimidad del Estado español en tierras americanas, ni la legítima autoridad de la República de Colombia sobre los pueblos indígenas, y dando por hecho que en la actualidad los pueblos están bajo su jurisdicción y soberanía, le cabe al Estado constituido una gran responsabilidad: velar por el ejercicio de los derechos de sus ciudadanos y por el acceso a los servicios. El derecho que puntualmente consideramos vulnerado históricamente en esta investigación es el derecho a la educación propia indígena. Esta es la situación socialmente problemática que ha requerido en todo tiempo de una solución ya que ocasiona profundos desequilibrios en la población indígena como la exclusión, la marginación y la pérdida de identidad. El poder del Estado, en los sucesivos gobiernos, y a través de diversas iniciativas, decisiones y acciones, ha hecho frente a esta problemática, promulgando diversas políticas públicas, que ciertamente han mitigado la problemática pero que aún no terminan de darle una solución definitiva.

Una de las mayores dificultades que ha presentado la construcción y la aplicación de estas políticas, es justamente el desconocimiento de lo que significa una política pública. “La política pública es la concreción del Estado en acción, en movimiento”, dice Vargas, A. (1999), frente a la sociedad y sus problemas. Y por estar justo en movimiento, las políticas públicas no se circunscriben exclusivamente a las instituciones del gobierno a través de las cuales realiza su acción el Estado, sino que deben estar presentes como protagonistas indispensables los ciudadanos, en este caso las comunidades indígenas y sus autoridades espirituales y territoriales. Tampoco la política pública se reduce a una ley o una norma; para su realización requiere de infraestructura, personas, recursos de distinta índole y de mecanismos que permitan a

los pueblos indígenas no sólo elevar sus solicitudes, quejas, desacuerdos y propuestas, sino y, ante todo, la ejecución coordinada y conjunta de tales políticas entre los pueblos ancestrales y el Estado. Todo esto, en el marco del derecho de los pueblos indígenas a participar en las políticas que les afecta mediante la consulta previa, libre e informada y lo que deriva este derecho frente a la efectiva participación de los pueblos (Convenio 169 OIT, art 6).

Una política pública educativa para los pueblos indígenas tiene como punto de inicio o surgimiento, la urgencia de rescatar y fortalecer la identidad cultural, territorial y la autonomía de los pueblos. Se requiere entonces de un proceso educativo propio que contribuya a la permanencia y pervivencia de los pueblos dentro de un estado pluriétnico y multicultural. Esta política ha sido definida como Sistema Educativo Indígena Propio, SEIP, que es un proceso integral formulado desde la ley de origen, de derecho mayor o derecho propio. Un sistema que ha de contar con espacios del saber; prácticas y conocimientos; formas propias de comunicación, las lenguas nativas; y los planes de vida inspirados en sus propios valores. (CONTCEPI, 2019. Norma SEIP artículos 5 - 7). Tanto la construcción de esta política como su ejecución, para que sea auténtica, para que responda a la lógica de la resistencia y no de la dominación, debe afrontarse desde el pensamiento en espiral, como afirma Gavilán en su texto: El pensamiento en Espiral: El paradigma de los pueblos indígenas.

“El modelo de pensamiento lineal es altamente determinista, como también reduccionista, toda vez que descompone el total en pequeñas partes, reduciendo las interacciones entre ellas. Considera todo, compuesto de partes independientes.

[...]

El modelo de pensamiento y acción en espiral es incluyente, y permite conectar el presente con el pasado, y en el caso de los pueblos originarios, permite comprender la factibilidad de construir futuro volviendo al pasado; vale decir a las raíces de su desarrollo como pueblo.” (Pág. 16 y 18).

Desde las lógicas del pensamiento en espiral, las diferencias, los conflictos y problemas se resuelven de manera distinta a como se plantearían desde la lógica del pensamiento lineal, por ello es importante analizar desde esas lógicas el proceso de negociación y concertación del SEIP entre las organizaciones y el Estado. La ejecución

de esta política involucra tanto a las instituciones del Estado como a los pueblos. Los procedimientos y acciones deben ser bien terminados, las competencias y la autonomía, los mecanismos de validación y los alcances jurídicos. Los componentes político organizativo, pedagógico, administrativo y de gestión. Se requerirá de un proceso continuo de evaluación, para llegar a acuerdos de una mirada desde la lógica de la espiral, para que al revisar los logros y desaciertos puedan ser interpretados de manera justa por las partes.

#### **IV. DECURSO HISTÓRICO DE LA POLÍTICA PÚBLICA EDUCATIVA**

Veamos de un modo sintético lo que ha sido la política pública educativa para los pueblos indígenas en Colombia, adoptada a través de normas y planes de desarrollo por parte de los sucesivos gobiernos nacionales:

La particularidad de estas políticas públicas exige tener en cuenta el contexto de la educación indígena y que los procesos iniciaron en el país hace cerca de cincuenta años; los dos más antiguos: el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y la Confederación Indígena Tairona (CIT) en la Sierra Nevada de Santa Marta. Mediante procesos de lucha y en algunos casos de confrontación, lograron la expedición del Decreto 1142 de 1978, el cual estableció: i) que los procesos educativos aprobados deberían estar de acuerdo con las características culturales y necesidades de cada etnia; ii) la participación de las comunidades en el diseño de sus programas educativos; iii) la alfabetización en la lengua materna; iv) la definición de criterios para la selección de maestros indígenas. Esta norma representó un importante avance para la educación indígena, pues este servicio educativo se contrataba con la iglesia católica para ser impartido en los pueblos indígenas de los llamados territorios nacionales, los más alejados, y de difícil acceso por condiciones geográficas.

En 1984 la Confederación Indígena Tairona (CIT) logra la expedición de la Resolución 3454, mediante la cual se reguló una Comisión para administrar la educación indígena en la Sierra Nevada y, adicionalmente formalizó los lineamientos generales de educación indígena. Dicha Comisión fue conformada por las autoridades

---

indígenas y por representantes del Departamento del César y del Ministerio de Educación Nacional.

En 1985, el Ministerio de Educación Nacional se ve en la necesidad de crear un Programa de Etnoeducación, que atienda las necesidades de los procesos educativos que adelantan algunos pueblos indígenas, así como los desarrollados por parte de los afrodescendientes en San Basilio de Palenque y en San Andrés y Providencia; el Programa desarrolló acciones para la elaboración y publicación de materiales educativos, capacitación de docentes indígenas y no indígenas e investigación para los procesos educativos indígenas y afrodescendientes.

Luego, la Constitución Política de 1991 en Colombia, devolvió la existencia a los pueblos indígenas, pasó a reconocer al país como pluriétnico y multicultural; todo lo contrario, a lo ocurrido en los comienzos de la vida republicana en Colombia cuando a los indígenas se les catalogó de salvajes, a quienes había que ir reduciendo a la vida civilizada, se respetó si, su organización por Cabildos y se declararon inajenables sus tierras (Ley 89 de 1890). Muy lejos estuvo la ley, en este último punto mencionado, de la ambición de los colonos y totalmente ausente de tribunales y entes territoriales.

La Constitución de 1991 significó un gran avance en términos de reconocimiento de los derechos colectivos e individuales, que corresponden a los pueblos indígenas, los cuales son pieza clave para la elaboración y el análisis de las políticas públicas referidas a estos pueblos. Es así como la Constitución de 1991, incluye en el artículo 7, el reconocimiento y protección por parte del Estado a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. En el artículo 10, reconoce que las lenguas y dialectos de los grupos son también oficiales en sus territorios y establece que la enseñanza que se imparte en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe. En el artículo 63, reconoce que las tierras de resguardo son inalienables, imprescriptibles e inembargables. En el artículo 68, establece que dichos grupos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural. El artículo 70, establece el principio de la igualdad con dignidad de todas las culturas existentes en el país. El artículo 286 reconoce a los territorios indígenas como entidades territoriales tal como los departamentos, los distritos y los municipios. El artículo 246 de la Constitución de 1991 crea la Jurisdicción Especial Indígena y los artículos 286 y 287 establecen que las entidades territoriales indígenas gozan, dentro del concepto de Estado

unitario, de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, en virtud de la cual pueden gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales. Los artículos 329 y 330, les reconoce formas solidarias y asociativas en el manejo de la propiedad, así como la particularidad de sus formas de gobierno según sus usos y costumbres y la autonomía en la toma de decisiones para la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas.

En el ámbito internacional se cuenta con el Convenio 169 de la OIT, que ingresó a la legislación nacional a través de la Ley 21 de 1991, y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, los cuales incluyen el derecho a la educación y los derechos lingüísticos de los Pueblos Indígenas; en particular en cuanto a la necesidad de conservación y fortalecimiento de la lengua propia, que implica a su vez conservar las tradiciones, transmitir saberes ancestrales de generación en generación, a la par del derecho a aprender la lengua mayoritaria del respectivo país y acceder al conocimiento de otras culturas. De otro lado “tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje” (Artículo 14).

La normatividad existente en cuanto al derecho a la educación señalaba la necesidad de hacer ajustes institucionales y legales; con la expedición de la Ley General de Educación en 1994, Colombia empezó a dar los primeros pasos hacia el desarrollo del mandato constitucional de la educación para grupos étnicos (incluidos los pueblos indígenas), a la que denominó Etnoeducación; en realidad buenos intentos, pero no suficientes.

En el año de 1996, el movimiento indígena se ve abocado a realizar acciones de hecho y como resultado de intensas negociaciones, el 8 de agosto el Gobierno Nacional expide el Decreto 1396 que crea *la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas* y el Decreto 1397, mediante el cual crea *la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas*, como instancia de concertación y negociación de políticas públicas y sus comisiones temáticas para los derechos humanos, el territorio y la educación para los pueblos indígenas.



Esta última es la instancia de concertación y negociación de políticas públicas, que actualmente cuenta con varias comisiones temáticas, entre las que están las de derechos humanos, salud propia, comunicaciones, mujeres indígenas, ambiental, coordinación entre el sistema nacional judicial y la Jurisdicción Especial Indígena y de educación para los pueblos indígenas.

En el año 2007 por el medio del Decreto 2406 fue creada la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas (CONTCEPI), en desarrollo del artículo 13 del Decreto 1397 de 1996.

La Ley 1381 de 2010 o Ley de Lenguas Nativas desarrolla los derechos lingüísticos de los pueblos originarios en el país.

En el año 2010, el movimiento indígena logró la expedición del Decreto 2500, por el cual se reglamenta de manera transitoria la contratación de la administración de la atención educativa por parte de las entidades territoriales certificadas, con los cabildos, autoridades tradicionales indígenas, asociación de autoridades tradicionales indígenas y organizaciones indígenas en el marco del proceso de construcción e implementación del sistema educativo indígena propio SEIP, el cual deberá ser evaluado.

El más reciente logro político-normativo es la expedición, luego de un intenso proceso de concertación, del Decreto 1953 de 2014 por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas, respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas, hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política de Colombia, referido a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas (ETIs). Este Decreto se refiere a varios de los sistemas de los pueblos indígenas, uno de ellos el Sistema Educativo Indígena Propio-SEIP, respecto de este plantea: i) definiciones y objetivos; ii) funciones de los territorios indígenas para administrar el SEIP; iii) distribución de competencias en lo correspondiente y equivalente a los niveles educativos preescolar, básica y media; iv) la certificación para la administración del SEIP; v) las causas para la pérdida de la certificación y, vi) la creación de instituciones de educación superior indígenas propias.

Durante tres décadas, los pueblos indígenas han sostenido un proceso de gestión frente al Gobierno Nacional, para el reconocimiento pleno de los derechos establecidos

en la Constitución Política, entre ellos el referido al ejercicio de su autonomía educativa. Los pueblos indígenas han enfocado sus esfuerzos en la reivindicación del derecho a una educación propia que respete su cosmovisión, su identidad, su cultura, sus costumbres y sus lenguas nativas, situación que ha llevado a asumir un proceso de formulación compartida entre el Estado y las Organizaciones indígenas del Sistema Educativo Indígena Propio - SEIP como política pública educativa para los pueblos indígenas en Colombia, el cual deberá implementarse en el marco del ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, tal como lo recoge la propuesta de norma de SEIP entregada por parte de la Secretaría Técnica de la CONTCEPI al Ministerio de Educación Nacional en octubre de 2019 y que se encuentra en espera del resultado del estudio que deba realizar el Gobierno nacional a fin de dar continuidad a la gestión para que se formalice.

## **V. LA LLAMADA ETNOEDUCACIÓN**

El decreto 804 del 18 de mayo de 1995, que reglamenta la atención educativa para los grupos étnicos, se fundamentó en la ley 115 de 1994, artículos 55 al 63. El Estado, en su propósito de proteger la identidad cultural, quiso construir políticas educativas, pero lo hizo sin la participación de los indígenas en calidad de actores directos, y sólo como interlocutores y activistas. La etnoeducación es sólo un apéndice de la educación nacional; tiene los mismos objetivos, los mismos principios, las mismas metas del país en cuanto a competencias, productividad, pedagogía y metodología. No es la respuesta a las necesidades de los pueblos, como no lo es tampoco la política de estado denominada Enfoque Diferencial.

La etnoeducación, que se legisló en el capítulo 3 de la ley 115 del 8 de febrero de 1994, ha hecho esfuerzos por ser etno-educativa y comunitaria, sin embargo, no ha logrado reconocer la particularidad de los procesos educativos propios de los pueblos indígenas, respetando la construcción de sus currículos propios. La etnoeducación no logró superar el modelo centralizado y excluyente de la educación oficial para transformarse en un horizonte socializador como en algún momento se planteó (Programa Etnoeducación MEN- PRODIC. 1990). Los proyectos etno-educativos se

concentran en la educación preescolar, básica (primaria y secundaria), media, no formal e informal, fragmentando así la educación propia desde criterios occidentales, cuando, según dice el Decreto 1953, cada pueblo debe establecer con autonomía sus ciclos y etapas que van desde las semillas de vida inicial hasta después de la muerte.

La educación debe ser liberadora, pero la práctica de tantos años de la asignación de este servicio en manos de la catolicidad misionera, se amplió posteriormente contribuyendo a la privatización de la educación. Los particulares tienen como fin el lucro, y las iglesias además el de adoctrinamiento.

El Decreto 804 de 1995, restringe la administración de la etnoeducación a la definición de calendarios académicos acordes con los calendarios agroecológicos de los pueblos étnicos, a la definición del gobierno escolar y del manual de convivencia acordes con sus tradiciones, usos y costumbres, la posibilidad del reconocimiento como establecimientos educativos de carácter comunitario, así como la construcción de infraestructuras y de materiales educativos acordes a sus realidades y particularidades culturales. De acuerdo con esta regulación, los indígenas no tienen la calidad de autoridades educativas dado que no tienen la facultad de nombrar docentes, ni administrar recursos ni procesos, estas funciones siguen centradas en las Secretarías de Educación.

Son variados los planteamientos que se han hecho sobre la etnoeducación, entre ellos los de Artunduaga, L. (1997), o Calvo, G. & García, W. (2013) que van desde la etnoeducación comprendida como una estructura para el diálogo entre la institucionalidad educativa y los indígenas, en distintos niveles territoriales, hasta considerarla un modelo de integración y homogeneización de los pueblos indígenas, e incluso plantearla como una estrategia institucional oficial para cooptar los procesos de la educación y la resistencia de los pueblos indígenas. Todas, apreciaciones que aportan en los análisis de la etnoeducación y que contribuyen a hacer la diferencia con los procesos de educación propia, bilingüe e intercultural que se originaron en los pueblos indígenas a partir de diálogos al interior de las comunidades acerca de la educación y la escuela a fin de construir una “noción diferente” de ellas (CRIC-PEBI, 2004: 47).

## VI. AUTONOMÍA EDUCATIVA

El Sistema de Educación Indígena Propio (SEIP) no es una construcción del Gobierno nacional sino de los pueblos indígenas. Surge como la posibilidad de cimentar políticas públicas con los aportes de los diferentes pueblos. Recoge y organiza el pensamiento nacional indígena y plantea su estructura. El Estado no tiene que construir la política educativa indígena, lo que tiene que construir es un marco de autonomía para que los pueblos indígenas puedan crear políticas propias. No es el Estado pensando en cómo trazar políticas para que los indígenas no pierdan su identidad cultural, sino el Estado que genera y mantiene los espacios de autonomía para que los indígenas creen sus propias políticas. El CRIC-PEBI “*¿Qué pasaría sin la escuela? 30 años de construcción de una educación propia*”, concibe el Sistema Educativo Propio como un “tejido social, espiritual y material de relaciones e interrelaciones” que supone construcción colectiva y se enraíza en las cosmovisiones de los pueblos indígenas (2004: 271).

El Decreto 2500 de 2010, reglamenta de manera transitoria la contratación educativa con los cabildos y autoridades tradicionales, establece que las entidades territoriales que administran la educación deben entregarla por vía de contratación a las autoridades indígenas en el marco del proceso de construcción e implementación del Sistema Educativo Indígena Propio (SEIP). Y el Decreto 1953 de 2014, basado en el artículo 56 de la Constitución, genera las normas orgánicas del SEIP y para la conformación de los territorios indígenas como entidades territoriales. Así podrán administrar directamente la educación como lo hacen los departamentos, municipios y los distritos, pero no en el marco de la ley 115 de 1993 sino del SEIP el cual guardará correspondencia con las estructuras, la autonomía y los componentes políticos, pedagógicos y administrativos propios. El marco jurídico que da la autonomía administrativa ya está creado, el paso a seguir es dar forma desde el punto de vista jurídico a la autonomía pedagógica, en tres componentes fundamentales, que según lo planteado por el PEBI-CRIC (2004) se describen así:

Componente político-organizativo: que es la propia cultura e ideología, el pensamiento propio, la propia cosmovisión, a través de la cual las autoridades indígenas crean, dirigen, evalúan y controlan el proceso educativo. No en la dirección a formar

---

una sociedad que produzca bienes y servicios, o que esté al servicio del capital, o para sostener sistemas políticos, sino en favor de la vida, vista integralmente en plena armonía con la dimensión espiritual y en comunión profunda con la madre tierra.

Componente pedagógico: que tiene que ver con la autonomía pedagógica, las nuevas y propias estructuras pedagógicas y metodológicas, que, con base en la investigación, van a responder a los planes de vida y los van a garantizar. Plantea la pedagogía comunitaria, aprender todos, entre todos y para todos. Desde la orientación de los seres espirituales, de los mayores, de los sabedores, de los profesores e incluso de los niños y las niñas; desde los calendarios propios y desde las pedagogías que orientan la vida y permiten que surja el pensamiento. Tiene que ver con la autonomía pedagógica, las nuevas y propias estructuras pedagógicas y metodológicas, que, con base en la investigación, van a responder a los planes de vida y los van a garantizar.

Componente administrativo y de gestión: este componente es tal vez el que ha requerido de mayor trabajo en razón a que abarca el tema del manejo de los recursos. El nombramiento de los dinamizadores, como son llamados los docentes en los procesos de la educación propia, y la administración de los recursos son temas sensibles para el gobierno en sus distintos niveles. La norma laboral, algo como el estatuto docente indígena, está en proceso de consolidación, se le llama capítulo de relacionamiento de los dinamizadores del SEIP para la educación propia indígena, e integra la orientación y administración de los procesos concernientes a los recursos económicos y al personal, el cual se espera regule las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de los dinamizadores del SEIP, así como lo hacen el Decreto 2715 del 21 de julio de 2009 y el Estatuto Docente o Decreto 2277 del 14 de septiembre de 1979, que regulan las personas que desempeñan la profesión docente regidos por el Decreto Ley 1278 del 19 de junio de 2002.

En la educación indígena propia, pesan más otros criterios a la hora de vincular, desvincular o ascender a los dinamizadores. La vinculación, se hace a través de elecciones comunitarias, estableciendo mecanismos de selección para evitar arbitrariedades. En cuanto a los procesos de ascenso, no sería sólo por concurso, tiempo, créditos y proceso formativo. De forma vertical, los ascensos pueden ser también por mérito en los procesos de formación, evaluaciones comunitarias (realizadas por las autoridades indígenas) y por aportes al SEIP.

Si bien, para los pueblos indígenas la educación propia representa un permanente desafío, la concertación y posterior vigencia del Decreto 1953 de 2014 pone en evidencia distintos niveles de avance en sus procesos educativos producidos por la diversidad cultural, territorial e histórica que representan. Ante el Decreto en mención, se generaron múltiples situaciones y visiones, como las de:

- Los pueblos indígenas con territorio que desean administrar, inician el proceso para la certificación y son reconocidos como entidad territorial.
- Los pueblos que teniendo territorio no desean asumir tareas administrativas, y que optan por aplicar sólo los componentes pedagógico y político.
- Quienes, atemorizados por el poco conocimiento de la norma se abstienen de asumir grandes responsabilidades.
- Quienes, se conforman con acceder a becas para sus jóvenes.
- Los pueblos que no tienen territorio constituido o han sido desplazados por el conflicto armado interno a cabeceras municipales o centros poblados, y no pueden aplicar el Decreto 1953.

El Decreto 1953, es resultado de un proceso de concertación entre el Gobierno nacional y los pueblos indígenas y equivale para los pueblos indígenas a la ley 715 de 2001, por la cual se dictan normas orgánicas para el país entre otros aspectos en cuanto a la educación, en materia de recursos y competencias entre la nación, las entidades territoriales y las instituciones educativas, se trata de la norma orgánica del Sistema General de Participaciones.

## **VII. CONSTRUCCIÓN DE ACUERDOS SOCIALES**

La reivindicación de los derechos que han realizado los pueblos indígenas y su inclusión en normas del nivel de políticas públicas como las que hemos mencionado en el devenir histórico y jurídico, representan una concepción y una práctica diferenciada de las políticas públicas, que por la acción del movimiento indígena, dejan de ser una decisión de un grupo de congresistas que, alejados del pueblo, deciden legislar sobre las

necesidades de ese pueblo; en este caso, se trata de procesos en que la iniciativa es de la comunidad y del pueblo que asume decisiones a partir de su autodeterminación, y las acuerda con la institucionalidad del Estado, en un espacio establecido formalmente para la negociación y concertación de este tipo de decisiones de nivel nacional y que tienen efectos sobre todos los pueblos indígenas del país (Decreto 1397 de 1996).

Otra parte significativa de la política pública para los pueblos indígenas está representada en los acuerdos de consulta previa, que sobre la educación indígena se han integrado al plan nacional de desarrollo. A modo de ejemplo, está el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un Nuevo País”, el cual fue sometido a discusión legislativa y luego expedido como la Ley No. 1753 de 2014. En este Plan de Desarrollo los pueblos indígenas junto con los otros dos grupos étnicos existentes en el país (comunidades afrodescendientes y pueblo Rrom o Gitano), lograron la inclusión de sus propuestas en distintos capítulos del Plan como resultado de sendos procesos de consulta previa.

En las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, en el eje de Seguridad, Justicia y Democracia para la construcción de Paz, al desglosar el objetivo relacionado con “Fortalecer las instituciones democráticas para la promoción, respeto y protección de derechos humanos, la construcción de acuerdos sociales incluyentes y la gestión pacífica de conflictos”, se incluye a los grupos étnicos en las acciones de fortalecimiento de diálogo social y participación y dado que el Plan de Desarrollo acoge el enfoque diferencial con miras a “visibilizar y materializar los derechos de los grupos étnicos”, incluye una línea de acción para el “Fortalecimiento de los procesos autónomos de los grupos étnicos para orientar, decidir, administrar y planear sus proyectos de vida colectivos en sus territorios, garantizando el reconocimiento de sus cosmovisiones, modelos de pensamiento y formas organizativas propias.”

En esa oportunidad, los acuerdos de consulta previa con los pueblos indígenas que llegaron a un total de 184, quedaron incluidos en forma de estrategias en los distintos componentes del Plan de Desarrollo, asumidos como compromisos del gobierno nacional a través de las distintas entidades sectoriales, los componentes del Plan de desarrollo son: Competitividad e Infraestructura Estratégicas, Movilidad Social, Transformación del Campo, Seguridad, Justicia y Democracia para la Construcción de Paz, Buen Gobierno, y Crecimiento Verde.

---

## VIII. ACUERDOS RELACIONADOS CON EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Los acuerdos que sintéticamente se presentan, integrados en los componentes de Competitividad e Infraestructura Estratégica y Movilidad Social, y que se realizaron con las entidades competentes fueron con el Ministerio de Educación Nacional:

- Consulta previa del Sistema Educativo Indígena Propio (SEIP).
- Implementación del Sistema Educativo Indígena Propio concertado con la CONTCEPI.
- Formación docente y dinamizadores indígenas.
- Formulación, concertación e implementación del plan decenal de lenguas nativas.
- Diálogo de conocimientos para lograr incidencia del pensamiento indígena en la educación colombiana.
- Fortalecimiento de los espacios de diálogo, participación y concertación.
- Administración de las semillas de vida, niños indígenas de 0 a 5 años.
- Acompañamiento y asistencia para la formulación y presentación de los proyectos.
- Establecimiento de tipologías especiales para el cumplimiento de los objetivos del SEIP según necesidades.
- Apoyar y promover a los Territorios Indígenas con el propósito que avancen en la creación y reconocimiento de Instituciones de Educación Indígenas Propias.
- Garantizar el acceso y permanencia de miembros de los Pueblos Indígenas en la Educación Superior.
- Implementación de un Programa de Educación Especial dirigido a personas indígenas con discapacidad.
- Armonización y ajuste del Programa de Alimentación Escolar (PAE).



Los acuerdos con Colciencias fueron:

- Programa para la promoción y conformación de equipos indígenas para la investigación, ciencia y tecnología.
- Convocatoria general de formación de capital humano de alto nivel.
- Participación en el Fondo de Ciencia Tecnología e Innovación (FCTI) del Sistema General de Regalías con enfoque diferencial.
- Financiamiento de un programa de investigación sobre los recursos forestales.
- Financiación de proyectos interculturales de investigación sobre las propiedades botánicas y medicinales.

En cuanto al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), el acuerdo consistió en:

- Garantizar el acceso de miembros de los Pueblos Indígenas a la Educación Técnica y Tecnológica mediante la ampliación de cupos para el ingreso.

Como se puede observar se trata de un conjunto de acuerdos en que los pueblos indígenas plantean aspectos que permitirán el desarrollo del SEIP en el marco de la institucionalidad que tiene que ver con la educación en el país, haciendo un ejercicio que apunta hacia la integralidad del SEIP, a pesar de que se realizan acuerdos con instituciones distintas. Las propuestas para estos acuerdos fueron presentadas de manera articulada y unificada por parte de las cinco organizaciones indígenas que conforman la Mesa Permanente de Concertación a la institucionalidad que por su parte se encuentra fragmentada y que por lo general no dialoga entre sí y en muchos casos tampoco internamente.

El ejercicio de articulación y unificación por parte de las organizaciones que representan a los pueblos indígenas implican la realización de procesos de acuerdo interno que se realizan desde las dinámicas comunitarias y sus formas de tomar decisiones para luego llegar al nivel de las organizaciones y que estas hagan la

sistematización, consolidación de las propuestas que presentarán para la negociación y concertación correspondiente, partiendo del hecho que los pueblos indígenas también son diversos y divergentes en sus planteamientos.

## CONCLUSIÓN

Con el SEIP se busca fundamentalmente generar un impacto sobre los actores generadores de política pública para los pueblos indígenas. Dada la realidad de las condiciones en las que se formulan las políticas públicas en Colombia, es fundamental comunicar el alcance que tiene la implementación de una política que garantice la estabilidad del SEIP y el impacto que tendrá sobre toda la población, no solamente sobre los pueblos indígenas. En esta medida, la investigación aporta en la mediación de la asimetría excluyente que se presenta entre los actores generadores de la política pública educativa para los pueblos indígenas y los destinatarios de esta.

El recorrido histórico que, a partir de los procesos de la educación propia e intercultural de los pueblos indígenas, muestra la posibilidad de planear políticas públicas desde el pensamiento y accionar de una base comunitaria, como se ha sostenido y desarrollado su planteamiento inicial de las escuelas comunitarias y la educación propia hasta la del Sistema Educativo Indígena Propio (SEIP), exige la necesidad de avanzar en la negociación y concertación a partir de criterios sostenidos en cuanto a su pertinencia, integralidad y construcción colectiva participativa.

Se trata del proceso de concertación y negociación más largo en Colombia, sólo la concertación del SEIP ha tomado desde mayo de 2003 a marzo de 2020, y el proceso sigue abierto con marcadas incertidumbres, más de cuatro periodos de Gobierno (cada uno de 4 años), que le han significado a los pueblos indígenas, concertar, avanzar, retroceder, retomar, volver a iniciar, sensibilizar, profundizar. Se trata definitivamente de un proceso de resistencia, entendida desde la fuerza del movimiento indígena.

El SEIP visto como una propuesta emergente, planteada desde el pensamiento de los pueblos indígenas, al Estado Colombiano, es un *cambio de paradigma*, un cambio de pensamiento no solo económico, climático, social o cultural. Se trata de liberar el pensamiento, de un modelo monolítico que va de manera acelerada conduciendo a la

---

humanidad a la autodestrucción. Se trata de una disputa de visiones y tiene que ver con la construcción de ese nuevo paradigma; referido a una manera propia de concebir la educación y su finalidad, que en síntesis es: formar sujetos políticos, capaces de proteger el territorio, la madre tierra, la vida, la identidad y el pensamiento; para detener situaciones de epistemicidio, de lingüicidio y, en síntesis, de ecocidio y de culturicidio. La educación propia va a redefinir el rumbo de las cosas.

Desarrollar autonomía política y administrativa significa un pulso, una lucha de poderes, porque en este asunto se toca la médula del poder político del Estado de una parte y de otra, las Autoridades ancestrales y sus líderes políticos, protegiendo la educación propia como mecanismo de pervivencia, no solo para sus pueblos sino para la humanidad. En efecto, implica una correlación de fuerzas, de lógicas y de visiones, que sin desfallecer, continúan dialogando a través de puentes movedizos, en la apuesta por la educación propia como sistema integral.

Por último, las Entidades Territoriales Indígenas (ETIs), siguen siendo una promesa incumplida de la Constitución política de Colombia y una omisión legislativa de la Ley de Ordenamiento Territorial. Los decretos “autonómicos” o transitorios cobran sentido, dado que les permitirán a los pueblos indígenas administrar funciones y competencias en sus territorios en materia de educación y otros sistemas concertados, siendo el SEIP el más adelantado.

La invitación que nos hacen los pueblos indígenas es (haciendo referencia a los planteamientos de De Sousa, B.) a reemplazar las monoculturas por las ecologías; precisamente la formulación e implementación del Sistema Educativo Indígena Propio es un paso hacia ello.

## Bibliografía

- Artunduaga, L. “*La etnoeducación: una dimensión de trabajo para la educación en comunidades indígenas de Colombia*”. En: Revista Iberoamericana de educación. N° 13. Educación bilingüe. (1997). Biblioteca virtual. [http://www.campus-oei.org/revista/frame\\_anteriores.htm](http://www.campus-oei.org/revista/frame_anteriores.htm)
- Calvo, G. & García, W. “*Revisión crítica de la etnoeducación en Colombia. Historia de la Educación*”, 32, 343-360. (2013). Recuperado de <http://revistas.usal.es/index.php/0212-0267/article/view/11296/11714>
- Consejo Regional Indígena del Cauca - Programa de Educación Bilingüe CRIC - PEBI.. “*¿Qué pasaría sin la escuela? 30 años de construcción de una educación propia*”. (C. R. Cauca, Ed.): Editorial Fuego Azul. Popayán. (2004).
- Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas – CONTCEPI. (Junio de 2013). “Perfil del Sistema Educativo Indígena propio” – SEIP. Sin publicar.
- Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas – CONTCEPI. “*Documento Norma del Sistema Educativo Indígena Propio-SEIP, por el cual se establece la política pública educativa indígena propia de los pueblos y las comunidades indígenas de Colombia en los territorios y se dictan otras disposiciones*”. (Bogotá. octubre 2 de 2019). Sin publicar.
- Congreso de la República. “*Ley 21 de 1991. [Convenio 169 de la OIT]*”. DO.: 39.720. Bogotá. (marzo 4 de 1991).
- Congreso de la República. “*Ley Orgánica del Plan de Desarrollo. [Ley 152 de 1994]*”. DO.: 41.450. Bogotá. (julio 19 de 1994).
- Congreso de la República. “*Plan Nacional de Desarrollo Prosperidad para Todos. [Ley 1450 de 2011]*”. DO.: 48.102. Bogotá. (junio 16 de 2011).
- Constitución Política de Colombia. [Const.] (1991). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

Decreto 1142 de 1978 del Ministerio de Educación Nacional, por el cual “por el cual se reglamenta el artículo 118 del Decreto - ley número 088 de 1976 sobre educación de las comunidades indígenas” Bogotá. (1978).

Decreto 1397 de 1996 del Ministerio del Interior “Por medio del cual se crea la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y se crea el programa especial de atención a los Pueblos Indígenas.” Bogotá. (1996).

Decreto 2500 de 2010 del Ministerio de Educación Nacional, “Por el cual se reglamenta de manera transitoria la contratación de la administración de la atención educativa por parte de las entidades territoriales certificadas, con los cabildos, autoridades tradicionales indígenas, asociación de autoridades tradicionales indígenas y organizaciones indígenas en el marco del proceso de construcción e implementación del sistema educativo indígena propio SEIP.” Bogotá. (2010).

Decreto 1953 de 2014 del Ministerio del Interior, “Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política” Bogotá. (2014)

De Sousa, B. “*Una epistemología del Sur: la invención del conocimiento y la emancipación social*”. Primera edición. Traducción Consuelo Bernal y Mauricio García Villegas. México: Siglo del Hombre Editores. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales- CLACSO. (2009).

Gavilán, V. “*El pensamiento en espiral. El paradigma de los pueblos Indígenas*”. Working Paper series 40. Ñuke Mapuförlaget. (Sin fecha).

Ley 89 de 1890 del Congreso de la República de Colombia, “*por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que se reduzcan a la vida civilizada*” Bogotá. (1890).

Ley 115 1994 del Congreso de la República de Colombia, “por la cual se expide la Ley General de Educación”. Bogotá. (1994).

Ley 1381 de 2010 del Congreso de Colombia, “Por la cual se desarrollan los artículos 7o, 8o, 10 y 70 de la Constitución Política, y los artículos 4o, 5o y 28 de la Ley 21 de 1991 (que aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y

tribales), y se dictan normas sobre reconocimiento, fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las lenguas de los grupos étnicos de Colombia y sobre sus derechos lingüísticos y los de sus hablantes” Bogotá. (2010).

Programa Etnoeducación (MEN) PRODIC “El Giro”. *“Etnoeducación Conceptualización y Ensayos”*. Bogotá, Colombia. (1990).

Resolución 3454 de 1984 del Ministerio de Educación Nacional. *“Por la cual se establecen unos lineamientos generales de la Educación Indígena Nacional, se crea un Comité Técnico Coordinador, se organiza la administración de los servicios educativos oficiales y se adopta un Plan Curricular para las Comunidades Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, y se dictan otras disposiciones.”* Bogotá. (1984).

Vargas, A. *“Notas sobre el Estado y las políticas públicas”*. Almudena Editores. Colombia. (1999).

Walsh, C.. *“¿interculturalidad y (de)colonialidad? Gritos, grietas y siembras desde Abya Yala”*. (2016). Recuperado de: <file:///E:/IP%20INTERCULTURALIDAD%20Y%20EDUC/Interculturalida%20y%20Decolonialidad%202%20CATHERIN-WALSH.pdf>

Walsh, Catherine (Edt.). *“Pedagogías Decoloniales. Prácticas insurgentes de resistir, re(existir) y (re)vivir”*. Tomo I. Serie Pensamiento decolonial. Ecuador: Abya Yala. (2017).

---

## **EL MODELO GEOPOLÍTICO DE LOS PARTIDOS INTERNACIONALES ENTRE EL REALISMO OFENSIVO Y LA GEOPOLÍTICA CRÍTICA. <sup>1</sup>**

### ***THE GEOPOLITICAL MODEL OF INTERNATIONAL MATCHES BETWEEN OFFENSIVE REALISM AND CRITICAL GEOPOLITICS***

Carmine de Vito <sup>2</sup>

*Universidade Rey Juan Carlos*

#### **RESUMEN**

Este documento tiene como objetivo ofrecer un modelo geopolítico original de análisis para el estudio de las relaciones internacionales.

Un modelo sistémico a raíz del enfoque neo-realista; dialogar con el estado de conflicto que caracteriza la contemporaneidad de las relaciones entre estados. Para ello, parecía apropiado introducir y calificar los conceptos de international matches, position intelligence, conflict in the gray zone and tolerability, como piedras angulares necesarias del proceso de teorización.

Un aspecto fundamental del estudio es la colocación de la dinámica de confrontación de los Estados en el esquema interpretativo de la teoría superior del realismo ofensivo de John Mearsheimer, que estudia las políticas en conflicto entre las grandes potencias y las estrategias utilizadas para aumentar la proporción del poder relativo.

El realismo ofensivo constituye tanto una referencia como una estructura dogmática, por tanto anclar el mecanismo funcional de consolidación y expansión del poder relativo de los Estados en el componente dinámico-teleológico - partidos internacionales.

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 01 de octubre de 2020 y aprobado el 10 de noviembre de 2020.

<sup>2</sup> Universidade de Lisboa-Instituto de Educação e Faculdade de Belas Artes de Lisboa. Email: anaserrarochoa@gmail.com

---

La Geopolítica crítica es el momento cualitativo, así como la chispa de inicio del proceso funcional del sistema.

**PALABRA CLAVE:** partidos internacionales, realismo ofensivo, conflicto en la zona gris, inteligencia de posición, estado de guerra, tolerabilidad, geopolítica crítica.

**ABSTRACT**

This document aims to offer an original geopolitical model of analysis for the study of international relations.

A systemic model in the wake of the neo-realist approach; dialogical to the state of conflict that characterizes the contemporaneity of relations between states. For this purpose, it appeared appropriate to introduce and qualify the concepts of international matches, position intelligence, conflict in the gray zone and tolerability, as necessary cornerstones of the theorization process.

A fundamental aspect of the study is the collocation of the dynamics of confrontation of States in the interpretative scheme of John Mearsheimer's superior theory of offensive realism which studies the conflicting policies between great powers and the strategies used to increase the share of relative power.

Offensive realism constitutes both a reference and a dogmatic structure, and then anchors the functional mechanism of consolidation and expansion of the relative power of states in the dynamic-teleological component - international matches.

Critical Geopolitics is the qualitative moment, as well as the spark of initiation of the functional process of the system.

**KEYWORD:** international matches, offensive realism, conflict in the gray zone, position intelligence, State of war, tolerability, critical geopolitics

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. LA NUEVA COMPARACIÓN INTERNACIONAL I. PARTIDOS INTERNACIONALES Y REALISMO OFENSIVO. II. INTELIGENCIA DE POSICIÓN Y PODER RELATIVO. III. CONFLICTO EN LA ZONA GRIS (CONFLICT EN GRAY ZONE). IV. ESTADO DE GUERRA Y TOLERABILIDAD. V. MISIÓN Y GEOPOLÍTICA CRÍTICA. CONCLUSIONES.

\* \* \*



## INTRODUCCIÓN. LA NUEVA COMPARACIÓN INTERNACIONAL

El punto de partida de esta reflexión - durante Covid - es que el sistema internacional es (ahora) anárquico<sup>3</sup> como condición previa compartida en el marco interpretativo de la confrontación entre los Estados, que es extremadamente líquido y rápido en la codificación de las condiciones de avance.

La pandemia del SARS-CoV-2 con sus dimensiones sociales, políticas y económicas también impactará como un evento de ordenamiento en el esquema híbrido de la competencia global.

Para John Ikenberry<sup>4</sup>, es muy probable que el colapso económico y la crisis social empujen a los grandes actores hacia una mayor desconfianza, rivalidad y desacoplamiento estratégico.

Esta premisa es parte integral del análisis de mutación del paradigma de comparación en el sistema internacional: el modelo basado en las "esferas de influencia"<sup>5</sup> se reduce significativamente, mientras que la comparación entre estados asume una proyección transversal y dinámica.

Con un cambio de esquema: de un modelo multipolar jerárquico frontal a una multipolaridad anárquica<sup>6</sup> con expansión asimétrica. Los procesos de expansión y hegemonía se logran mediante la codificación y análisis de oportunidades estratégicas - choques regionales - partidos internacionales, tanto en la fase de construcción como en la fase de intervención y resolución.

La propuesta, sin duda, sigue la estela del pensamiento geopolítico neorrealista<sup>7</sup>; sistémico, ya que define el dinamismo y la fuerza de expansión de los actores del

---

<sup>3</sup> PALANO D., *Il Mondo Anarchico di Kenneth Waltz*, cit. Teoria della politica internazionale, pag. 199 "fra gli Stati lo stato di natura è lo stato di guerra, ossia una situazione in cui ogni singolo stato può decidere autonomamente sul ricorso alla forza e in cui la guerra può scoppiare in qualsiasi momento", [www.academia.edu/11446139/Il\\_mondo\\_anarchico\\_di\\_Kenneth\\_N\\_Waltz\\_recensione\\_a\\_Elena\\_Acuti\\_I\\_limiti\\_del\\_neorealismo\\_L\\_evoluzione\\_teorica\\_di\\_Kenneth\\_Waltz\\_AlboVerso](http://www.academia.edu/11446139/Il_mondo_anarchico_di_Kenneth_N_Waltz_recensione_a_Elena_Acuti_I_limiti_del_neorealismo_L_evoluzione_teorica_di_Kenneth_Waltz_AlboVerso)

<sup>4</sup> IKEBERRY J., [foreignpolicy.com](https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/), Cómo el mundo cuidará de la pandemia de coronavirus, <https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>

<sup>5</sup> CAVEDAGNA S, FARHAT A., A. MADDALUNO, *La Guerra fredda non è mai finita. Geopolitica e strategia dopo il secolo americano*, GoWare, Firenze 2018..

<sup>6</sup> WALTZ K.N., *Teoria della politica internazionale*, il Mulino, Bologna 1987.

<sup>7</sup> *Ibidem*

Estado-nación sobre características reales: coherencia, cohesión, misión-geoestrategia y poder.

Por otro lado, la ausencia de estas características - todas o algunas- determina las condiciones de vulnerabilidad y debilidad, o en relación, el comienzo de la restricción política y económica.

En comparación con el enfoque sistémico neorrealista de Kenneth Waltz en el que el objeto del análisis científico es el sistema en su unidad de perspectiva estructural<sup>8</sup>, eclipsando el comportamiento de los Estados movidos por sus propios componentes exógenos (naturaleza de los regímenes, ideología, cohesión, fascinación, conocimiento tecnológico y poder), esta reflexión vuelve a proponer la capacidad de determinación de los estados como factor decisivo; actores internacionales que reafirman su calidad como príncipes que toman decisiones en el ciclo de los imperios.

El componente dinámico y misionero se vuelve central para el objetivo de explicar el giro actual en términos de comparación, entonces su teorización en la política internacional.

Los mecanismos de magnitud y compensación *del equilibrio de poder* cambian a una dimensión elástica, donde "propósito", "interés" y "misión" representan la figura cualitativa de la gobernanza de los Estados: nuevos sujetos catalizadores de la "geopolítica crítica"<sup>9</sup>, es decir de la capacidad de la clase dominante para moverse en la triple dimensión de "hacer, comunicar y contar".

---

<sup>8</sup> ARCHIBUGI M.K., *Rivisitando il neorealismo: Kenneth Waltz tra teoria della politica internazionale e teoria strutturale della politica*, Rivista italiana di scienza politica, 1/2007, aprile, pp. 113-124, Il Mulino, Bologna.

<sup>9</sup> BORJA E. *Intelligence e Geopolitica, Incroci plurimi, ieri come oggi*, Gnosis, Rivista italiana di Intelligence, [http://gnosis.aisi.gov.it/gnosis/Rivista45.nsf/ServNavig/45-29.pdf/\\$File/45-29.pdf?OpenElement](http://gnosis.aisi.gov.it/gnosis/Rivista45.nsf/ServNavig/45-29.pdf/$File/45-29.pdf?OpenElement) Cit. *expresión polisémica; para captar su amplitud conceptual, utilizamos la taxonomía propuesta por los teóricos geopolíticos más brillantes*, Gerard Toal (propuesta. Gear-id Tuathail). Según este autor, tres dominios distintos caen bajo este término a los que atribuir tantas etiquetas: 1) geopolítica práctica (acción gubernamental); 2) geopolítica popular (comunicación y dimensión pública); 3) geopolítica formal (estudio de la geopolítica).

## I. PARTIDOS INTERNACIONALES Y REALISMO OFENSIVO

La nueva política exterior de Estados Unidos personificada por el presidente Donald Trump es una representación plástica de esta: un realismo<sup>10</sup> ostentoso y doctrinal según el cual cada estado busca explotar su poder para maximizar sus intereses en un contexto internacional intrínsecamente competitivo: un "juego de suma cero" donde el equilibrio último está garantizado por el hecho de que el éxito de un partido corresponde *ipso facto* a la derrota de otro.

Trump aclara el concepto a-valorial de "interés" que se convierte en "interés nacional"<sup>11</sup> y por lo tanto cambiante y prioritario.

El resultado es el cambio de la estrategia de geo-expansión, es decir, el modus y el alcance: ya no frontal sino vectorial con disputas que se abren en un tablero de ajedrez geopolítico asimétrico.

Siria, Libia, Venezuela y Bolivia se convierten en muchos partidos internacionales - *international matches* - que lógicamente funcionan con los nuevos vectores de expansión y con las nuevas condiciones de equilibrio.

Los partidos pueden tener una lógica a corto y medio plazo o a largo plazo dependiendo de la visión estratégica subyacente: la primera de la expansión económica y diplomática general; la segunda de la mera especulación política o geoestratégica.

Este esquema permite a los actores comportarse casualmente: cambios de rumbo, simulaciones, trabajando en conjunto en un *limes*, mientras que en otro, posicionándose tácticamente en lógicas opuestas.

La evolución de la crisis libia con la intervención de Turquía en lugar de Rusia nos da la demostración visual del paradigma contemporáneo de la confrontación entre los Estados: un nuevo modelo de relación con geometrías iridiscentes de interés sobre una base de sin valor .

---

<sup>10</sup> DE PERO M., *La Doctrina Trump*, Atlas Treccani, Roma, 2019  
[www.treccani.it/magazine/atlanter/geopolitica/La\\_dottrina\\_Trump.html](http://www.treccani.it/magazine/atlanter/geopolitica/La_dottrina_Trump.html)

<sup>11</sup> ARESU A., GORI L., *L'interesse nazionale: la bussola dell'Italia*, il Mulino collana "Pubblicazioni Arel", Bologna 2018.

En esta perspectiva, el pensamiento de John Mearsheimer es de gran apoyo, en particular con la doctrina sobre el offensive realism<sup>12</sup> (Realismo ofensivo).

Para los realistas estructurales, el sistema internacional está determinado por dos factores: la anarquía internacional, la ausencia de una autoridad supranacional capaz de garantizar la seguridad de los Estados y la distribución relativa del poder entre los Estados.

Si para Waltz, los Estados permanecen atentos al equilibrio<sup>13</sup> de poder para evitar la aparición de poderes hegemónicos y en el caso del equilibrio roto, los estados con la menor cuota de poder tienden a fusionarse para restaurarlo, según una lógica que él llama "defensive realism" (realismo defensivo), Mearsheimer centra su análisis en las grandes potencias, consideradas las únicas capaces de influir en el sistema internacional.

Para Mearsheimer, sólo los grandes jugadores son los verdaderos poseedores del poder real ofensivo - cognitivo y militar - capaz de lograr el avance estratégico y maximizar la cuota relativa de poder.

La teoría del *realismo ofensivo* constituye la estructura dómica del modelo teórico geopolítico esbozado de los partidos internacionales<sup>14</sup> - *international matches* - que basa su matriz teleológica central en crisis internacionales, nodos estratégicos de consolidación y expansión del poder relativo de los Estados.

El término "crisis" proviene del verbo griego "krino" que significa "dividir", "elegir", "juzgar", "decidir". Históricamente, el sustantivo krísis siempre denotó alternativas claras y desafiantes, todas las cuales se remontan a la noción de un momento histórico decisivo.

La crisis crea incertidumbre y requiere una decisión<sup>15</sup>.

Sin embargo, la decisión se complica precisamente porque está paralizado por la incertidumbre y la irrevocabilidad de sus consecuencias. Además, el

---

<sup>12</sup> MEARSHEIMER J.J., *The tragedy of great power politics*, Norton, New York 2003.

<sup>13</sup> WALTZ K.N., *Theory of international politics*, Long Grove, Illinois: Waveland Press, 2010.

<sup>14</sup> DE VITO C., *Crisi istituzionale in Bolivia; il modello geopolitico delle partite internazionali; introduzione al concetto di Intelligence di posizione*, Sicurezza, Terrorismo e Società, International Journal, Fascicolo 11 | 2020, Università Cattolica, Milano <http://www.sicurezzaerrorismosocieta.it/fascicolo-11-2020/> .

<sup>15</sup> COLOMBO C., *Tempi decisivi. Natura e retorica delle crisi internazionali*, Feltrinelli, Milano 2014.

estado de crisis siempre se mide por una contracción del tiempo: hay un tiempo limitado para reaccionar ante la amenaza o para salir de un *empasse*.

Carl Schmitt teorizó "el estado de excepción"<sup>16</sup> como una solución al estado de crisis, es decir, una respuesta adecuada fuera de lo ordinario del ejercicio del poder; una excepción a las normas jurídicas y éticas o con respecto al equilibrio de intereses impugnados y protegidos por el derecho interno y externo.

El estado de excepción es siempre un orden (categoría percibida como un valor positivo en sí mismo) que se opone al *caos* (percibido, en cambio, como los peores males posibles) y los *telos* de la teoría schmittian es "hacer posible una articulación entre el estado de excepción y el orden legal"<sup>17</sup>.

En la reflexión actual, parece apropiado intentar una reubicación científica del concepto de crisis en el proceso etiológico de formar un nuevo modelo abstracto de relaciones internacionales.

El concepto diplomático y político vinculado a los elementos temporales de excepcionalidad y heterodeterminación, se traduce en una noción más compleja cuya característica es directa en el proceso formativo (del estado de crisis), es decir, en su proceso de construcción y determinación a lo largo del tiempo.

El estado de crisis está determinado y/o pre-construido por actores globales y regionales; Estados con capacidades ofensivas superiores que miden las debilidades del sistema, los sistemas políticos individuales involucrados, y las oportunidades geoestratégicas específicas, para consolidar, modificar y avanzar posiciones de hegemonía y poder.

Como resultado, la crisis se convierte en "*coincidencia*" para la participación de los actores que la determinaron y construyeron o porque son capaces y/o sagaces de capitalizar los errores o vulnerabilidades-fallos de lo preexistente.

La determinación-realización del estado de crisis - partido internacional es productivo del elemento real de "*desenmascarar*": la crisis desentraña todo lo que estaba oculto en las profundidades de la sociedad.

---

<sup>16</sup> SCHMITT C., *Teologia politica*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè Editore, collana Civiltà del diritto, Milano 1992.

<sup>17</sup> AGAMBEN G., *Firma rerum*, cit. pg. 45, Bollati Boringhieri Editor, Torino, 2008.

La actividad predictiva, de *descubrimiento*, posicionamiento y condicionamiento, hasta el punto de romper el equilibrio de poder existente, constituye ingenio y práctica de inteligencia.

## II. INTELIGENCIA DE POSICIÓN (*POSITION INTELLIGENCE*) Y POTENCIA RELATIVA

La "inteligencia de posición"<sup>18</sup> debe entenderse como todo un complejo de actividades de influencia, representación, distorsión de la realidad, infiltración y adquisición - análisis de datos, destinado a determinar un continuo y progresivo *upgrade*, a través de un análisis geoestratégico siempre actualizado que proporciona al tomador de decisiones tanto las condiciones como la modulación de los tiempos de acción sobre la meta establecida.

Por definición, las operaciones de "inteligencia de posición" son a medio y largo plazo con "ventanas" continuas - *verification windows* -, lo que indica la capacidad de respuesta y resiliencia del sistema competitivo, que a su vez proporciona datos adicionales y solicitudes de análisis.

El espacio de acción e interlocución es lógicamente muy amplio, utilizando intervenciones geoeconomía, geoestrategia y aplicaciones clásicas de la guerra irregular híbrida.

Tanto el campo de aplicación como el proceso de cognición son perfectamente dialógicos con el modelo teórico de relación esbozado en los partidos internacionales, o con la nueva dinámica de oposición internacional que reafirma el carácter "real", es decir, no solo de la hegemonía económica, sino de la geo-hegemonía - estrategia económico-militar.

La palabra inteligencia se origina en la frase latina *intūs legere*, que significa "leer adentro"; igualmente probable que derive de *inter legere*, es decir, "leer entre líneas" o "elegir entre".

---

<sup>18</sup> DE VITO C., *Crisi istituzionale in Bolivia; il modello geopolitico delle partite internazionali; introduzione al concetto di Intelligence di posizione*, Sicurezza, Terrorismo e Società, International Journal, Fascicolo 11 | 2020, Università Cattolica, Milano  
<http://www.sicurezzaerrorismosocieta.it/fascicolo-11-2020/>

Significa la capacidad de entender y distinguir, especialmente lo que se oculta por el comportamiento y las circunstancias con el objetivo de poner en condiciones de decidir -mejor y antes- a los demás actores interesados.

La inteligencia es una disciplina compleja y holística, en sí misma "*Arkè*" porque es una creación: incluyente de *póiesis* y *téchne*: herramientas universales de poder y acción<sup>19</sup>.

La capacidad de leer y condicionar eventos constituye el corazón de la Geopolítica.

El éxito de las actividades de inteligencia es en sí mismo una *némesis*<sup>20</sup> aguda que separa el presente del futuro; la capacidad de recopilar información y la lucidez con la que están conectados, debey generar la mayéutica del cambio.

En la inteligencia de posición, las actividades de recopilación y análisis de información se combinan, en sinergia coordinada, con operaciones de guerra híbridas con características militares clásicas: las estrategias de afirmación, mantenimiento y acondicionamiento, hasta la siguiente *actualización* - proceso de posicionamiento - resumen varios y guerras dedicadas de baja intensidad: presión psicológica y económica, especialmente sobre los cuerpos intermedios de la sociedad (ejército, aparatos de seguridad, intelectuales, sindicatos y organizaciones empresariales), operaciones encubiertas en ellas con acciones de influencia, falsas banderas y distorsión de realidad.

Todo ordenado y constructivo del estado de crisis; condición central en la expansión del poder en el sistema internacional.

Desde la perspectiva de la teoría del realismo ofensivo, las grandes potencias están destinadas a un conflicto infinito<sup>21</sup>; cambia la lógica y el terreno de la confrontación, pero el axioma no cambia: Las grandes potencias se sienten seguras cuando son más poderosas que las otras<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> HEIDEGGER M., Los conceptos fundamentales de la filosofía antigua, Adelphi, Milán 2000.

<sup>20</sup> MUSSETTI M., Némein. L'arte della guerra economica (Italian Edition). goWare. Firenze, 2019.

<sup>21</sup> MEARSHEIMER J.J., The Tragedy of Great Power Politics, Nueva York: Norton 2003 pp. 30-32.

<sup>22</sup> JORDÁN J., El conflicto internacional en la zona gris: una propuesta teórica desde la perspectiva del realismo ofensivo. Revista Española de Ciencia Política. Núm. 48. Noviembre 2018, cit. Pag.135, <http://www.ugr.es/~jjordan/Conflicto-zona-gris.pdf>.

Por lo tanto, el objetivo es avanzar en el nivel "adecuado de poder relativo"<sup>23</sup>; cada jugador "acreditado" es impulsado a maximizar su parte, afirmar o extender su poder hegemónico en un espacio geopolítico y cuando logra el objetivo, evitar la aparición de competidores o la interferencia<sup>24</sup> de otras potencias hegemónicas de otras regiones. Como diría Mearsheimer, cuanto más poderoso sea un estado, más inclinado se sentirá a aprovecharlo y aumentar la distancia potencial con los estados competidores.

### *¿Quiénes son los jugadores acreditados?*

O más bien, ¿quiénes son las principales potencias en el esbozado modelo teórico de partidos internacionales? ¿Y cuáles son los personajes necesarios para su calificación?

Los estados acreditados deben satisfacer la condición de actores capaces de determinar, construir y / o intervenir en un estado de crisis.

Sobre este punto, tendremos en cuenta las características de Javier Jordon en su estudio, Un modelo de análisis geopolítico para el estudio de las relaciones internacionales, *Documento Marco del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 4/2018 2 de febrero de 2018.

Los cuatro imperativos geopolíticos identificados por Jordán son: 1) Avanzar y mantener un nivel adecuado de potencia relativa, 2) Mantener la unidad de su territorio, 3) Proteger las fronteras, 4) Asegurar la conexión externa.

Los Estados que ostentan los cuatro imperativos geopolíticos descritos en el estudio publicado por el *Instituto Español de Estudios Estratégicos* pueden calificarse como poderes capaces de influir en el sistema internacional en materia de distribución de poder, con una reflexión más profunda sobre el primer punto "Avanzar y mantener un nivel adecuado de potencia relativa": expresión del parámetro de fuerza potencial en el sistema.

---

<sup>23</sup> JORDÁN J., Un modelo de análisis geopolítico para el estudio de las relaciones internacionales, Documento Marco, 4/2018- 2 febrero 2018, ieee.es (Instituto Español de Estudios Estratégicos) <http://www.ieee.es/publicaciones-new/documentos-marco/#2>

<sup>24</sup> MEARSHEIMER J.J. «Why the Ukraine crisis is the West», *Foreign Affairs*, 93 (5), 2014 pag. 5-6.



El punto decisivo en discusión es, sin duda, el más "político"<sup>25</sup> y el menos "geo" de los cuatro y determina la fuerza general y la propensión ofensiva de un estado: define la disponibilidad técnico-militar y la gestión política del aparato responsable del proceso de avance. con técnicas clásicas, híbridas y cognitivas.

Este complejo de potencial ofensivo representa la capacidad de los Estados para determinar, construir y modificar, con presiones condicionantes reales y con rupturas, choques funcionales, las condiciones de hegemonía y poder en el sistema.

### III. CONFLICTO EN LA ZONA GRIS (CONFLICT EN GRAY ZONE)

El concepto de inteligencia de posición se puede modular en forma de aplicación, en lo que en la comunidad de defensa norteamericana se define como "conflict in the gray zone", incluido por primera vez en la *Revisión de Defensa Cuatrienal* de América del Norte de 2010.

Para el análisis estratégico de Estados Unidos, el conflicto en la zona gris representa el espectro del conflicto político que separa la paz (blanca) de la guerra (negra), es decir, el espacio de contigüidad y sinergia entre los modelos convencionales de presión política y enfrentamiento armado, directo y continuo. La conceptualización del conflicto en la zona gris es una reflexión reciente con una literatura puramente especializada<sup>26</sup>(militar), menos académica y centrada, casi exclusivamente, en la esfera de la acción.

El tema en sí pertenece a un fenómeno antiguo de la política internacional. Durante el llamado "*Guerra Fría*", el enfrentamiento bipolar tuvo una expresión significativa en ese "término medio" entre la competencia pacífica y la guerra abierta.

Las estrategias y actividades de acción en la zona gris se definen como guerra multidimensional o híbrida porque implican el uso intencional, multidimensional e

---

<sup>25</sup> JORDÁN J., *Un modelo de análisis geopolítico para el estudio de las relaciones internacionales*, Documento Marco, 4/2018- 2 febrero 2018, ieee.es (Instituto Español de Estudios Estratégicos) <http://www.ieee.es/publicaciones-new/documentos-marco/#2> cit. p. 4

<sup>26</sup> OLDHAM C., «*SOCOM: navegando por la zona gris*», Defense Media Network, 23-6-2015.

integrado de múltiples expresiones de poder: político, económico, social, mediático, diplomático y militar.

Desde una perspectiva funcional, de gran interés es la posición académica de Jordán<sup>27</sup> que enmarca el "conflicto en la zona gris" en la teoría del realismo ofensivo de John Mearsheimer para limitar su campo de aplicación, es decir, dentro de la conflictiva relación entre las grandes potencias y las estrategias utilizadas para aumentar y avanzar en el poder relativo.

Este enfoque autoritario moderniza la contribución de Mearsheimer, ampliando el repertorio de estrategias y acciones utilizadas por las grandes potencias en el yugo internacional y permite, con más confianza, continuar la reflexión - a nivel geopolítico- sobre el proceso de cambiar el paradigma de la competencia y la expansión.

Al centrarse en la esfera conceptual de acción, el conflicto en la zona gris constituye una panoplia específica de actividades disponibles para los estados en una condición estática de comparación, cuando el estado de incertidumbre es frecuente y cuando las condiciones generales sugieren una exposición no total.

En el estado de incertidumbre está lo que Booth y Wheeler<sup>28</sup> llaman "*el problema de las mentes de los demás*" : incertidumbre sobre la mentalidad, motivaciones e intenciones de sus contrapartes, con diferentes culturas, que persiguen sus propios intereses o los de sus respectivos grupos conectados en un contexto anarquista internacional en el que conviven dinámicas de competencia y cooperación.

Además, el estado de incertidumbre puede estar relacionado con cuestiones de seguridad nacional: cuando los juicios erróneos pueden conducir a un descrédito político, a una inversión errónea de grandes sumas de dinero, a la derrota en un conflicto militar, a la muerte de seres humanos y, en situaciones extremas, a la pérdida de soberanía y territorio.

En consecuencia, las decisiones que se toman con respecto a la seguridad requieren altos niveles de certeza o, al menos, anticipar posibles escenarios adversos. Dado que la incertidumbre es el ingrediente más agotador en la planificación de los

---

<sup>27</sup> JORDÁN J., *El conflicto internacional en la zona gris: una propuesta teórica desde la perspectiva del realismo ofensivo*, Revista Española de Ciencia Política, 2018 cit. 48, 129-151.  
<https://doi.org/10.21308/recp.48.05>

<sup>28</sup> BOOTH, K. & WHEELER, N. J. *Il dilemma sulla sicurezza: paura, cooperazione e fiducia nella politica mondiale*, Basingstoke, Palgrave. 2007.

problemas de seguridad, una estimación incorrecta del potencial del estado competidor puede determinar consecuencias políticas irremediables para quien toma las decisiones.

En estas condiciones, el conflicto en la zona gris representa la opción más "tolerada" por los estados, especialmente cuando tienen que responder a comunidades articuladas que no son aptas (no funcionales) para soportar un estado de conflicto abierto, total y envolvente.

Solución coherente, especialmente cuando el decisor político proporcionará la actividad y la exposición de fuerza en los niveles de tolerabilidad y cohesión social presentes, incluso con un seguimiento continuo de la misma.

Los conceptos<sup>29</sup> de "tolerabilidad" y "cohesión social" se devolverán más adelante con un análisis más profundo.

Los niveles de *escalada* en la zona gris: configuración - interferencia - desestabilización - uso directo y limitado de la fuerza, según la propuesta teórica<sup>30</sup> de Jordán, destacar la importancia absoluta de la inteligencia en el análisis y modulación de la espiral ofensiva y en la verificación continua de las capacidades de resiliencia y respuesta del actor rival y de los actores involucrados en el espacio geopolítico específico.

Es en esta fase lógica y cognitiva donde los conceptos de inteligencia de posición y conflicto en la zona gris encuentran su conjunción:

Las estrategias híbridas aplicadas se mueven sobre líneas de acción complementarias, que pueden redimensionarse verticalmente, en la intensidad de algunas de ellas y horizontalmente con una modulación funcional a los pasos de posición y avance.

El objetivo de ambas interpretaciones es la coacción y degradación del proceso de toma de decisiones del rival<sup>31</sup>.

¿Cuándo y dónde difiere el perfil inductivo de la inteligencia de posición?

---

<sup>29</sup> Conceptos detallados en el párrafo 5 siguiente. Estado de guerra y tolerabilidad.

<sup>30</sup> JORDAN J., *La escalada en las estrategias híbridas y en el conflicto en la zona gris*, Rapporto strategico globale 11/2020, Global Strategy, <https://global-strategy.org/la-escalada-en-las-estrategias-hibridas-y-en-los-conflictos-en-la-zona-gris/#>.

<sup>31</sup> CULLEN P. J. & REICHBORN - KJENNERUD Y. (2017) *Comprensión Guerra híbrida. Campaña Multinacional de Desarrollo de Capacidades (MCDC)*. <https://assets.publishing.service.gov.uk/government>.

En la construcción predictiva del estado de crisis y en la afirmación consistente de que ese nodo estratégico - querido y perseguido - se determina con el propósito de una expansión rentable del poder vectorial.

Por lo tanto, el elemento teleológico es absorbente porque está dentro de un sistema de teorización y no constituye un concepto analítico autónomo.

Dos ejemplos representativos:

a) En Donbass, el enfrentamiento entre Ucrania y Rusia nació y sigue atascado en una disputa territorial precisa. El estado de crisis se encuentra dentro de un proceso de reequilibrio de líneas de fallas<sup>32</sup>, enfrentamientos, compromisos y contextualizaciones vinculados a otros procesos históricos. Por lo tanto, se congela en ese corredor o franja de limbo sin moverse jamás hacia un estado de *match* internacional.

b) En Libia, la intervención militar de 2011 que condujo a la muerte de *Muammar Gaddafi* y a la disolución del Estado libio fue el epílogo decisivo de un proceso selectivo de construcción y determinación del estado de crisis; comenzó con la llamada "Primavera Árabe" preparatoria de la acción militar (sólo en Libia) de Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos. Italia sufre la agresiva iniciativa de uno de sus socios estratégicos y con lazos históricos y económicos muy sólidos y se ve obligada a apoyarla internacionalmente. En el gran juego libio, formado por los recursos energéticos y la condición geoestratégica en el eje mediterráneo norte-sur y oeste-este, intervinieron otros actores "acreditados" (Turquía, Rusia, Egipto y las Monarquías del Golfo), intuyendo las enormes oportunidades para conjunción entre espacios geopolíticos, en el eje de interés Mediterráneo-Oriente Medio con la crisis-*macth* siria.

El primer caso representa perfectamente la arquitectura *dommática* del conflicto en la zona gris; el segundo el modelo geopolítico de los partidos internacionales y la inteligencia de posición.

---

<sup>32</sup> HUNTINGTON S.P., Copia oficial (previsualización gratuita): *The Clash of Civilizations?*, Foreign Affairs, Verano 1993 .

#### IV. ESTADO DE GUERRA Y TOLERABILIDAD

Cuando los mecanismos de estabilización y reequilibrio automático *del balance of power* se atascan, la ruptura del sistema se resuelve ya sea en un conflicto o "guerra general"<sup>33</sup> que a menudo tiene una función estratégica constituyente capaz de sentar las bases de un nuevo sistema político internacional<sup>34</sup>, o el sistema fragmenta y enfrenta nodos únicos, *maches* que rectifican progresivamente los tamaños de potencia de los actores en una dimensión vectorial.

Esta segunda hipótesis de mutación<sup>35</sup> constituye una forma sistémica con modos funcionales originales que se pueden definir en su nueva morfología, un verdadero "sistema de guerra"<sup>36</sup> constitutivo del proceso relacional dinámico entre estados. La definición de un "sistema de guerra" actualizado en la reflexión, necesita actores "acreditados" con características específicas recordadas en el paragrafo<sup>37</sup> anterior.

Lo que es diferente son las condiciones de sostenibilidad del estado de guerra, porque no todos los Estados capaces de maximizar su parte de poder en el sistema internacional, son capaces de apoyar "políticamente" el estado de guerra o pueden apoyarlo a una intensidad limitada o baja.

Podemos definir la "tolerabilidad" como la condición que califica el grado de resistencia y aceptación del Sistema-País a la exposición ofensiva con todas sus consecuencias y efectos secundarios.

El índice de tolerabilidad al estado de guerra en la dimensión internacional actual depende esencialmente de dos sentimientos ordenadores, adecuados para compactar las sociedades modernas para su aceptación:

1. Seguridad
2. Pasión

---

<sup>33</sup> LEVY J.S., *War in the Modern Great Power System, 1495-1975*, Journal of Political Science, The University Press of Kentucky, 1983.

<sup>34</sup> GILPIN R., *Guerra e mutamento nella politica internazionale*, Il Mulino, Bologna, 1989.

<sup>35</sup> COLOMBO A., *Ordine e Mutamento nelle relazioni internazionali*, Italian Political Science Review / Rivista Italiana di Scienza Politica, Editor online por Cambridge University Press: 17 de julio de 2018.

<sup>36</sup> SANTORO C.M., *Relazioni internazionali*, Enciclopedia delle scienze sociali, Treccani, Roma 1997.

<sup>37</sup> Concepto introducido en el párrafo 3. Inteligencia de posición (*Position intelligence*) y potencia relativa.

El temer y el miedo, para Tucídides como en Hobbes, son motores que mueven la acción humana en el estado de la naturaleza. El miedo (*fear*) al que se refiere el filósofo inglés no es tanto un terror (*fobos*), es más la predicción del mal futuro, de ahí una búsqueda ansiosa de seguridad.

La ansiedad<sup>38</sup> por el tiempo venidero y la preocupación por el futuro hacen de la razón de la infinidad de la necesidad de poder una condición independiente, autónoma y lícita: la violencia cambia de signo moral porque está motivada por una intención autodefensiva y se configura como legalidad y legitimidad de acción como las diferentes estrategias de adquisición de poder.

Este estado de ánimo afecta esencialmente a las potencias dirigentes de este cíclico de imperios - el llamado Occidente -, cuyo bienestar y renta de posición se ve fuertemente atacado por el surgimiento de nuevos actores regionales y globales y por un contexto internacional cada vez más auténticamente anárquico y líquido.

El concepto waltzeriano de anarquía es un principio estructural y regulador del sistema internacional en función del cual leer el comportamiento de los estados. La anarquía estructural puede entenderse mejor como la afirmación de la ausencia de un código de ordenamiento en el sistema que crea regularidad y previsibilidad y la reproducción infinita del esquema del dilema de seguridad<sup>39</sup>.

Mearsheimer habla de la "tragedia de las grandes potencias" iconizada por una "jaula de hierro" (*iron cage*); la estructura de la que los estados serían prisioneros<sup>40</sup>, viviendo con miedo de ser atacados.

La jaula de hierro es la imagen plástica del *sentiment* generalizado, incluso preestablecida, pero capaz de hacer que el cuerpo social acepte el estado de guerra necesario para mantener la cuota de poder relativo.

---

<sup>38</sup> D'ANDREA D., *Antropologia e sociologia del conflitto nel Leviatano di Hobbes*, Rivista Lo Sguardo Volume N. 3, 2010 (II), <http://hdl.handle.net/2158/594206>

<sup>39</sup> SPERANZA G.F., *Paura, Confitto e Identità nella Politica Internazionale*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano 2015 Cit. pag.32 "En el estado de carácter internacional, los Estados actúan a través de la búsqueda de su propia seguridad, búsqueda que, sin embargo, es percibida por los demás actores del sistema como un ataque a su propia seguridad en una espiral generalizada seguridad - inseguridad.", [file:///C:/Users/user/Downloads/4784-13252-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/4784-13252-1-PB%20(1).pdf) Rif. A. Collins A, *The Security Dilemma and the End of the Cold War*, Keele University Press, 1997, pp. 120-123. Véase también la nota 26 "El problema de la mente de los demás", BOOTH, K. & WHEELER, N. J. *Il dilemma sulla sicurezza: paura, cooperazione e fiducia nella politica mondiale*, Basingstoke, Palgrave. 2007.

<sup>40</sup> ORSINI A., introducción al libro de J. J. Mearsheimer "La tragedia delle grandi potenze", LUISS University Press, Roma, Novembre 2019

---

El miedo y la incertidumbre generan parálisis y disposición del cuerpo social al conflicto en un vínculo dialéctico que se perpetúa.

El sentimiento de miedo e incertidumbre se expresa en varios niveles: individual, social y político y en el sistema político internacional contemporáneo, los múltiples niveles en los que el miedo disminuye y se interrelacionan entre sí con un grado de intensidad histórica sin precedentes.

Basta pensar en la percepción colectiva de los fenómenos migratorios como una amenaza social, individual y político-cultural multifacética con un importante cambio cualitativo en el concepto de miedo actual.

En este esquema interpretativo otro elemento fundamental es la cohesión social: caratters inversamente proporcionales a la aceptación del estado de guerra.

Las sociedades civiles estratificadas, como las anglosajonas (Estados Unidos y Gran Bretaña) y Francia, poseen un alto índice de tolerabilidad a la exposición ofensiva porque históricamente tienen organismos sociales débiles y poco representativos dentro de ellas, por lo tanto dispuestos a pagar el precio más alto en la espiral ofensiva.

Por el contrario, los Estados con una importante cohesión social (Italia, España, Alemania) son más resistentes, con una baja tolerabilidad al estado de guerra.

En el campo de las grandes potencias "emergentes" como Rusia - para limitar la reflexión - el índice de tolerabilidad está fuertemente condicionado, con un mecanismo etiológico similar, por el elemento emocional de la pasión.

En este punto, el pensamiento eurasista de principios del siglo XX hasta la estructuración geopolítica del neoeurasismo contemporáneo desde Aleksandr Dugin hasta Lev Gumilëv, tiene mucha importancia, especialmente en una sociedad historizada e íntimamente confesional.

El compromiso y la confianza en el poder del Estado, conduce a un aumento en el índice de aceptación del estado de guerra.

La doctrina de la pasión de Gumilchev, representa un modelo universal de etnogénesis, es decir, la capacidad biológica de los pueblos entendidos como organismos vivos para interactuar con su entorno y absorber su energía bioquímica.

Esto se traduce en una enorme confianza en el poder de la nación y su destino; cambia la perspectiva de la fuerza y la disposición individual y colectiva a la aceptación del proceso de avance, luego del estado de guerra.

El término pasión proviene del participio perfecto del verbo latino *pati*, *passus* que literalmente significa sufrido, tanto del griego "*pathos*" que también abarca la sensación de sufrimiento, pero también indica una fuerte emoción.

El equivalente ruso es una antigua palabra *passionarnost* con un significado diferente de hoy: es un compañero, un tormento, un impulso espiritual de cualquier cosa, una sed moral, un deseo inconsciente, un deseo infundado; es el parámetro fundamental para describir un ethnos dinámico<sup>41</sup>.

Los apasionados son aquellos cuyo impulso hacia un ideal u obstinación hacia un esfuerzo superior es más fuerte que el instinto de autoconservación: utilizar una expresión querida por Haushofer, "*una manifestación de ese genio creativo seguido de la sombra del espíritu de una nueva pan-idea*"<sup>42</sup>.

El concepto del pueblo se extiende a un universo de identidad: el *Russkiy Mir* (el mundo ruso), la etno-geopolítica como dominio y sentimiento de escala que estructura la pan-idea.

La medida del éxito del Estado como catalizador de una síntesis de identidad política etnogeopolítica está en la reducción de la espiral miedo-conflicto y en la profundidad de la acción y los recursos. Esta dimensión amplía, por sí misma, la posibilidad de que las grandes potencias enfrenten el estado de guerra con el uso de fuerzas poliformas colaboradoras; karst, emergente o por poder, siempre perfectamente funcional a una cooperación tecnológica y tecno-militar: procesos de adhesión que condicionan un aumento del grado de tolerabilidad en las sociedades.

---

<sup>41</sup> CITATI D., *Lev Gumilchev y Geopolítica Contemporánea*, Geopolítica- Revista del Instituto de Altos Estudios en Geopolítica y Ciencias Auxiliares, Vol. 1-3 Otoño 2012, cit. pag. 122 "*el ethos nunca es una condición, sino siempre un proceso, un fenómeno dinámico, que nace, asciende y decae con el tiempo. Precisamente el contacto, a veces positivo (simbiosis), a veces negativo (quimera), con el otro ethnoi y con nuevos entornos geográficos y un factor que impulsa los procesos de etnogénesis*".

<sup>42</sup> HAUSHOFER K., *Geopolitica delle Pan-idee*, Nuove Idee, Roma 2006, op. cit., p. 123.



---

## V. MISIÓN Y GEOPOLÍTICA CRÍTICA

Varias veces en la disertación se hizo hincapié - como recta - en el esquema sistémico, el componente dinámico de la expansión y la potencia en una proyección vectorial.

La proyección “vectorial” es la misión geoestratégica de las potencias acreditadas.

Esta composición constituye la chispa y el desencadenante funcional del sistema; la *inteligencia* de posición - para ella, es la máquina, el medio indispensable para avanzar por la trayectoria identificada del progreso.

La misión geoestratégica representa la *Governance* nacional del estado, a menudo se personifica su política relacional y se convierte en su doctrina.

Estados Unidos con Trump, Rusia con Putin, China con Xi Jinping y Turquía con Erdogan son ejemplos contemporáneos de traducción plástica de los tres dominios teóricos de la geopolítica crítica identificados por Gerard Toal: a) geopolítica práctica; b) geopolítica popular; c) geopolítica formal.

La “*geopolítica práctica*” está relacionada con la acción del gobierno, tiene como protagonistas a los estadistas y se configura como una práctica constante, el cuidado en las relaciones diplomáticas, es decir, el dominio del “hacer”.

La “*geopolítica popular*” afirma el mundo de la comunicación, se refiere a la dimensión pública de la escena política y la capacidad de “producir narrativas de identidad e imaginación geopolítica”.

Por último, la “*geopolítica formal*” identifica un espacio intelectual, una metodología de estudio, adecuada para realzar una construcción doctrinal específica y buscada.

La misión geoestratégica de la clase política que actúa como *driver* o agente identitario se mueve sobre tres dinámicas principales: conciencia, extensión y profundidad. La conciencia indica el nivel de conocimiento del agente identitario sobre la misión identitaria universal a realizar. La extensión indica la capacidad de difundir la misión en la sociedad y en el mundo, o más bien la actitud del agente identitario para

llegar al conjunto de la sociedad según la identidad a construir. Finalmente, la profundidad indica el grado de compartir y coparticipación (no necesariamente activa) en las cuestiones de identidad resumidas a nivel político, es decir, la carga emocional y fascinación que produce en las sociedades objetivo y también en la competencia como incisivo *soft power*.

Un excelente ejemplo de geopolítica crítica fue en 2017, durante el XIX Congreso Nacional del PCC, la incorporación a la Constitución china del pensamiento de Xi Jinping "*sobre el socialismo con características chinas para una nueva era*".

Xi Jiping como Mao Zedong y Deng Xiaoping, para personificar la ambición estratégica coral de la nueva China en el concierto internacional.

La operación de alto simbolismo político fue acompañada - con la dedicación de una larga reflexión - la construcción del gigantesco proyecto de la "*Nueva Ruta de la Seda - Belt and Road Initiative*", compuesta por una cuidadosa práctica diplomática, la búsqueda de soluciones bilaterales *win win* y *partnership* económicas, tecnológicas y financieras.

Estas son las condiciones cruzadas de la nueva expansión geoeconómica y geocultural china, típica del concepto inspirado de "comunidad de destino común"; expansión incisiva en términos de profundidad, apoyo en la construcción de infraestructuras logísticas (puertos, corredores viales, trenes, aviones) y fascinación por la membresía.

## CONCLUSIONES

El compromiso de teorizar un nuevo modelo geopolítico de relación entre estados ha tenido como *focus* el análisis de los nuevos procesos de distribución del poder en el sistema, determinados por una rivalidad que se ha vuelto multifacética entre las principales potencias y las potencias regionales.

La atención se centró en la lógica de redefinir las cuotas de poder en el sistema internacional, las estructuras necesarias para la confrontación, así como las condiciones endógenas de sostenibilidad y misión al estado de guerra.

El término "comparación internacional" ha sustituido por completo el *enfoque* clásico y de valor de las "relaciones internacionales" propias del derecho internacional público.

Cerrada, definitivamente, la fase unipolar de el sistema, para ponerlo con Alessandro Colombo: víctima de su inestabilidad intrínseca; un único poder que no encuentra un enemigo con el que enfrentarse - condición de estabilidad - se pone a su búsqueda continua, terminando en un proceso de autolaceración y deslegación por sus propias razones.<sup>43</sup>

La conflictualidad en el sistema ha asumido dimensiones poliédricas y direcciones transversales: una multipolaridad anárquica con expansión asimétrica que encuentra en la Geopolítica la dimensión de conocimiento y poder<sup>44</sup>.

Sobre el tema, Robert Kaplan " *The Revenge of Geography: What the Map Tells Us About Coming Conflicts and the Battle Against Fate* ", anticipó la onda telúrica al sistema.

La nueva centralidad de la geopolítica es la variable de valor que lleva a los estados a configurar el entorno de acuerdo con sus propios intereses: un objetivo inalienable y estructural de competencia entre potencias <sup>45</sup>.

Es la decisión la que encarna la posibilidad del poder<sup>46</sup>, no al revés, y el conocimiento es en sí mismo.

*La modernidad del pensamiento de Hobbes está precisamente en el carácter demiurco y ordenante de las decisiones políticas.*

---

<sup>43</sup> COLOMBO C., *Tempi decisivi. Natura e retorica delle crisi internazionali*, Feltrinelli, Milano 2014.

<sup>44</sup> WALTZ K.N., *Teoria della politica internazionale*, il Mulino, Bologna 1987.

<sup>45</sup> MEARSHEIMER, J. J., *The Tragedy of Great Power Politics*, Norton, New York, 2003.

<sup>46</sup> SFERRAZZA PAPA E.C., *Crisi e decisione: su Carl Schmitt*, *Giornale Critico di Storia delle Idee* – 11/2014.

---

## Bibliografía

- AGAMBEN G., *Signatura rerum*, cit. pag. 45, Bollati Boringhieri Editore, Torino 2008.
- ARCHIBUGI M.K., *Rivisitando il neorealismo: Kenneth Waltz tra teoria della politica internazionale e teoria strutturale della politica*, *Rivista italiana di scienza politica*, 1/2007, aprile, pp. 113-124, Il Mulino, Bologna.
- ARESU A., GORI L., *L'interesse nazionale: la bussola dell'Italia*, il Mulino collana "Pubblicazioni Arel", Bologna 2018.
- BOOTH, K. & WHEELER, N. J. (2008), *Il dilemma sulla sicurezza: paura, cooperazione e fiducia nella politica mondiale*, Basingstoke, Palgrave
- BORIA E. *Intelligence e Geopolitica, Incroci plurimi, ieri come oggi*, *Gnosis, Rivista italiana di Intelligence*, [http://gnosis.aisi.gov.it/gnosis/Rivista45.nsf/ServNavig/45-29.pdf/\\$File/45-29.pdf?OpenElement](http://gnosis.aisi.gov.it/gnosis/Rivista45.nsf/ServNavig/45-29.pdf/$File/45-29.pdf?OpenElement)
- CAVEDAGNA S., FARHAT A., MADDALUNO A., *La Guerra fredda non è mai finita. Geopolitica e strategia dopo il secolo americano*, GoWare, Firenze 2018.
- CITATI D., *Lev Gumilëv e la geopolitica contemporanea*, *Geopolitica- Rivista dell'Istituto di Alti Studi in Geopolitica e Scienze Ausiliarie*, Vol. 1-3 Autunno 2012.
- COLOMBO C., *Tempi decisivi. Natura e retorica delle crisi internazionali*, Feltrinelli, Milano 2014.
- COLOMBO A., *Ordine e Mutamento nelle relazioni internazionali*, *Italian Political Science Review / Rivista Italiana di Scienza Politica*, Publisher online by Cambridge University Press: 17 July 2018.
- CULLEN P. J. & REICHBORN - KJENNERUD E. (2017) *Understanding Hybrid Warfare. Multinational Capability Development Campaign (MCDC)*. <https://assets.publishing.service.gov.uk/government>.
- DEL PERO M., *La dottrina Trump*, Atlante Treccani, [www.treccani.it/magazine/atlante/geopolitica/La\\_dottrina\\_Trump.html](http://www.treccani.it/magazine/atlante/geopolitica/La_dottrina_Trump.html)
- DE VITO C., *Crisi istituzionale in Bolivia; il modello geopolitico delle partite internazionali; introduzione al concetto di Intelligence di posizione*, *Sicurezza*,

---

Terrorismo e Società, International Journal, Fascicolo 11 | 2020,  
<http://www.sicurezzaeterrorismosocieta.it/fascicolo-11-2020/>.

GILPIN R., Guerra e mutamento nella politica internazionale, il Mulino, Bologna 1989.

HAUSHOFER K., Geopolitica delle Pan-idee, Nuove Idee, Roma 2006.

HEIDEGGER M., I concetti fondamentali della filosofia antica, Adelphi, Milano 2000.

HUNTINGTON S.P., Official copy (free preview): The Clash of Civilizations?, Foreign Affairs, Summer 1993.

IKEBERRY J., foreignpolicy.com, How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic, <https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>

LEVY J.S., War in the Modern Great Power System, 1495-1975, Journal of Political Science, The University Press of Kentucky, 1983.

MEARSHEIMER, J. J., The Tragedy of Great Power Politics , New York, Norton, 2003.

MEARSHEIMER J.J «Why the Ukraine crisis is the West's fault», Foreign Affairs, 93 (5), 2014.

OLDHAM, C. 2015. «SOCOM: navigating the gray zone», Defense Media Network, 23-6-2015.

ORSINI A., introducción al libro de J. J. Mearsheimer “La tragedia delle grandi potenze”, LUISS University Press, Roma, Novembre 2019.

PALANO D., Il Mondo Anarchico di Kenneth Waltz, Recensione di Elena Acuti, I limiti del neorealismo. L'evoluzione teorica di Kenneth Waltz, Milano, AlboVersorio, 2013 pp 208  
[www.academia.edu/11446139/Il\\_mondo\\_anarchico\\_di\\_Kenneth\\_N\\_Waltz\\_recensione\\_a\\_Elena\\_Acuti\\_I\\_limiti\\_del\\_neorealismo\\_L\\_evoluzione\\_teorica\\_di\\_Kenneth\\_Waltz\\_AlboVerso](http://www.academia.edu/11446139/Il_mondo_anarchico_di_Kenneth_N_Waltz_recensione_a_Elena_Acuti_I_limiti_del_neorealismo_L_evoluzione_teorica_di_Kenneth_Waltz_AlboVerso).

SANTORO C.M., Relazioni internazionali, Enciclopedia delle scienze sociali, Treccani, Roma 1997.

---

SCHMITT C., Teologia politica, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè Editore, collana Civiltà del diritto, Milano 1992.

SFERRAZZA PAPA E.C., Crisi e decisione: su Carl Schmitt, Giornale Critico di Storia delle Idee – 11/2014.

WALTZ Kenneth N., Theory of international politics, Long Grove, Illinois: Waveland Press, 2010.

JORDÁN J., Un modelo de análisis geopolítico para el estudio de las relaciones internacionales, Documento Marco, 4/2018- 2 febrero 2018, ieee.es (Instituto Español de Estudios Estratégicos) <http://www.ieee.es/publicaciones-new/documentos-marco/#2>

JORDAN J., Escalation nelle strategie ibride e conflitto nella zona grigia, Rapporto strategico globale 11/2020, Global Strategy, <https://global-strategy.org/la-escalada-en-las-estrategias-hibridas-y-en-los-conflictos-en-la-zona-gris/#>

JORDÁN, J. (2018). El conflicto internacional en la zona gris: una propuesta teórica desde la perspectiva del realismo ofensivo. Revista Española de Ciencia Política, 48, 129-151. Doi: <https://doi.org/10.21308/recp.48.05>.

WALTZ Kenneth N., Theory of international politics, Long Grove, Illinois: Waveland Press, 2010.

## IV. RECENSIONES

---

**AZCONA PASTOR, José Manuel. “Los designios de la emigración vasca y navarra en Cuba (1492-1936)” Madrid, Editorial Sílex, 2020, 812 páginas**

Majlinda Abdiu

*Universidad de Tirana-Albania*

En mi calidad de profesora de Lengua y Cultura española en la Universidad de Tirana, y haciéndome eco de mi condición de hispanista que estudia la obra de Gabriel García Márquez, siempre me ha interesado la historia de España en América. Así, uno de los especialistas que más he leído sobre esta cuestión es el autor del libro que acabo de terminar y cuya recensión estoy realizando. Hace ya tiempo que leí su tesis doctoral *Los paraísos posibles. Historia de la emigración vasca a Argentina y Uruguay en el siglo XIX*, publicado por la Universidad de Deusto en 1992. Después, he tenido la oportunidad de estudiar otros trabajos de este Catedrático sobre diáspora hispánica hacia el Nuevo Mundo y he de afirmar que estamos, sin duda, ante uno de los grandes renovadores de la historia de la emigración española hacia América. Primero, porque cuando él empezó esta tarea de estudio era esta una cuestión que a nadie interesaba, estamos en la década de los ochenta del pasado siglo. Y después, porque sus numerosos ensayos científicos diaspóricos gozan de altura y reconocimiento nacional e internacional.

*Los designios de la emigración vasca y navarra en Cuba* es el apropiado título de un libro que enlaza con su tesis doctoral. Lo dice el autor en su prólogo. Hizo el trabajo de campo cuando era becario del Ministerio de Educación y Ciencia, allá por 1989-1990 y desestimó su uso al unir metodológicamente el análisis de su tesis al Río de la Plata. No en vano Cuba era en el ochocientos colonia/provincia de España y Argentina y Uruguay repúblicas independientes. El profesor Azcona guardó aquellos materiales con celo de historiador de los de antes y durante tres años configuró este excelente trabajo con aquellos documentos rescatados de carpetas, cajones y bibliotecas. Y aquí está, precisamente, la base del manuscrito, la ingente utilización de fuentes primarias que utiliza el autor. Lo que cada vez es menos frecuente, por cierto. A ello

---



hay que añadir toda la documentación nueva obtenida en estos tres años de redacción más la bibliografía de novedosos aportes. El resultado, un libro excelso. Para empezar, las tablas, los gráficos, y cuadros numéricos que acompañan al texto encuadran una meticulosidad metodológica que queremos destacar. Sobre la que ubicamos el timón de la aventura que cambió el mundo, el nuevo orden geográfico que trajo el descubrimiento de América y la significación de las expediciones colombinas, donde la participación vasco-navarra fue bien significativa. Bien pronto nos ubica el autor en los datos concretos de la emigración con destino Cuba, tanto para el cómputo global español, como para el parcial de los migrantes vasco-navarros. La influencia del mito de Eldorado, de las cualidades del indiano o del sistema de hidalguía universal del que gozaban los vascos nos llevan a la valoración cualitativa de aquellos protagonistas del éxodo estudiado.

Como viene siendo habitual desde sus ensayos de juventud, el doctor Azcona narra primero las razones y fundamentos de la emigración vasca y navarra hacia el Nuevo Mundo. Después nos sumerge en las dificultades del viaje con sus angustias, para situarnos más tarde en el destino escogido, en este caso Cuba, donde el emigrante desarrolla su vida socio-laboral y circunstancias propias. Por ello, hay prolija descripción de los asentamientos en La Habana, Santiago, Cienfuegos, Trinidad, Villaclara, Vueltabajo...por todos los rincones de la Isla. Con cabida propia para el papel desarrollado por los vasco-franceses.

Hito especial es el dedicado a la Sociedad Vasco-Navarra de Beneficencia institución que actuó como conglomerado de ayuda mutua sanitaria para los españoles nacidos en las provincias vascas y en Navarra y , a quienes se ayudaba en caso de necesidad. Tenía panteón propio para los fallecidos de la Asociación y se creó, asimismo, una revista llamada *Laurac Bat* con claro fomento del asociacionismo propio. En el siglo XVIII la empresa comercial con clara vocación vascongada denominada Compañía de La Habana, así como la creación de la Real Sociedad de los Amigos del Comercio de La Habana, y la Real Sociedad del Comercio de Santiago de Cuba, marcan la impronta de la alta significación cualitativa de la colonia vasco-navarra en Cuba.

Tampoco se deja en el tintero el autor la participación vasca en el comercio de negros con destino a Cuba en los siglos XVI al XIX, capítulo muy bien documentado,

como todos los demás, donde sitúan los actores del tráfico negrero, y el impulso a este negocio de seres humanos tras la paz de Utrecht en 1713. Capítulo especial se dedica a la guerra de la independencia de España que inauguraron los insurrectos cubanos en 1868 y que terminaría con la participación en la contienda del ejército norteamericano y la pérdida colonial de la isla antillana por parte de España en 1898. La colonia vasco-navarra se posicionó en su práctica totalidad a favor de la unión permanente y eterna de Cuba a España. Incluso llegaron a crear sus miembros una milicia propia (*Chapelgorris*) y las Diputaciones Forales de Bizkaia, Gipuzkoa y Álava estructuraron los Tercios Vascongados con ferviente nacionalismo español en la línea de lo que narramos. No deja Azcona de hablar del sistema de sustitución de quintas militares y de desertores y prófugos con destino a la Isla de Cuba, así como de la tragedia del combate en aquel territorio, que tuvo fundamento de guerra civil.

Las élites políticas y la organización del poder que configuró la colonia vasco-navarra desde 1492 hasta 1936 cierran este excelente trabajo que se sujeta con anexos prolíficos que apuntalan con numerosos datos todo lo soñado y acontecido por la emigración vasco-navarra hacia la perla del Caribe. Todo ello en un libro icónico, único, de los de antes, sin duda alguna.

Majlinda Abdiu  
Universidad de Tirana-Albania

**DÍAZ GALÁN, Elena. “La Conformación Jurídica de las Organizaciones Internacionales (De las Conferencias Internacionales a las Uniones Administrativas)”, Thomson Reuters, Aranzadi, 2018, 456 pp..**

Florabel Quispe Remón

*Universidad Carlos III de Madrid*

La obra escrita por la profesora Elena Díaz Galán, *La Conformación Jurídica de las Organizaciones Internacionales* consta de cuatro capítulos. En el capítulo primero, aborda las Conferencias Internacionales como las precursoras del fenómeno de la organización internacional y analiza en profundidad los rasgos generales de la evolución de las conferencias internacionales y la incipiente conformación de fenómenos previos a las organizaciones internacionales. En el capítulo segundo, focaliza su atención en el panamericanismo y las conferencias americanas como base del sistema interamericano y su contribución al fenómeno de la organización internacional, analizando cuidadosamente: el panamericanismo y la cooperación entre los Estados americanos; la “Unión Panamericana” como expresión por excelencia de la voluntad de institucionalizar las relaciones interamericanas; y las relaciones entre la Unión Panamericana y la Sociedad de Naciones como un precedente más del vínculo entre lo universal y regional. En el tercer capítulo, encontramos el estudio de las Comisiones Fluviales como expresión de las primeras organizaciones internacionales y profundiza en el estudio de las primeras “organizaciones internacionales”: La Comisión del Rin y la Comisión del Danubio; asimismo analiza el debate sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las Comisiones Fluviales; además de abordar otras comisiones fluviales más allá de Europa. En el cuarto y último capítulo, realiza un análisis en profundidad de Las Uniones Administrativas: consolidación del fenómeno de la organización internacional. En éste destaca las principales aportaciones de las Uniones Administrativas a la configuración de las organizaciones internacionales; los principales supuestos de las Uniones Administrativas; el origen de las organizaciones internacionales de cooperación científica, humanitaria y social-cultural como Organizaciones especializadas de la Sociedad de Naciones; así como el estudio de otras

## Comisiones y Uniones y su contribución a los perfiles de las Organizaciones internacionales

La autora elige un tema muy importante y lo aborda de manera clara y precisa. Es de agradecer el análisis cronológico que realiza de los antecedentes y su evolución de las que hoy conocemos como organizaciones internacionales. Los sujetos de derecho internacional que han pasado a ocupar un lugar esencial en la sociedad internacional. Sin duda, hoy es imposible concebir una sociedad sin las organizaciones internacionales. Justamente por ello resulta relevante acudir a sus orígenes para ver cómo ha sido su evolución y su desarrollo a lo largo de los años, donde está el germen de estos sujetos de derecho internacional. La autora nos muestra sus incipientes orígenes hasta completar los elementos que hoy caracterizan a estos sujetos de derecho internacional. Son escasos, por no decir inexistentes, los trabajos que abordan los temas materia de análisis de manera completa en un solo ejemplar, y como bien dice la autora, los estudios a propósito de las organizaciones internacionales están focalizados a partir de su proliferación. Es cierto que existe una abundante bibliografía sobre las organizaciones internacionales como tales, especialmente desde la Sociedad de Naciones en adelante. En este contexto hay que destacar su originalidad y claridad en el análisis histórico jurídico que realiza de los antecedentes más remotos de las organizaciones internacionales, centrándose en las formas de cooperación desde inicios del siglo XIX hasta el periodo de entreguerras donde considera se produce la conformación de las primeras organizaciones internacionales. Esto permite al lector conocer las primeras características de las relaciones entre los Estados y como se han ido formando los elementos que hoy caracterizan a las organizaciones internacionales. Pero, es también cierto en palabras de la autora “que la evolución histórica no conlleva necesariamente avances en lo que se refiere a la definición de las Organizaciones internacionales. En la actualidad, nos encontramos con fórmulas de cooperación internacional cuyo grado de desarrollo es infinitamente menor al que se logró con las Organizaciones de principios del siglo XX. Ahora bien, lo que sí podemos decir es que las primeras formas de cooperación internacional «institucionalizada» incorporan los elementos propios del concepto generalmente aceptado de Organización internacional. En definitiva, tanto en el pasado como en la actualidad existen múltiples formas de cooperación, más o menos intensa, pero los rasgos de este fenómeno se fueron perfilando desde su creación hasta el periodo de entreguerras”.

Sin duda, la obra de la profesora Elena Díaz nos permite retroceder en el tiempo y visualizar los primeros pasos “rudimentarios” que adoptaron los Estados con el fin de organizar sus relaciones de manera pacífica y nos lleva de la mano a conocer adecuadamente la evolución a lo largo de los años de lo que hoy conocemos como organizaciones internacionales.

La obra como no puede ser de otra manera, para el análisis del origen, el contexto y la evolución de las organizaciones internacionales, centra su atención geográfica en Europa porque es en esta parte del mundo en la que surge el concepto de Estado, sujeto de derecho internacional por excelencia y luego las organizaciones internacionales. A partir de la paz de Westfalia (1648), advertimos la pérdida de poder del conocido como “Monstruo de dos cabezas”, el imperio y el papado, desarrollándose el Sistema Europeo de Estados, basado en el Estado moderno que más tarde amplía su horizonte geográfico y humano hacia el continente americano. Luego con la llegada de la independencia de las trece colonias británicas en 1776 que pasaron a crear los Estados Unidos ya nada ha sido igual en Europa ni en el continente americano. Pero, es de señalar que los avances y principios que se iban desarrollando en Europa, dándole contenido al derecho internacional eran recibidos, aplicados y desarrollados, teniendo en cuenta sus particularidades y especificidades, en el continente americano, contribuyendo de una u otra manera al desarrollo del derecho internacional general y del derecho internacional regional en particular.

La autora consciente de este hecho destaca el desarrollo del derecho internacional regional más allá del continente europeo y en su trabajo acertadamente aborda, dedicándole el capítulo II bajo el título “El panamericanismo y las conferencias americanas: precursores del sistema interamericano y su contribución al fenómeno de la organización internacional”, en el cual nos muestra de manera minuciosa el germen y desarrollo de las organizaciones internacionales en el continente americano y confirma en este capítulo al igual que en el ámbito europeo, que los orígenes de la cooperación internacional en esta parte del mundo, se encuentra en las Conferencias Internacionales que se llevaron a cabo entre los Siglos XIX y XX entre los Estados del continente. Destaca que el auge del panamericanismo se da paralelamente al periodo de formación de las primeras organizaciones internacionales en Europa y esto hizo que las normas que nacieron en el ámbito internacional americano complementaran los principios y

normas europeos que posteriormente se consagraron en las organizaciones internacionales como la Sociedad de Naciones de 1919. La autora se refiere a una influencia recíproca entre los procesos de cooperación internacional entre Europa y América en aquel entonces, es más afirma que los auténticos orígenes tanto de la cooperación internacional como de las organizaciones internacionales están en el derecho europeo y en el derecho internacional americano. Efectivamente, los defensores del panamericanismo desde principios del siglo XIX muestran su interés en establecer una asociación de Estados americanos. Recordemos que entre 1826 y 1865, a iniciativa de Simón Bolívar, se convocó a Colombia, México, Perú, Chile, las provincias del Río de la Plata y América Central a un congreso con el fin de crear una asociación de Estados americanos. El primero se llevó a cabo entre el 22 de junio y el 15 de julio de 1826 en Panamá donde se suscribió el Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua, cuyo fin era la defensa de la soberanía y la independencia de los Estados frente a cualquier intento de dominación extranjera. Esta iniciativa bolivariana no tuvo éxito. Como nos recuerda Buergetal, en 1888, el presidente de EEUU convocó a las repúblicas latinoamericanas a una Primera Conferencia Internacional en Washington, que se celebró entre el 2 de octubre de 1889 y 14 de abril de 1890. Esto concluyó con la creación de la Unión internacional de las Repúblicas Americanas, al que la autora denomina Unión Panamericana, cuya función era la compilación y publicación de datos e informes referentes a la producción, comercio, leyes y reglamentos de aduana de los respectivos países, cuyo apoyo era la Oficina Comercial de las Repúblicas Americanas, con sede en Washington, predecesora de la Organización de Estados Americanos (OEA). Desde la primera Conferencia de 1890 hasta 1948, cuando se firma la Carta de la OEA que crea dicha Organización, se realizaron ocho conferencias panamericanas. A ello se suma otras cuatro conferencias extraordinarias. De ellas, se advierte la preocupación de los Estados de la región por temas como los derechos humanos, principios democráticos, el mantenimiento de la Paz y la Seguridad en el continente, etc. Sin duda principios también de interés en Europa. Aspectos éstos que Elena Díaz desarrolla minuciosamente y con rigor académico.

La autora deja clara la diferencia existente en el concepto de cooperación entre los países europeos y americanos, siendo estos últimos más abiertos al querer incorporar a más Estados en su seno a diferencia de las Uniones Administrativas de Europa con el que surgen las uniones restringidas con el fin de favorecer la cooperación entre ciertos

Estados con intereses comunes. Elena Díaz nos muestra la colaboración existente entre los dos continentes, cuya máxima expresión es el vínculo existente en la Unión Panamericana y la Sociedad de Naciones, en la que participan los dos continentes más importantes en la configuración de las Organizaciones Internacionales.

No cabe duda, como bien se plasma en el capítulo II del trabajo, que el movimiento panamericano y la Unión panamericana, cómo forma organizada de cooperación interestatal, contribuyen, de manera decisiva, al proceso de conformación de las Organizaciones internacionales contemporáneas, reflejando múltiples aspectos que definen la sociedad internacional de ese momento histórico. En palabras de la autora “En verdad, el fenómeno del panamericanismo nos muestra una doble realidad. Por una parte, representa un movimiento que goza de rasgos específicos y que realiza contribuciones particulares en las relaciones entre los Estados; y, por otra parte, recoge algunas características que definen, con el tiempo, la sociedad internacional contemporánea. Esto hace necesario proceder al estudio separado del panamericano y analizar la expresión de cooperación organizada por excelencia en América: la «Unión Panamericana». En definitiva, las aportaciones que realiza el continente americano a las relaciones internacionales tienen una importancia capital en el estudio del fenómeno de la Organización internacional puesto que América es un continente adelantado en este ámbito: primero, por la rica práctica de Conferencias Internacionales que tiene lugar en América; segundo, por la creación de una Organización internacional regional; y, por último, por la proclamación de muchos principios que conforman el Derecho internacional contemporáneo”.

A lo largo del estudio que realiza la autora en el capítulo II advertimos el gran papel que desempeñaron los Estados americanos en el desarrollo de lo que hoy se conoce como organizaciones internacionales a través de la diversas Conferencias Internacionales celebrados en tiempos de paz que dieron como producto más tarde la adopción de instrumentos internacionales que crean la primera organización internacional regional, y por ende la más antigua del mundo, que aglutina a los Estados del continente, la OEA en 1948. No obstante, también deja claro que Europa desde tiempos anteriores ya contaba con organizaciones internacionales plenamente consolidadas, “aunque limitadas a la regulación conjunta de determinadas materias de interés de los Estados, como es el caso de la Comisiones Fluviales”.

En palabras de Elena Díaz, con las que concuerdo plenamente, hay una doble relación América- Europa y ambos se influyen mutuamente, “las dos regiones se colocan en el origen de las relaciones internacionales y de las propias Organizaciones internacionales”.

Es de justicia reconocer el gran papel que desempeñó en todo este proceso en América, como bien plasma la autora, el *Libertador Simón Bolívar* quién en su lucha por la independencia apostó por la unión y la cooperación entre los Estados. Elena Díaz destaca que Simón Bolívar a partir de 1810 advierte la necesidad de que todos los pueblos de América lleguen a formar una “Confederación” y sitúa como un momento culmen de este proceso 1815 por cuanto es cuando Bolívar “defiende que sería «una idea grandiosa pretender formar de todo el Nuevo Mundo una sola nación con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo. Ya que tiene un origen, una lengua, unas costumbres y una religión, debería, por consiguiente, tener un solo gobierno que confederase los diferentes Estados que hayan de formarse». Refiriéndose, en particular, al Congreso de Panamá, añade que «ojalá que algún día tengamos la fortuna de instalar allí un augusto congreso de los representantes de las repúblicas, reinos e imperios a tratar y discutir sobre los altos intereses de paz y de la guerra con las naciones de las otras tres partes del mundo. Esta especie de corporación podrá tener lugar en alguna época dichosa de nuestra regeneración». Del análisis de este discurso, la autora, llega a la conclusión que: los orígenes inmediatos de la “Unión Panamericana” se pueden situar a principios del siglo XIX; que estos orígenes tienen un carácter básicamente hispano; que las palabras de Bolívar muestran, especialmente, la voluntad de incorporar los ideales y principios del panamericanismo en el Derecho internacional, dotándoles de un carácter universal, lo que se producirá con la celebración de las Conferencias americanas de principios del siglo XX; que las posiciones de Bolívar reafirman la concepción de Organización que en un principio tenían los Estados americanos puesto que, en los orígenes, se equiparan los Congresos de Plenipotenciarios americanos con la Organización Internacional propiamente dicha; la lucha por la independencia, la denuncia de la guerra y la obtención de la paz son las principales causas que conducen a los Estados americanos a establecer marcos de cooperación internacional; y, por último, son particulares, sobre todo pensadores y filósofos de esta época, los que verdaderamente potencian el movimiento panamericano”.



La obra de Elena Díaz es una gran contribución en el estudio de las organizaciones internacionales y muy necesaria para conocer paso a paso el origen, desarrollo y consolidación de aquellos rasgos que hoy caracterizan y son indispensables para identificar a las organizaciones internacionales, ya sean de carácter regional y universal, de cooperación o de integración. Sin duda, es un trabajo que nos transporta al germen de estos sujetos de derecho internacional, tan importantes que hoy en día han permitido el desarrollo de muchos temas tan esenciales e importantes como los derechos humanos.

Felicito a Elena por este original trabajo que contribuye a la doctrina y valoro mucho su enfoque no solo europeo del tema, sino más bien un estudio que involucra al continente americano, así como al aporte de éste en el desarrollo de las organizaciones internacionales, que pese a todo lo mencionado en el capítulo II del trabajo, son pocas las obras de antaño escritas en el ámbito europeo que reconocen la contribución del continente americano en el desarrollo del derecho internacional en general y de las organizaciones internacionales en particular. Espero y deseo, esta obra sea inspiración para más autores decididos a abordar esta importante temática con este acerado enfoque.

Dicho esto, solo me queda desearle los mejores parabienes a la profesora Elena Díaz Galán. Por todo lo indicado, animo a la lectura de esta interesante obra.

Florabel Quispe Remón  
Profesora Titular (A) de Derecho Internacional Público  
Universidad Carlos III de Madrid

---

**QUISPE REMÓN, Florabel. “Los derechos humanos en el Sistema Interamericano”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 93 pp..**

Ana Manero Salvador

*Universidad Carlos III de Madrid.*

La obra que aquí se reseña es resultado del proyecto “Formación en materia de derechos humanos -con perspectiva de participación ciudadana- diferenciada y adaptada a la realidad local e incorporando recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” de la Universidad Carlos III de Madrid y del que es contraparte la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, en cuya virtud se ha provisto de asistencia técnica y capacitación en materia de derechos humanos a la sociedad civil de Ayacucho, víctima de la violencia que asoló Perú desde la década de 1980.

Su autora, la doctora Florabel Quispe, cuenta con un enorme prestigio como experta en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo especialista reconocida en el Sistema Interamericano. Con este libro, la Dra. Quispe, proporciona una base jurídica sólida con la que entender la teoría y la práctica de los derechos humanos, en particular las del Sistema Interamericano. Así, comenzando con la explicación de los conceptos básicos sobre la teoría del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se va adentrando en las explicaciones de cuestiones esenciales y complejas, como son la universalidad, la indivisibilidad e interdependencia y la inalienabilidad, el valor jurídico de los instrumentos o los sistemas de protección, su naturaleza jurídica y alcance.

Como no puede ser de otra forma, el primer sistema a desarrollar y que sirve de contexto al resto de la obra es el universal. Así, se procede a explicar el marco normativo convencional, los instrumentos y los órganos de supervisión, de manera extraordinariamente clara y didáctica. En segundo lugar, se aborda el tratamiento del Sistema Interamericano, partiendo del marco institucional de la Organización de Estados Americanos, sin evitar abordar cuestiones relativas a la situación de algunos Estados como es el caso de Cuba.

El tratamiento que la autora realiza del Sistema Interamericano es exhaustivo, en tanto que se explica su marco normativo marco, los instrumentos que lo viene a complementar, analizando su valor jurídico, como es el caso de la Declaración de Bogotá de 1948, para después adentrarse en la Convención Americana de Derechos Humanos, sus protocolos, el compromiso de los Estados americanos con los derechos humanos, las obligaciones que para éstos se derivan tras haber prestado el consentimiento en obligarse por la Convención, y la necesidad de aceptar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, explicando la retirada de Trinidad y Tobago y de Venezuela.

El análisis de los órganos de protección se realiza de forma detallada, aludiendo a su función y competencias. Así, en primer lugar, se aborda el papel que desempeña la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, situando a continuación, y de manera acertada, el papel que desempeña el individuo ante la Comisión, los medios de los que dispone para acudir, los requisitos formales de la reclamación o de admisibilidad, entre otras cuestiones. Posteriormente, la Dra. Quispe entra en el análisis del papel de la Corte Interamericana y de su procedimiento, con rigor y fluidez, de manera que el lector pueda tener un conocimiento en profundidad de la institución. Asimismo, la autora no elude tratar las cuestiones más novedosas del sistema interamericano y/o problemáticas, como son el tratamiento a los delitos de género y el feminicidio, el control de convencionalidad, o la supervisión de las decisiones de la Corte.

La última parte del libro se centra en el estudio de Perú y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así, se aborda cuáles son las obligaciones de Perú en materia de derechos humanos y su recepción en el ordenamiento interno, en virtud de las previsiones constitucionales. Además, se procede a entrar a examinar el papel del Tribunal Constitucional ante los instrumentos del Sistema Interamericano y las sentencias de la Corte, tanto por lo en lo relativo a las sentencias sustantivas como a las de cumplimiento y supervisión. La ejecución de las sentencias en el ordenamiento interno merece también especial atención, procediendo a abordar las reformas legislativas realizadas al respecto.

En definitiva, se trata de una obra necesaria, que va a servir a los estudiosos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general y del Sistema Interamericano en particular, a conocer con detalle las cuestiones tratadas, pero también

a cualquier interesado en este ámbito a adentrarse con facilidad en él, gracias al buen hacer de la profesora Quispe Remón. Y es que como dice Sergio Ramírez, expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el prólogo, se trata de una excelente obra que sirve para impulsar “la tutela de los derechos fundamentales” en la “Patria Americana, sin fronteras”.

Ana Manero Salvador

Profesora Titular de Derecho Internacional Público

Universidad Carlos III de Madrid.

---

**SOLER GARCÍA, C. “Los límites a la expulsión de extranjeros ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Aranzadi, 2019, 352 pp..**

Juan Manuel Rodríguez Barrigón  
*Universidad de Extremadura.*

El mundo de nuestros días está reconociendo los movimientos migratorios como un fenómeno que ha adquirido dimensiones extraordinariamente amplias en su extensión geográfica, así como en las personas y pueblos implicados. Los problemas asociados a ellos están siendo observados en las sociedades más desarrolladas con renovado interés, actualizando el debate sobre las políticas migratorias que se siguen en los Estados. Y los términos en que éstos se desenvuelven ponen de relieve tensiones entre las diferentes opciones que existen ante las migraciones, las necesidades demográficas y económicas, los componentes de seguridad, las limitaciones de los medios de actuación, la comprensión de modelos de solidaridad y, por supuesto, la influencia que tienen los derechos humanos sobre ello. Si estos aspectos no son fácilmente concordables en las comunidades que se consideran más atractivas para el emigrante, abordarlas de forma universal constituye una aventura para el diálogo y un espacio propicio para el desacuerdo. El Pacto Mundial concluido en los últimos días del año 2018 constituye una de las más recientes expresiones de esto, frente al que algunos Estados han declarado abiertamente su rechazo, y no ha cedido su desconfianza ni intitulado tal pacto con el objeto de abordar una “migración segura, ordenada y regular”, ni declarando que este documento carece de valor vinculante.

En un contexto en el que los Estados parecen huidizos de los instrumentos normativos tradicionales para encauzar las relaciones globalizadas, avanzar en el tratamiento jurídico de las migraciones se reconduce a los ámbitos regionales y a los progresos interpretativos que puedan producirse sobre normas de valor fundamental, que se generaron en situaciones históricas diferentes a las que conocemos en nuestros días. La expulsión de extranjeros por parte de los Estados es buena expresión de ello, especialmente cuando puede considerarse inalcanzable (por el momento) la generación de normas internacionales de alcance universal que delimiten de forma más precisa los

---

poderes de los Estados para hacerlo, por más que los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre esta materia constituyan un referente importante.

Este es precisamente el objeto fundamental del estudio que se contiene en la obra que se aborda en esta reseña: la expulsión de los extranjeros. La autora ya anticipa en el título que circunscribirá el tratamiento de esta materia a la luz de la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y la lectura de la misma acredita que efectivamente es así, conjugando de forma sistemática las normas que limitan la potestad de los Estados europeos para expulsar de sus territorios a los extranjeros con la interpretación que han dado estos órganos judiciales internacionales, de especial significación en lo referente a la efectiva protección de los derechos humanos. Esto justifica que se hayan excluido de los análisis aspectos que no han sido abordados por estos tribunales, como la privación de la nacionalidad con fines de expulsión o algunas cuestiones complejas del derecho de residencia que puedan ejercer combatientes al servicio de grupos extranjeros originarios de Estados europeos. Pero puede hacerse notar su actualidad y el interés que ha suscitado para otros Órganos e Instituciones del Consejo de Europa y de la Unión Europea, atendiendo a problemas y normas que proyectan algunos Estados europeos como respuesta al terrorismo internacional.

Ciertamente, en la doctrina existen trabajos orientados al análisis de pronunciamientos de estos tribunales sobre esta particular materia, pero debe reconocerse la extraordinaria amplitud de esta obra, que da un tratamiento exhaustivo a la jurisprudencia para fundamentar unas conclusiones generales sobre los límites impuestos a la expulsión de extranjeros, lo que constituye una aportación relevante a los estudios existentes en este sector. No es, ciertamente, materia de fácil tratamiento a la vista de la abundancia de sentencias sobre la materia y la amplitud del contenido que se encierra dentro de este objeto, pues se extiende necesariamente a los límites que impone la protección de los refugiados y se proyecta también en el ámbito de la extradición, campo éste último que con buen criterio no elude la autora. Todo ello encierra una extraordinaria casuística que en esta obra se pone nítidamente de manifiesto, pero que se perfilan con suficiente detalle para facilitar su lectura. Es de destacar que cualquier estudio monográfico sobre bases jurisprudenciales es, por su propia definición, una obra inconclusa, expuesta a ser completada de forma continuada. Sorprendentes

pronunciamientos como la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2020, afectando a las llamadas “expulsiones en caliente”, parecen apuntar cambios de tendencia en la interpretación del Convenio o, cuando menos, a una precisión mayor a la luz del amplísimo casuismo que se cierne sobre esta materia. Pero ello no resta valor a la labor investigadora que encierra esta monografía, antes al contrario, constituye un referente comparativo ante cualquier evolución futura.

Además, resulta de gran interés la combinación en el estudio de la jurisprudencia de dos tribunales internacionales formalmente no interrelacionados, con ámbitos materiales de actuación diferenciados, pero sobre los que recae la resolución de asuntos e interpretar las normas sobre las que se fundamentan las decisiones estatales de expulsar a los extranjeros. Ello no sólo contribuye a extender la protección de los destinatarios de estas decisiones, sino que permite apreciar, bajo diferentes jurisdicciones, el alcance de los límites que se imponen a los Estados. Las posibilidades de aportar respuestas contradictorias permanecen, aquí también, abiertas en ausencia de un mecanismo de interrelación entre ambos tribunales; pero el análisis que se realiza pone de relieve que no se ha producido singularmente en estas materias.

La estructura del libro aparece organizada bajo un presupuesto material adecuado para los fines de un análisis jurisprudencial de tanta complejidad, sobre el que confluyen normas universales y regionales, además de las que se han adoptado en el marco integrador de la Unión Europea. Así, en siete capítulos se ordena la exposición, cerrándose cada uno de ellos con un epígrafe recapitulador en el que se incluyen valoraciones y conclusiones parciales referidas a la materia abordada. Quedan de este modo sistematizadas materias como la protección singular que tienen los refugiados (Capítulo I), el respeto por el derecho a la vida (Capítulo II), la incidencia que sobre la expulsión tiene el obligado respeto de la prohibición de la tortura, las penas o tratos inhumanos o degradantes (Capítulo III), la prohibición de expulsiones colectivas (Capítulo IV), el respeto a la vida privada y familiar (Capítulo V), las limitaciones a la detención de extranjeros con fines de expulsión (Capítulo VI) y los importantes derechos de naturaleza procesal que amparan a los extranjeros inmersos en procedimientos de expulsión (Capítulo VII).

La obra concluye con unas conclusiones generales, que expone los resultados de la minuciosa investigación realizada. De ellas debe destacarse no sólo la realización de

una valoración de la jurisprudencia que se analiza, sino también la aportación que realizan estos órganos judiciales a la construcción de las limitaciones de los poderes estatales sobre la expulsión de los extranjeros. Ciertamente es que, más allá de la resolución del caso, o del valor jurisprudencial que estos pronunciamientos tienen sobre la interpretación de las normas aplicables en ámbitos materiales que afectan a la expulsión de los extranjeros, la sistematización de los mismos permite sostener que la efectividad de la que gozan los derechos humanos en el ámbito europeo ha articulado los límites sobre esta potestad de los Estados. De este modo, en el sistema de protección de los derechos humanos propiamente europeo se han podido conformar los límites a la discrecionalidad sobre la extranjería, soportándose sobre normas que originariamente no parecían dispuestas expresamente a tal efecto.

Al final de la monografía puede encontrarse un interesante y completo anexo en el que se detalla una copiosa recopilación, estructurada por órganos y tribunales, de las sentencias y otras decisiones de órganos de control sobre la materia. La extensión de éste debe ser subrayada como herramienta para investigadores, que pueden encontrar un importante recurso en el que apoyarse pues comprende no sólo el ámbito nacional español, sino también el universal junto a otros regionales como el americano y, obviamente, el europeo.

En suma, estamos en presencia de una obra monográfica de indudable calidad emanada de un proceso formativo sólido que fructifica en el libro que aquí se recensiona. El interés por la materia resulta particularmente actual en Europa, precisamente en momentos en que las presiones migratorias parecen promover cambios en las políticas seguidas por los Estados y por la propia Unión Europea, y en los que la expulsión de extranjeros recobra importancia como procedimiento frente al extranjero no deseado. Además, ha de subrayarse que siendo una obra con todos los componentes propios de un estudio académico, su valor no queda reservado para este ámbito exclusivamente pues su lectura resulta recomendable también para los prácticos del Derecho, ya sean del entorno judicial, de la administración o de los órganos legislativos.

Juan Manuel Rodríguez Barrigón

Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Universidad de Extremadura.



---

**AVILÉS, Juan; AZCONA, Jose Manuel; RE, Matteo. “Después del 68: La deriva terrorista en Occidente”. Sílex Ediciones, 2019, 634 pp.**

Miguel Madueño Álvarez  
*Universidad Rey Juan Carlos.*

Reseñar un libro colectivo siempre es una tarea complicada desde todos los puntos de vista y Después del 68: la deriva terrorista en Occidente, no parece una excepción. Bien es cierto que el hilo sobre el que se articula la obra es compacto y no se deshace a medida que se avanza en la lectura. Por un lado, los editores han conseguido en esta obra establecer una secuencia en la que apenas se nota la diferencia entre un autor y otro y en cuanto a los autores, han sabido plasmar interesantes pequeños libros para conformar el que tenemos en nuestras manos.

La revolución del 68, tan mitificada, se convierte en una gran desconocida precisamente por esa aureola de ensueño, por esa quimera que en realidad no lo fue tanto. Ciertamente, como avalan los capítulos del libro, que el 68 cambió muchas cosas pero no como revolución en sí misma sino como un medio para entender que había otra realidad al alcance de la mano, que existían otros caminos. Esos caminos fueron recorridos como es habitual, de varias maneras. Obedecieron a entender el mundo que vino después ya que sin el 68 francés no existiría, para bien o para mal, la sociedad en la que vivimos hoy, la cultura que consumimos hoy y el aperturismo del que disfrutamos. Pero también fue recorrida en su vertiente negativa: la violencia. Una violencia que se entendió como un producto de la revolución y que puso en marcha procesos de terrorismo que el mundo antes no había conocido.

Una de las primeras y grandes reflexiones de este libro es precisamente esa relación entre el 68 y el terrorismo por la peculiar coincidencia que asumieron las organizaciones terroristas más importantes de Occidente: el IRA, ETA, la fracción del Ejército Rojo, las Brigadas Rojas o los movimientos guerrilleros de América Latina. Pero también por la capacidad de los sesentaiochistas de tomar como modelos positivos las experiencias de movimientos guerrilleros que ya estaban en marcha. Por ello, los capítulos iniciales del libro destinados a una visión de conjunto, están dedicados a este

fenómeno y su relación con la revolución del 68: Los orígenes del terrorismo revolucionario de Juan Avilés; Las influencias exteriores: Del Che a los tupamaros de José Manuel Azcona y Matteo Re; Terror alrededor del mundo de José Manuel Azcona; El terrorismo y el nacionalismo después de 1968 de Nick Brooke y Redes dinámicas transnacionales de contrainsurgencia en América latina en los años del plomo de Xavier Casals, completan estas páginas huyendo de los tópicos ya por todos conocidos y poniendo el foco en otros grupos terroristas y grupos insurgentes que por su peso mediático fueron menos conocidos. Así, se aborda en el libro un capítulo sobre el problema del terrorismo en la mayor parte de los países más importantes que forman el motor de lo que hoy conocemos como Occidente: En Portugal, las Forças Populares 25 de abril tratado por Ana Sofía Ferreira; en los Estados Unidos de América The black Liberation army o The weather underground organization de David Mota Zurdo; En Reino Unido The Angry Brigade de Miguel Morán Pallarés; en Alemania la más famosa Baader Meinhof investigado por Tomás Pedro Gomáriz Acuña; la violencia política en Italia estudiado por Matteo Re; en España FRAP, GRAPO y la emblemática ETA, dónde profundizan respectivamente José Catalán Deus, Javier Fernández Rincón y Gaizka Fernández -e incluso una de sus ramas menores, la Kale Borroka tratado por Julen Lezamiz; y el menos mediático terrorismo corso estudiado por Xavier Crettiez.

Pero también cabe preguntarse por los grupos guerrilleros latinoamericanos que ya funcionaban en el año 1967 en sus respectivos países: como posible inspiración intelectual de Mayo del 68. Por aquel entonces ya había brotes guerrilleros en Perú, estaban activas operaciones apoyadas por la izquierda peronista en Argentina, había movimientos en Brasil y ya operaba con total efectividad el Movimiento de Liberación Nacional-Tupamaros en Uruguay.

Esta obra intenta suplir de manera clara la carencia de obras que conforman una visión de conjunto sobre la incidencia del terrorismo en Europa Occidental. Se aleja de los temas habituales cuando se trata el terrorismo, que no van más allá de los años de plomo vividos en Italia, España, Irlanda y Alemania, dónde las Brigadas Rojas, ETA, IRA y Baader Meinhof acapararon todo el interés. Además de ofrecer una visión acerca de otros grupos terroristas que comenzaron a actuar a finales de la década de los sesenta, el tema se enfoca desde una óptica nueva y comparativa. Ante esto, surge también la reflexión acerca de la relación directa del Mayo francés y el auge de los

terrorismos, una relación que se puede desgranar a lo largo de la lectura de sus capítulos y llegar a la conclusión de que el terrorismo sigue otros cauces distintos a los que se abordaron en el 68 y que posiblemente, pese a la existencia de una relación circunstancial, un fenómeno no es fruto del otro.

Lo interesante de Después del 68: la deriva terrorista en Occidente, es que presenta otro foco alrededor del movimiento surgido en Francia que como decíamos en líneas anteriores, no camina por la vertiente de la violencia sino por el camino de las ideas. El libro dedica buena parte a exponer como fue la revolución cultural a partir de un fenómeno que entonces sólo era un hecho aislado y elitista y que con los años se convirtió en cultura de masas. En el libro se trata la contracultura, los movimientos de protesta, su incidencia en la música, en el cine y en definitiva en todos los ámbitos culturales en manos de destacados investigadores como José Manuel Azcona, Martín Alonso Zarza, Josefina Martínez Álvarez, Majlinda Abdiu o Ana Urrutia, ofreciendo una visión de conjunto que ayuda a entender el proceso que se generó a partir de mayo del 68. En este punto es importante la relación que los autores establecen entre la cultura y sus coqueteos con la violencia, pues la violencia no sólo se reduce al coche bomba y el tiro en la nuca, sino que puede surgir de manifestaciones culturales: de los textos, de un discurso, de una guitarra y de una protesta callejera, entendiéndose que a través de la violencia a veces tan sólo se intenta por todos los medios -no causar daño ajeno-, sino transgredir lo establecido.

El libro Después del 68: la deriva terrorista en Occidente, es por tanto, para aquellos interesados en transgredir las barreras de lo conocido sobre el tema y reflexionar sobre la mitificada revolución del 68, una herramienta imprescindible. Con todo, ofrece dos formas de lectura que resultan a la par interesantes: la primera es la lectura en conjunto, desde la primera hasta completar sus 631 páginas en las que el lector podrá entender el por qué, el cómo y el para qué de un fenómeno, el terrorista, que azotó a Occidente a partir de finales de la década de los sesenta. La segunda es la lectura de cada uno de sus capítulos como obras autónomas. Tanto una como otra conducen a la reflexión de nuestra historia más reciente, a entender –cosa que por mucho que se empeñen nuestros políticos, no significa congraciarse, apoyar ni acercarse ideológicamente al terrorismo-, los procesos que han conducido a la formación de Occidente.

---

**PRESTA NOVELLO, Deborah. “El conflicto de Colombia. Acción de las Organizaciones Internacionales”, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, 280 pp.**

Jorge Urbaneja Cillan

*Universidad de Alicante.*

El conflicto interno que ha sufrido Colombia durante más de cinco décadas ha ocasionado la muerte de más de doscientas mil personas y según el Registro Único de Víctimas de Colombia evidencia que existen casi nueve millones de víctimas registradas por delitos tales como: secuestros, asesinatos selectivos, acciones bélicas, ataques a bienes civiles, atentados terroristas, masacres, desapariciones forzadas, violencia sexual, desplazamiento forzado, minas antipersona o reclutamiento ilícito. El conflicto colombiano presenta una serie de particularidades y condicionantes que, a pesar de tratarse de un conflicto eminentemente interno interno, han determinado que diferentes organismos internacionales hayan asumido progresivamente un protagonismo en el conflicto, impulsando una solución pacífica a la situación.

La realidad descrita evidencia la relevancia de la monografía de la Dra. Presta Novello, en la que se aborda con rigor científico y detallado análisis cuáles han sido las aportaciones de las Organizaciones Internacionales en la resolución del conflicto, en especial en el origen y aplicación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, como instrumento que ha permitido alcanzar la paz y poner fin al conflicto entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP. A pesar de la abundante literatura científica existente sobre los más diversos aspectos del conflicto, la Dra. Presta Novello consigue aportar un tratamiento novedoso, actual y pormenorizado de la labor de los organismos internacionales en el conflicto de Colombia.

La larga duración de este conflicto y sus singularidades hacen necesario que el primer objeto de análisis tiene que estar constituido por no sólo por circunstancias que determinaron el origen del conflicto, sino por las causas que han llevado a su pervivencia a lo largo de decenas de años. Esta realidad es abordada con una alta claridad expositiva en el Capítulo I, en el que se aborda el origen de las luchas

campesinas y su transformación en un conflicto de carácter político. En especial, se considera especialmente acertado el análisis realizado sobre los actores implicados en el conflicto (grupos guerrilleros, grupos paramilitares, narcotráfico), ya que determinan sus particularidades y su extensa duración en el tiempo.

Estas circunstancias poliédricas han determinado la complejidad y diversidad de este conflicto, lo que ha dificultado la posibilidad de alcanzar una solución negociada que pusiera fin y permitiera pasar a una etapa de posconflicto y construcción de la paz. Por estas circunstancias, resulta un elemento fundamental de la investigación de la Dra. Presta Novello el análisis del del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdos de La Habana). En el Capítulo II, se exponen con detalle cuál ha sido el camino para lograr la aprobación del Acuerdo. Se explican con detalle los principales avances en algunos de los elementos esenciales del conflicto, como son: la reforma rural integral, la participación política, las drogas ilícitas, el resarcimiento y reparación de las víctimas del conflicto, el alto el fuego y entrega progresiva de las armas y el sexto y último punto sobre Implementación, verificación y refrendación. Precisamente, en este último la Comunidad Internacional está jugando un papel decisivo en la implementación y verificación de los Acuerdos de la Habana.

Siguiendo una lógica argumentativa bien estructurada, los Capítulos III y IV profundizan en las principales aportaciones que ha realizado la “Comunidad Internacional institucionalizada” a la solución del conflicto colombiano y la aplicación y control de cumplimiento de los Acuerdos de La Habana. En concreto, en el Capítulo III se examina cuál es el papel de las organizaciones internacionales de ámbito universal, abordando la acción de la Organización de Naciones Unidas y de la Corte Penal Internacional. Sobre la implicación de Naciones Unidas en el conflicto colombiano se considera la especial relevancia de la Misión de la ONU en Colombia, la Misión de Verificación y la participación del sistema de Naciones Unidas en el componente de acompañamiento internacional. La autora concluye la aportación fundamental del sistema de Naciones Unidas en la génesis y aplicación efectiva de los Acuerdos de La Habana. Sin embargo, la Dra. Presta Novello muestra una postura más crítica con la actuación de la Corte Penal Internacional. La Corte Penal Internacional (CPI) ha mantenido el caso de Colombia en una situación de examen preliminar desde 2004.

Según manifiesta acertadamente la autora, “dada la cantidad y gravedad de los crímenes cometidos en Colombia en las últimas décadas, resulta difícil comprender que la Fiscalía de la CPI no haya solicitado la apertura de una investigación”. De este modo, después de la firma del Acuerdo de Paz parece aún más difícil que se vaya a producir un cambio en la situación y solicitar la apertura de una investigación.

En el Capítulo IV la Dr. Presta Novello expone las aportaciones de las organizaciones internacionales de carácter regional. En concreto, se realiza un análisis detallado de la labor de la Organización de Estados Americanos y, en concreto, de la Misión de Apoyo al Proceso de Paz, (MAPP/OEA). En concreto, del análisis de esta Misión, la autora destaca “la necesidad de controlar por parte del Estado la expansión de actores armados ilegales en las zonas anteriormente ocupadas por las FARC-EP”. Además, en este Capítulo IV se presta especial atención a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La autora concluye que después de la firma del Acuerdo de Paz, la Corte IDH ha estado especialmente activa en relación con el análisis de casos presentados contra el Estado colombiano, siendo especialmente relevante la necesidad de un cumplimiento efectivo de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el estudio de las aportaciones de las organizaciones internacionales de carácter regional representa una aportación sustancialmente novedosa el análisis de la labor de la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura. En concreto, resulta de especial interés como la educación, la sensibilización y la educación para la paz representan elementos esenciales en el post conflicto colombiano. Como señala la autora, “el auge de la violencia llevada a cabo por los nuevos grupos armados, excombatientes no desmovilizados o bandas de delincuencia común, supone uno de los más graves peligrosos desafíos a la implementación del Acuerdo y a la consecución de una paz estable y duradera”.

Por último, la obra reseñada concluye su exposición con la labor de la Unión Europea en el proceso de paz colombiano. En concreto, se analiza la posición de la UE en el marco de las negociaciones de paz y la asistencia financiera de la UE en el marco del postconflicto y en la implementación de los Acuerdos de Paz a través del Fondo Europeo para la Paz en Colombia. Se explican con detalle: los objetivos del Fondo, las actividades financiadas por la UE, la estrategia del Fondo (entre las que sobresale el

apoyo a la reforma agraria y al desarrollo rural) y el seguimiento de los programas impulsados por el Fondo.

En definitiva, la obra de la Dra. Presta Novello ofrece un análisis preciso del conflicto y postconflicto colombiano, que permite comprender un aspecto esencial en el desarrollo del proceso de paz, como es las aportaciones de las Organizaciones Internacionales. En concreto, la labor de las organizaciones internacionales, tanto universales como regionales, ha sido esencial en la conformación y en la implementación de los Acuerdos de Paz y la obra reseñada aporta un conocimiento detallado y comprensible sobre las actuaciones de las Organizaciones Internacionales en el marco del conflicto de Colombia.

Dr. Jorge Urbaneja Cillán

Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Universidad de Alicante.

## V. CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA



---

## V. CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA IBEROAMERICANA

Harold Bertot Triana  
*Escuela Diplomática de Madrid*

### Índice

#### 1. Introducción

2. La “discriminación estructural”, en su dimensión histórica, de las personas LGBTI como víctimas. Corte IDH. Caso *Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.*

3. Una “medida de reparación de carácter estructural” para “beneficiar a personas más allá de la víctima del caso” -como “garantía de no repetición”-, en la base de la ordenación de medidas urgentes para el aseguramiento de derechos humanos de personas migrantes retenidas en el marco de la pandemia. Corte IDH. Caso *Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Urgentes. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2020 y Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020.*

4. Un caso en el entorno del “lawfare” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana aunque sólo se reconozca en los votos individuales de algunos de sus jueces; una interpretación literalista vs interpretación dinámica y evolutiva de la reglamentación de los derechos políticos; la figura del juez penal como única autoridad judicial en el marco del artículo 23.2 de la Convención; un control de convencionalidad abstracto que abre interrogantes. Corte IDH. Caso *Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406.*

## 1. Introducción

El 26 de mayo de 2020 se agotaba el plazo de 18 meses establecido por la Sala Constitucional de Costa Rica para que la Asamblea Legislativa de Costa Rica, en uso de su función legislativa, “adecue(ra) el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo”. Ante la inactividad del legislativo para actuar conforme a lo instado por la sala en el plazo mencionado -se trataba de “remediar un estado de cosas inconstitucionales”-, perdían vigencia los artículos que impedían el matrimonio de personas del mismo sexo. La Corte Suprema de Costa Rica había sostenido por Resolución N° 12782 de 8 de Agosto del 2018:

“El impedimento estatuido en el inciso 6) del numeral 14 del Código de Familia, impugnado en esta acción, resulta inconstitucional por violación al derecho a la igualdad, cobijado en los artículos 33 de la Constitución Política y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por un lado, la norma cuestionada se traduce por sí misma en una prohibición para el matrimonio entre personas del mismo sexo, negándoseles con base en su orientación sexual el acceso a tal instituto; por otro, de manera refleja afecta la posibilidad de que las parejas del mismo sexo accedan a la figura de la unión de hecho, toda vez que el ordinal 242 del Código de Familia se refiere a la «...aptitud legal para contraer matrimonio...», con lo que remite a las imposibilidades legales del numeral 14, entre ellas la que es objeto del *sub examine*. Es decir, la norma cuestionada impide tanto la formalización de un matrimonio como el reconocimiento de una unión de hecho entre personas del mismo sexo por la sola razón de la orientación sexual, lo que contraría la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la medida que esta ha venido a expandir la cobertura de protección en esta materia.”<sup>1</sup>

Entre los argumentos utilizados por la Sala para fundamentar su decisión estuvo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Atala Riffo y niñas vs. Chile* y *Duque vs. Colombia* y, de modo especial también, la Opinión Consultiva *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo*

---

<sup>1</sup> Ver: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 12782-2018.

*sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2017<sup>2</sup>, instada por Costa Rica y notificada oficialmente a ésta el 9 de enero de 2018. Se trataba de una Opinión Consultiva de importancia capital que reafirmó el principio de igualdad y no discriminación en relación con la orientación sexual, identidad de género y/o su expresión de género, además del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho al nombre y el derecho a la identidad de género, entre otras, aunque fue polémica por el impacto que tuvo en la política interna de Costa Rica en medio de una campaña electoral.<sup>3</sup> En igual medida hubo posiciones encontradas en el seno de los magistrados de la propia Sala sobre el alcance y los efectos de esta opinión a lo interno del ordenamiento jurídico de Costa Rica.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

<sup>3</sup> Sobre el impacto directo en la política de Costa Rica ha expresado Marie-Christine Fuchs: “La OC se publicó en plena campaña presidencial en el país centroamericano. Para entonces el candidato Fabricio Alvarado, cantante evangélico, que el día antes de la publicación de la OC tenía una intención de voto de 3%, subió a a 24,9% el día después. Su único tema de campaña era la oposición contra el matrimonio igualitario y la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). No debe sorprender que estos efectos políticos directos de algunas de las decisiones de la Corte IDH no siempre encuentren plena aceptación, y que además pueda servir de “munición” a movimientos populistas, que ponen en duda la legitimación democrática de los jueces en San José y piden un mejor respecto del principio de subsidiariedad.” Ver: FUCHS, M. C., “¿Politización de la justicia o judicialización de la política?— Una breve reflexión sobre la «línea roja» entre justicia y política en América Latina”, *Diálogo Derechos Humanos*, 12 Abril 2020. Disponible en: <https://dialogoderechoshumanos.com/blog/630-politizacion-de-la-justicia-o-judicializacion-de-la-politica-una-breve-reflexion-sobre-la-linea-roja-entre-justicia-y-politica-en-america-latina>

<sup>4</sup> En el *voto salvado parcial y razones separadas*, la magistrada Hernández López sostendría que “la opinión consultiva de la Corte Interamericana y el derecho convencional obligan al Estado costarricense al reconocimiento del derecho de igual acceso al matrimonio, en forma inmediata, desde la notificación de la citada opinión consultiva para lo cual las parejas del mismo sexo que deseen contraer matrimonio deberán tener acceso al mismo trato frente a la ley, en la regulación de esta figura jurídica, es decir con los mismos efectos que para las parejas heterosexuales que contraen matrimonio civil.” En este sentido, tomando como base un aspecto particular del derecho nacional de Costa Rica, acotó la magistrada que “no existe discusión de que las consultas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial las formuladas por el Estado costarricense, tienen fuerza vinculante. En efecto, el texto del Convenio sede (Convenio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vigente en nuestro país, con la promulgación de la Ley 6889 del nueve de septiembre de 1983), en su artículo 27 señala que las resoluciones (en general, no dice que sólo sentencias) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que la dictada por los tribunales costarricenses.” Del mismo modo sostendría respecto de la Corte Interamericana que “la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido.” En igual sentido, haría

Esto mismo había ocurrido cuando la Corte Constitucional de Ecuador tuvo que analizar el valor jurídico de la Opinión Consultiva OC24/17 ante una consulta por medio de una acción de protección de derechos del Tribunal de la Sala penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, en la que se planteaba la conformidad o no de esta Opinión Consultiva con el artículo 67 de la Constitución, que sólo reconocía el matrimonio entre un hombre y una mujer. En la *Sentencia No. 11-18-CN/19* de la Corte Constitucional de Ecuador, cuyo juez ponente fue Ramiro Avila Santamaría, y aprobada por un ajustado margen de 5 a 4 votos<sup>5</sup>, se determinó que la mencionada Opinión Consultiva “es una interpretación auténtica y vinculante de las normas de la CADH, que forma parte del bloque de constitucionalidad para reconocer derechos o determinar el alcance de derechos en Ecuador.”<sup>6</sup> Entre sus razonamientos apeló a que había que entender a la Opinión Consultiva entre aquellos “otros instrumentos internacionales” de los artículos 417 y 426 de la Constitución que, junto a los tratados, implicaba aplicar “los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de *aplicabilidad directa* y

---

mención a la Opinión Consultiva OC-25/18 del 30 de mayo del año 2018, cuando se expresó que el control de convencionalidad también abarcaba otros pronunciamientos, además de lo que emanaran de su competencia contenciosa. En su Escrito de *Razones diferentes de los magistrados Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez, con redacción del primero*, por su parte, se expresa que: “Si bien la mayoría no afirma, expresamente, que dicha opinión consultiva sea de acatamiento obligatorio para nuestro país, al recurrir a dicho pronunciamiento para fundamentar su tesis, entendemos que sí lo hace implícitamente, lo cual nos obliga a dar consideraciones adicionales al respecto.” Y en tal sentido expondrían, entre otras razones que: “Contrario a lo que parece entender la mayoría de la Sala, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no tienen, en principio, carácter vinculante con respecto al orden jurídico interno. Y esto es así, por la propia naturaleza de lo que es una opinión consultiva, sea, un criterio jurídico de la Corte sobre el contenido de la Convención hecha a instancias de un país consultante. Lo que diga la CIDH en este tipo de procesos, ciertamente tiene un valor de guía, orientación o derrotero para el Estado consultante sobre un tema en particular, en este caso, sobre el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, a la luz de la Convención. Pero esto no obliga a acatar, necesariamente, el criterio allí vertido.” En la Nota del Magistrado Hernández Gutiérrez se deja claro, en relación con las opiniones consultivas, que: “(...) se trata de recibir las orientaciones emitidas, precisamente como orientaciones de actuación, y no disposiciones judiciales de inmediato y directo acatamiento, pues aún siendo pronunciamientos judiciales interamericanos, su finalidad, funcionalidad y efectos, distan de ser equivalentes entre una y otra función de la Corte IDH –contenciosa y consultiva-.” En su *voto salvado* el magistrado Castillo Víquez sostuvo también, además de otras razones, que “(e)n lo que atañe a la vinculatoriedad de las opiniones consultivas, queda claro de la jurisprudencia internacional y de la doctrina que no se aplica; su finalidad es preventiva, tendente a fortalecer los distintos sistemas que se crean en los diversos regímenes jurídicos internacionales.”

<sup>5</sup> Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría, Quito, D.M. 12 de junio de 2019, Corte Constitucional del Ecuador. “RAZÓN: Siento por tal que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con cinco votos a favor de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado (voto concurrente), Daniela Salazar Marín; y, cuatro votos salvados de los Jueces Constitucionales Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet, Teresa Nuques Martínez y Hernán Salgado Pesantes, en sesión ordinaria del miércoles 12 de junio de 2019.- Lo certifico.”

<sup>6</sup> Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría, Quito, D.M. 12 de junio de 2019, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 300.1.

de cláusula abierta establecidos en la Constitución”<sup>7</sup> y de “inmediato cumplimiento y aplicación”<sup>8</sup>. De tal posición se derivaba obligaciones específicas para las autoridades de Ecuador, entre las cuales estaban: “el deber de adecuar el sistema jurídico a los derechos reconocidos en instrumentos internacionales”; “el control de convencionalidad de las autoridades estatales, en particular de quienes ejercen jurisdicción”; “las relaciones entre el control de constitucionalidad y convencionalidad”; “la responsabilidad internacional si se inobserva la Opinión Consultiva OC24/17”.<sup>9</sup> En este sentido también consideró que “(p)or la interpretación más favorable de los derechos, el derecho al matrimonio reconocido a parejas heterosexuales se complementa con el derecho de parejas del mismo sexo a contraer matrimonio”<sup>10</sup>. Dispuso la Corte, finalmente, que “el Tribunal consultante interprete el sistema normativo a la luz de esta sentencia y ordene que el Registro Civil registre el matrimonio de los accionantes, toda vez que no es necesaria una reforma constitucional al artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador. Tampoco son necesarias reformas previas, para el caso concreto, a los artículos 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, y 81 del Código Civil.”<sup>11</sup>

En cualquier caso se trató de una Opinión Consultiva de gran impacto en el continente, aunque aún falta mucho para consolidar en varios Estados de la región normativas internas que permitan la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo.<sup>12</sup> Ello a pesar de que en la propia opinión se reafirma la idea de lo

<sup>7</sup> Ibid., párr.26.

<sup>8</sup> Ibid., párr.27.

<sup>9</sup> Ibid., párr. 212 y ss.

<sup>10</sup> Ibid., párr. 300.2.

<sup>11</sup> Ibid., párr. 300.4. No obstante, como en el caso costarricense, hubo posiciones no coincidentes sobre el alcance de la Opinión Consultiva. En el Voto Salvado del Juez Hernán Salgado Pesantes, a los que se adhirieron los jueces Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet y Teresa Nuques Martínez, se consideró que “es indispensable hacer una clara distinción entre lo que el Derecho Internacional Público considera como «instrumento», de aquello que vendrían a ser opiniones consultivas. De allí que las OC, al ser un pronunciamiento de la Corte IDH dentro de procedimientos no contenciosos, *no pueden ser consideradas como «instrumentos»* según los artículos 424 y 425 de la Constitución del Ecuador. Esto por cuanto las OC carecen del elemento consensual (*negotium*), en razón de que no nacen de la voluntad de los Estados, sino de la declaración unilateral (y, por añadidura, no vinculante) de un Tribunal internacional.” Ibid., párr.75. En este sentido sería tajante en sostener que “el objeto de la OC no es ordenar a los Estados medidas concretas para cumplir con sus obligaciones sino establecer una guía para que ellos tomen decisiones en esta materia que sean respetuosas de los derechos humanos.” Ibid., párr.79.

<sup>12</sup> Ver en este sentido: Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA): Lucas Ramón Mendos, Homofobia de Estado 2019, Ginebra, Marzo de 2019, pp.285 y ss. No han faltado estudios que señalan los enormes desafíos al reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI, entre los que cabe, al decir de la *Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI*, “la persistencia de la violencia en contra de las personas LGBTI en el continente; la existencia de la criminalización de

“necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva”, que desde la Opinión Consultiva 21 había supuesto una mejor clarificación en el debatido tema del alcance jurídico de las opiniones consultivas.<sup>13</sup> En este sentido, aunque pareciera que ya no podría hablarse en términos tan ambiguos sobre el carácter vinculante de las Opiniones Consultivas al incorporarse sus estándares al mecanismo de *control de convencionalidad*, lo cierto es que no se ha diluido del todo una cierta confusión sobre el verdadero alcance de sus efectos jurídicos para los operadores jurídicos (ya hemos visto dos ejemplos en los que a lo interno de órganos nacionales no existe unanimidad sobre este asunto) a lo que se suma los inconvenientes propios de una figura de *control de convencionalidad* a la que se le han identificado con varios contenidos.<sup>14</sup>

De cualquier modo, es cierto que en el espacio interamericano cada día más se asiste a un proceso de *interamericanización* de sus estándares a escala regional y a una voluntad de los Estados mucho más proactiva en incorporar sus estándares al ordenamiento jurídico interno (pese a todos los inconvenientes, ya conocidos), así como una mayor interrelación y diálogo entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los órganos judiciales nacionales, y un despliegue creciente en el desarrollo de políticas públicas, reformas constitucionales y legales y la asunción de posiciones jurisprudenciales a tono con las líneas fijadas por la Corte Interamericana.<sup>15</sup> El ejemplo

---

orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género no normativas en varios Estados del continente; la reciente adopción de leyes y otras medidas estatales contrarias al principio de igualdad y no discriminación; campañas e iniciativas de desinformación que proliferan estigmas y estereotipos contra las personas LGBTI, como por ejemplo aquellas autodenominadas en contra de la «ideología de género»; y el avance de grupos y movimientos contrarios al reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI, en la sociedad y a nivel de los Poderes estatales.”Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas”, 2018, párr.240. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>

<sup>13</sup> Puede verse en este sentido a ROA, J. E., *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015, pp.136-141

<sup>14</sup> Ver sobre la “edificación gradual” de la figura del control de convencionalidad a: HENRÍQUEZ VIÑAS, M., “Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45 N° 2, 2018, pp. 337-361.

<sup>15</sup> Puede verse en este sentido a: MORALES ANTONIAZZI, M., “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer MacGregor (Coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck institute for Comparative Public and International Law, México, 2017, p.418. pp. 417-456; GARCÍA RAMÍREZ, S., “La navegación americana de los derechos humanos:

de Costa Rica y Ecuador en el tema del matrimonio de personas del mismo sexo, en consonancia con la opinión consultiva mencionada, son muestras de lo que afirmamos.

El primer caso que reseñaremos en esta crónica se relaciona con la línea jurisprudencial anterior en un procedimiento contencioso, el *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú* con sentencia sobre Excepciones Preliminares y de Fondo de 12 de marzo de 2020. Se trata de una sentencia en la que el concepto de “discriminación estructural”, en su dimensión histórica, se aplica como víctimas a personas LGBTI. Ya en el *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile* con Sentencia de 24 de febrero de 2012, la Corte en relación a la orientación sexual como “categoría prohibida de discriminación”, había considerado que “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.”<sup>16</sup> En la jurisprudencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos el concepto de “discriminación estructural” tiene un impacto determinante en el alcance de las reparaciones. En el *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México* con Sentencia de 16 de noviembre de 2009, la Corte reconocía (en una “situación estructural” de violencia de género, que incluía asesinatos, secuestros, desapariciones y situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar), la “vocación transformadora” que debía acompañar los efectos de las reparaciones en una “situación de discriminación estructural”, sobre todo por el sentido “correctivo” y no sólo “restitutivo” que deben tener estas medidas; todo ello por una cuestión lógica: “no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación.”<sup>17</sup> En igual sentido la Corte se pronunció en el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil* con

---

hacia un *Ius Commune*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer MacGregor (Coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck institute for Comparative Public and International Law, México, 2017, pp.55-108. Ver también sobre el impacto de las decisiones de la Corte Interamericana a lo interno de los Estados: SAAVEDRA ALESSANDRI, P., “Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer MacGregor (Coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck institute for Comparative Public and International Law, México, 2017, pp. 457-502.

<sup>16</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr.92.

<sup>17</sup> Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr.450.

Sentencia de 20 de octubre de 2016, en la que la responsabilidad del Estado por la violación del artículo 6.1 de la Convención, respecto a la esclavitud y la trata de personas, se había producido “en el marco de una situación de discriminación estructural histórica en razón de la posición económica de (...) 85 trabajadores”.<sup>18</sup>

---

La crisis sanitaria como consecuencia de la pandemia de la Covid-19 ha tenido una repercusión en extremo negativa para el continente americano. Desde el sistema interamericano la reacción no se ha hecho esperar desde casi el mismo inicio de esta problemática mundial. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con un compromiso absoluto con los derechos humanos en tiempos de tanta dificultad, adoptaría el 9 de abril de 2020 una declaración fundamental sobre esta cuestión titulada “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”, que tenía el objetivo “de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal.”<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr.343. Ver en este sentido el Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318. También se reprodujo este voto como “Acercas de la «discriminación estructural histórica» en razón de la posición económica (pobreza) de los trabajadores sometidos a trabajo esclavo”, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer MacGregor (Coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck institute for Comparative Public and International Law, México, 2017, pp.267-322. En este sentido se puede consultar también: SOFÍA SAGÜES, M., “Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico”, en *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Rogelio Flores Pantoja (coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, pp.129-180.

<sup>19</sup> “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”, 14 de abril de 2020, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp\\_27\\_2020.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020.pdf)



La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha tenido un rol destacado en este tema. El 27 de julio de 2020 adoptó la Resolución 4/20 por medio de la cual se establecen Directrices Interamericanas sobre los “Derechos Humanos de las personas con Covid-19”<sup>20</sup> y la Resolución 1/20 Pandemia y Derechos Humanos en las Américas<sup>21</sup>, así como diferentes comunicados sobre el tema<sup>22</sup>. De capital importancia también sería la Declaración Conjunta titulada “Uniendo fuerzas en América Latina y el Caribe para ayudar a minimizar la crisis del Coronavirus (COVID-19) y fomentar empresas responsables y sostenibles”, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) del Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Pacto Mundial de las Naciones Unidas (UNGC) y el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas (el Grupo de Trabajo sobre

---

<sup>20</sup> “CIDH adopta Resolución 4/20 que establece Directrices Interamericanas sobre los “Derechos Humanos de las personas con COVID-19”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/180.asp>

<sup>21</sup> Pandemia y Derechos Humanos. Resolución 1/20, 10 de abril de 2020. Disponible: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/CIDH-Resolucion-1-20-es.pdf>

<sup>22</sup> Ver en este sentido: “En el contexto de la pandemia COVID-19, la CIDH llama a los Estados a garantizarlos derechos de las personas con discapacidad”, 8 de abril de 2020, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/CIDH-llama-a-los-Estados-a-garantizar-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad.pdf>; “La CIDH urge a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias frente a la pandemia del COVID-19”, 31 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/CIDH-urgen-a-los-Estados-a-garantizar-la-salud-y-la-integridad-de-las-personas-privadas-de-libertad-y-sus-familias-frente-a-la-pandemia-del-COVID-19.pdf>; “La CIDH y su REDESCA manifiestan profunda preocupación por los efectos de la pandemia COVID-19 en Venezuela y llaman a garantizar derechos de las personas venezolanas en la región”, 29 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/CIDH-y-REDESCA-efectos-de-la-pandemia-COVID-19-en-Venezuela.pdf>; “La CIDH y su REDESCA instan a asegurar las perspectivas de protección integral de los derechos humanos y de la salud pública frente a la pandemia del COVID-19”, 20 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/CIDH-y-REDESCA-instan-a-asegurar-las-perspectivas-de-proteccion-integral-de-los-derechos-humanos-y-de-la-salud-publica-frente-a-la-pandemia-del-COVID-19.pdf>; “CIDH y su REDESCA expresan seria preocupación por la situación de los derechos humanos en el contexto de la respuesta a la pandemia por COVID-19 en Nicaragua”, 8 de abril de 2020, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/CIDH-y-REDESCA-respuesta-a-la-pandemia-por-COVID-19-en-Nicaragua.pdf> “Covid-19: Los gobiernos deben promover y proteger el acceso y la libre circulación de la información durante la pandemia - Expertos internacionales”, Comunicado de prensa R58/20, 6/4/2020, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/OEA-Relatoria-Especial-para-la-Libertad-de-Expresion.pdf>;

Empresas y Derechos Humanos).<sup>23</sup> En igual sentido el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobaría la Resolución 1151 (2280/20) titulada “Respuesta de la OEA a la Pandemia de Covid-19”, el 16 de abril de 2020, y desde la Secretaría General de la organización se publicaría una “Guía práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos ante el Covid-19 en las Américas”<sup>24</sup>. La Comisión Interamericana de Mujeres también publicaría “Covid-19 en la vida de las mujeres. Razones para reconocer los impactos diferenciados”<sup>25</sup>.

En el marco de la pandemia por Covid-19, los pronunciamientos de la Corte, además de la declaración referida -que tiene un alcance orientativo o de guía para los Estados sin valor vinculante alguno-, se han efectuado fundamentalmente por vía del mecanismo de *supervisión de cumplimiento de sentencia* y por medio de *medidas provisionales*. En este sentido, se advierte la adopción de medidas provisionales en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia, como lo fue en el *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*<sup>26</sup> -ratificada posteriormente con resolución de 29 de julio de 2020<sup>27</sup>-, mientras que otros casos no se han aceptado que se cumplan los requisitos del artículo 63.2 para la adopción de medidas provisionales, pero se ha apelado a una “supervisión reforzada” (en el marco de supervisión de sentencia), como ha sido el *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión Cumplimiento de Sentencia con Resolución de 29 de julio de 2020<sup>28</sup> que relacionaba, entre otros aspectos, el régimen penitenciario y medidas a adoptar en el marco de la Covid-19.

Como nota a destacar en este sentido, se puede apuntar que en el seno de la Corte se advierten posiciones encontradas sobre la posibilidad de adoptar medidas

---

<sup>23</sup> “Declaración conjunta de la OIT, la OCDE, la OACNUDH, la REDESCA de la CIDH, UNICEF, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/OIT-et-al-JointCoronavirusStatement-es.pdf>

<sup>24</sup> “Guía práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos ante el Covid-19 en las Américas”, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/OEA-GUIA-SPA.pdf>

<sup>25</sup> “Covid-19 en la vida de las mujeres. Razones para reconocer los impactos diferenciados”, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/OEA-CIM-ArgumentarioCOVID19-ES.pdf>

<sup>26</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Urgentes. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2020.

<sup>27</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020.

<sup>28</sup> Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020, resuelvo 1.

provisionales en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia, sobre todo por parte del juez Eduardo Vio Grossi, y que pudo exponerlo otra vez en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*<sup>29</sup>. En este mismo orden, tampoco ha dejado de debatirse en el seno de la Corte aquellos casos en que, sin dejar de admitir la posibilidad de este tipo de medidas provisionales en esta etapa, se extiende la controversia a cuestionar la conveniencia de adopción de estas medidas cuando por el contrario se apela a una “supervisión reforzada” del Tribunal, como lo ha sido precisamente en el mencionado *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*<sup>30</sup>. En este orden los votos disidentes de los jueces L. Patricio Pazmiño Freire y Eugenio Raúl Zaffaroni, se refirieron a que en este caso existían criterios para ordenar la adopción de medidas provisionales y no encargar las medidas a adoptar en el marco de una “supervisión reforzada”.<sup>31</sup>

En esta crónica haremos referencia a la resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana que adoptó medidas provisionales en el *Caso Vélez Loor Vs. Panamá* de fecha 26 de mayo de 2020, así como a la resolución de 29 de julio de 2020<sup>32</sup> del mismo caso que ratificó las medidas urgentes a adoptar, ya en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia. Se trata de una resolución de enorme importancia en el marco de la pandemia de la Covid-19 para el aseguramiento de los derechos humanos de un grupo de personas migrantes retenidas en una región de Panamá, como parte de un drama humano relacionado con la migración en América Latina. La posibilidad, como veremos, de que la Corte pueda pronunciarse por los derechos humanos de migrantes que no se identifican con la víctima del caso en cuestión, en esta etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia, obedece a una dimensión estructural que puede alcanzar una medida de reparación cuando la Corte ordena la aplicación de medidas para revertir una situación que pueda afectar a un grupo de personas -más allá de la persona o personas que aparecen como víctimas del caso-, y que no se haya

---

<sup>29</sup> Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020, Solicitud de Medidas de Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Disponible en: [www.corteidh.or.cr/docs/medidas/votos/castro\\_vse\\_04\\_vio.docx](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/votos/castro_vse_04_vio.docx)

<sup>30</sup> Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020.

<sup>31</sup> Ver los votos disidentes de los jueces L. Patricio Pazmiño Freire y Eugenio Raúl Zaffaroni en *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020.

<sup>32</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020.

cumplido. En esta línea, las medidas que ordena la Corte como garantía de no repetición -dentro de la obligación de reparar que le incumbe a los Estados-, se ha convertido en un elemento clave para “corregir” situaciones de índole “estructural”. El impacto que han tenido las medidas de reparación de la Corte en este sentido es de sobra conocido. Al abarcar reformas legislativas, políticas públicas y la asunción de prácticas en otro sentido, como parte de medidas de reparación, se han destacado ejemplos notables de su impacto a lo interno de algunos Estados: véase a modo de ejemplo la modificación constitucional que se produjo en Chile como consecuencia de una medida de reparación ordenada en el *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, con sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de fecha 5 de febrero de 2001<sup>33</sup>, relacionada con la cobertura que brindada la Constitución Política de Chile para la censura cinematográfica y otras muchas más.<sup>34</sup>

No es secreto que en el continente americano durante los últimos años, y fundamentalmente en el espacio latinoamericano, se ha revivido una polarización política extrema entre fuerzas de “izquierda” y de “derecha”. Es cierto que esta confrontación nunca ha dejado de existir del todo y se acrecentó con mucha fuerza durante los años 60, 70 y 80 del siglo pasado, donde convivieron en un mismo espacio geográficos movimientos guerrilleros, dictaduras, revoluciones radicales de izquierda, etc. La crudeza de esta realidad pareció aminorar con los procesos de democratización de la vida pública que se vivió en buena parte de Estados del continente durante la década de los 90, y la confrontación política pareció que era posible canalizarse por vías institucionales, y no ya tanto por programas de terrorismo de Estado (como el “plan cóndor”), golpes de Estado, desapariciones forzadas, persecución política, etc.

<sup>33</sup> Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, punto resolutivo 4.

<sup>34</sup> Ver sobre alguno de los impacto más trascendentales a lo interno de Estados de medidas ordenadas por la Corte en: SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, “40 años cambiando realidades una mirada al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos Transformando realidades*, Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri (Coordinadores), Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2019, pp.551-612.

Sin embargo, el auge de procesos políticos de izquierda en el continente - algunos prefieren llamarlo de distintas maneras: “populismos”, “neopopulismos”, etc.-, puso en cuestión la posibilidad también de llegar al poder con propuestas de izquierda por estas vías democráticas, en algunos casos con tintes más radicales. Desde entonces, la apuesta en esta confrontación ha mostrado métodos más sutiles dentro del entorno democrático para apartar a personas públicas del ejercicio del poder o para imputar penalmente a líderes políticos con apoyo de instituciones políticas y jurídicas (en el marco del ordenamiento jurídico) -salvo excepciones, como el golpe de Estado militar en Honduras en 2009 y en Bolivia en 2019-, en forma de procesos de impugnación (*impeachment*), o de lo que se entiende como un “abuso” del aparato judicial, o una “guerra judicial” que se ha dado en llamar “lawfare”.

Esta realidad es la que al parecer aconteció con el caso de Gustavo Petro Urrego en Colombia, con su inhabilitación por la Procuraduría General de la Nación como alcalde Mayor de Bogotá en 2013. Al menos esto es lo que consideran en los votos parcialmente disidentes los jueces Pazmiño Freire y Eugenio Zaffaroni en la sentencia de la Corte Interamericana con fecha de 8 de julio de 2020 que consideró responsable al Estado de Colombia por violación de los derechos 23 y 8.1 y 8.2 d) de la Convención Americana en relación con Gustavo Petro, aunque consideró que no era responsable por la violación del derecho del artículo 5.1 de la Convención “en relación con las obligaciones de respetar y garantizar dichos derechos sin discriminación”, a lo que se opusieron igualmente los referidos jueces.

En el primero de los casos el juez Zaffaroni expondría: “El contexto regional, por su parte, es también de público y notorio que se está expandiendo por los países de la región la modalidad de la siempre lamentable persecución política por medio de un uso perverso del derecho, que se ha dado en llamar «lawfare», tan conocido y preocupante que su práctica ha pasado a ser materia de estudio e investigación en los ámbitos académicos (...)”<sup>35</sup> En relación al segundo caso, referido a la discriminación política, el juez Pazmiño Freire sostuvo que “la decisión de la mayoría, siendo la adecuada, conforme lo dicho, se torna en insuficiente y limitada, ya que en mi razonamiento, lamentablemente no alcanzó a cubrir un derecho de inmensas

---

<sup>35</sup> Voto Disidente en cuanto al punto 5 del Resolutorio del Juez Eurgenio Raúl Zaffaroni en la sentencia de 8 de julio de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Petro vs. Colombia.

consecuencias: la discriminación en razón de las ideas o credo político.” Y argumentaba en este sentido:

“En circunstancias del contexto, regional e internacional, donde la academia, la justicia, así como actores sociales y políticos, están encendiendo sus preocupaciones frente a eventuales y no aisladas prácticas de injerencia en la dinámica del debate democrático, bajo modalidades en apariencia revestidas de legalidad, es imprescindible que volvamos a reafirmar algunas de las fuentes originarias que alimentan y sostienen un estado republicano: el derecho a disenter, a la diversidad de opiniones y credos y a la participación política en el marco de un régimen de democracia electoral representativa. Principios, valores y reglas que al asumirlos ya incorporados en la praxis institucional, hemos dado por sentado su cómoda existencia, sin percatarnos que lenta, pero sistemáticamente, se van diluyendo, al calor de prácticas, sea de carácter violeto o explícito, o, por el uso, cada vez menos soterrado, de actuaciones formalizadas en marcos institucionales, que de no ser oportunamente identificadas y contenidas jurídicamente, podrían favorecer a un progresivo e irreparable deterioro de los principios fundacionales del sistema interamericano y su orden público, poniendo en serio entredicho el modelo republicano de derecho.”

En igual sentido el juez Eugenio Raúl Zaffaroni expresaría que “tomando en consideración que no se trata de un proceso regular sino nulo, que el afectado tiene un principalísimo papel político en el contexto nacional y que se expande por la región la mencionada práctica de manipular perversamente el derecho, es decir, en el marco de los referidos contextos, estimo que los indicios de persecución política resultan suficientemente graves, precisos y concordantes como para concluir que se trató de una decisión estatal discriminatoria, por más que sea de ponderar la conducta del propio Estado al minimizar la lesión mediante la anulación de la medida sancionatoria.”<sup>36</sup>

No obstante, el *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*, con sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas con fecha 8 de julio de 2020, ha suscitado la polémica en otros puntos, sobre todo en cuanto al alcance que tienen la interpretación de las normas de la Convención en el funcionamiento democrático de la sociedad y la

---

<sup>36</sup> Voto Disidente en cuanto al punto 5 del Resolutorio del Juez Eugenio Raúl Zaffaroni en la sentencia de 8 de julio de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Petro vs. Colombia.

conformidad o no del actuar de las instituciones a lo interno de los Estados con la referida Convención y su interpretación. En primer lugar sobre la interpretación que debía hacerse del artículo 23.2<sup>37</sup> de la Convención, cuando se asume que las reglamentaciones al “ejercicio de los derechos y oportunidades”, en relación con los derechos políticos, pueden hacerse “exclusivamente” por “condena, por juez competente, en proceso penal”, (también se admite la posible reglamentación “por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental”). Ya en el caso que había servido de base para la posición que reasume en torno a la interpretación del artículo 23.2 de la Convención, el *Caso López Mendoza Vs. Venezuela* con sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 1 de septiembre de 2011<sup>38</sup>, se había advertido las posibles limitaciones de una interpretación restrictiva de los derechos políticos en relación a la figura del juez penal como la única instancia en el entramado institucional que podía “reglamentar” derechos políticos mediante condena, como se desprende del Voto Concurrente Razonado del juez Diego García-Sayán, al que podemos oponer la posición del juez Eduardo Vio Grossi, en sintonía con la decisión de la mayoría en ambas sentencias.

En aquel *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*, que declaró a la República Bolivariana de Venezuela responsable por la vulneración del derecho a ser elegido de Leopoldo López Mendoza, cuando fue inhabilitado de tres a seis años para el ejercicio de funciones públicas por el Contralor General de la República, el juez García-Sayán puso el acento en que una “interpretación literal de la norma”, podía conllevar a “conclusiones equívocas si se proyectara más allá del caso y para otras situaciones de afectación de derechos políticos”, sobre todo porque “podría ser interpretada en un sentido debilitante de capacidades institucionales de los Estados en el enfrentamiento al flagelo de la corrupción.”<sup>39</sup> Para García-Sayán, desde una “interpretación sistemática,

---

<sup>37</sup> Artículo 23. Derechos Políticos: 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

<sup>38</sup> Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

<sup>39</sup> Voto Concurrente Razonado del juez Diego García-Sayán, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Cas López Mendoza vs. Venezuela* de 1 de septiembre de 2011, párr. 4.

evolutiva y teleológica” y tomando en cuenta “el instrumental complementario de los trabajos preparatorios de la Convención Americana”, se llegaba a “conclusiones diferentes”.<sup>40</sup> En este caso la utilización de estos medios de interpretación para García-Sayán arrojaba el resultado de que “el término «*exclusivamente*» contenido en el artículo 23.2 de la Convención no remite a una lista taxativa de posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos”, y que “el concepto «condena, por juez competente, en proceso penal» no necesariamente supone que ése sea el único tipo de proceso que puede ser utilizado para imponer una restricción”, en tanto “(o)tros espacios judiciales (como la autoridad judicial electoral, por ejemplo) pueden tener, así, legitimidad para actuar”, tomando en cuenta que lo “claro y fundamental es que cualquiera que sea el camino utilizado debe llevarse a cabo con pleno respeto de las garantías establecidas en la Convención y, además, ser proporcionales y previsibles.”<sup>41</sup>

Por su parte, el juez Vio Grossi destacó en este caso “lo estrictamente ajustado a derecho, en la especie, al Derecho Internacional Público”, el resultado de la sentencia con la aplicación de los métodos objetivos y teleológico previstos en la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados.<sup>42</sup> En este sentido, de acuerdo a los términos del tratado, Vio Grossi pudo expresar que “si los Estados Partes de la Convención hubiesen querido consagrar en el mencionado artículo 23.2 causales no taxativas de reglamentación de los derechos y oportunidades previstas en el artículo 23.1 de la misma o permitir que la condena pudiese ser impuesta por otro juez o instancia jurisdiccional distinta al juez penal o en proceso similar o semejante al penal, lo habrían así dicho expresa o derechamente o habrían empleado otra terminología, como, por ejemplo, las de «*tales como*» o «*entre otras*». Pero no lo hicieron así.” En igual sentido, respecto al contexto de los términos, expresaba el juez que no “consta(ba) en autos acuerdo alguno entre los Estados Partes de la Convención vinculado o relativo al artículo 23.2 o concertado con motivo del mismo o posteriormente, interpretándolo ni prueba de práctica ulterior en que conste dicho acuerdo y que permitiría sustentar una interpretación distinta a la proporcionada por la Sentencia.”<sup>43</sup> En este orden argumentaba el juez:

---

<sup>40</sup> Ibid., párr. 6.

<sup>41</sup> Ibid., párr.16.

<sup>42</sup> Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso López Mendoza Vs. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), pp.1-2.

<sup>43</sup> Ibid., p.3.



“Cabe llamar la atención, a este respecto, que el hecho de que en las legislaciones de algunos de los Estados Partes de la Convención se prevea que una instancia no penal pueda imponer la pena de inhabilitación para ser elegido, en modo alguno refleja que se trata de una práctica por la que «*conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado*». Primero porque se trata de la legislación de tan solo algunos de los Estados Partes de la Convención y, por ende, insuficiente para poder invocar una práctica generalizada en la materia. En segundo lugar, porque no se dispone de ningún antecedente que indique que, al dictarse esas leyes, se haya tenido por finalidad cumplir con lo dispuesto en la Convención. Y en tercer término, dado que, según el Derecho de los Tratados, la práctica no puede significar la modificación de un Tratado.

Asimismo, es procedente señalar que igualmente no corresponde la invocación que en autos se ha hecho a la Convención Interamericana contra la Corrupción, para sostener que es posible interpretar el artículo 23.2 de la Convención en el sentido que permitiría que se reglamentara el ejercicio de los derechos políticos en virtud de condena impuesta por una autoridad administrativa. Y ello porque lo que aquél instrumento establece es la obligación de los Estados Partes de la misma de tipificar como delito los actos de corrupción e incluso se refiere a jurisdicción penal, y en ninguna parte dispone o contempla que la condena por ese delito pueda ser impuesta por una instancia administrativa, de donde se desprende que, en modo alguno, constituye, directa o indirectamente, una modificación o interpretación de lo dispuesto en la Convención, sino precisamente todo lo contrario.”<sup>44</sup>

En definitiva, este último criterio es el que ha mantenido la Corte en el presente *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*. Un sector de la doctrina se ha mostrado muy crítico con este enfoque de la Corte, y no es difícil advertir una alineación con la posición mantenida con el juez García-Sayán en su voto concurrente razonado. Algunos autores no sólo han destacado lo “predecible” de la presente sentencia -tomando en cuenta el antecedente del *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*, las medidas cautelares de la Comisión Interamericana a favor de Petro en 2014 y sus recomendaciones en el Informe

---

<sup>44</sup> Ibid., pp.4-5.

de Fondo 130/17-, sino que han destacado que si bien “(l)a interpretación originalista (textualista) que ha mantenido el tribunal interamericano en relación con el artículo 23.2 de la Convención tanto en *López Mendoza* como en *Petro Urrego*, aparece inicialmente justificada en la máxima restricción de las limitaciones a los derechos humanos”, consideran que “el texto del artículo 23.2 es susceptible de una interpretación que consulte en simultánea las exigencias de la reserva de legalidad y de jurisdiccionalidad de las limitaciones, con distintas instituciones del derecho interno colombiano que permiten la limitación judicial de los derechos políticos.”<sup>45</sup> En este sentido, sostienen que “dentro de la interpretación del artículo 23.2 convencional, existe la posibilidad de limitar los derechos políticos por parte de los jueces de lo contencioso administrativo, en asuntos electorales o de pérdida de investidura, por ejemplo. Todo ello, siempre que se aseguren las garantías de la reserva de ley y de jurisdicción, que se trate de jueces independientes e imparciales y que las decisiones se adopten dentro de esquemas procesales que incluyan todas las garantías del debido proceso judicial. El juez penal aparece como uno, pero no el único funcionario judicial del Estado constitucional, con la capacidad de adoptar decisiones que afecten las credenciales democráticas de quien fuera elegido popularmente.”<sup>46</sup>

No obstante el debate existe y es latente cuando algunos apuestas por una interpretación restrictiva o literalista del artículo 23.2 para garantizar los derechos políticos de los cargos elegidos por votación popular.<sup>47</sup> En este orden se ha sostenido que “(l)a Corte Interamericana podría eventualmente apartarse del texto de la CADH, si la interpretación que se le propone supone una mayor protección del derecho en cuestión”, aunque “(a)lejarse de la letra del artículo 23.2 no amplía ni fortalece la protección de los derechos políticos de los funcionarios elegidos por voto popular; por el contrario, la debilita, pues un proceso administrativo implica un escrutinio diferente y menos estricto de la conducta del funcionario elegido popularmente. El objetivo

---

<sup>45</sup> ROA, J.E.; UPEGUI, J.C., “Petro vs. Colombia: garantías democráticas, originalismo y diálogo pendiente”, *Diálogos Derechos Humanos, Agenda Estado de Derechos*. Disponible en: <https://dialogoderechoshumanos.com/agenda-estado-de-derecho/petro-vs-colombia-garantias-democraticas-originalismo-y-dialogo-pendiente>; En este sentido ver también a: Roa, Jorge Ernesto, “La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: subsidiariedad y deferencia en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, 2018, pp.801-823.

<sup>46</sup> *Ibíd.*

<sup>47</sup> Ver la exposición del perito Roberto Gargarella en la Audiencia Pública del *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*: <https://www.youtube.com/watch?v=gw0OisNsfjo>

legítimo de luchar contra la corrupción no puede desconocer los derechos de las personas. Y menos desde la perspectiva de un tribunal internacional de derechos humanos como la Corte IDH.”<sup>48</sup>

Otro aspecto controvertido a destacar de la sentencia, entre tantos otros, se refieren a la posibilidad de ejercer un control de convencionalidad de una norma no aplicada al caso en concreto, (algunos la denominan un “control de convencionalidad abstracto<sup>49</sup>”). En el presente *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*, en relación al tipo penal de “elección ilícita de candidatos” establecido en el Código Penal mediante la Ley 1864 de 2017, la Corte no tuvo reparos en considerar que “si bien no reconoce facultades para la restricción de derechos políticos, ni fue aplicada en el caso concreto del señor Petro, puede generar el efecto de inhibir a una persona para postularse a un cargo público cuando haya sido objeto de una sanción disciplinaria o fiscal, constituyendo así un riesgo para sus derechos políticos y los de sus electores.” Fue en este sentido que la Corte consideró que “el artículo 5 de la Ley 1864 de 2017, en tanto puede generar el efecto de inhibir a una persona para postularse a un cargo público de elección popular cuando haya sido objeto de una sanción disciplinaria o fiscal, pues podría incurrir en un delito sancionado con una pena de 4 a 9 años de prisión, constituye un incumplimiento del artículo 23 de la Convención Americana en relación con el artículo 2 del mismo instrumento.”<sup>50</sup>

Aunque pueden encontrarse pronunciamientos contradictorios con esta línea argumentativa, de reciente data<sup>51</sup>, lo cierto es que esta postura asumida por la Corte no

---

<sup>48</sup> GALVIS PATIÑO, M. C., “El Caso Gustavo Petro vs. Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Posibles escenarios a la luz de la jurisprudencia interamericana”, Agosto 6, 2020, *Justicia en las Américas, Blog de la Fundación para el Debido Proceso*. Disponible en: <https://dplfblog.com/2020/08/06/el-caso-gustavo-petro-vs-colombia-ante-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/>

<sup>49</sup> HITTERS, J. C., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, N° 2, 2009, pp. 118-119.

<sup>50</sup> Corte IDH. *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, párr.116.

<sup>51</sup> Por ejemplo, Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 135: “Por otro lado, respecto a la alegada violación del artículo 2 por la alegada falta de adecuación a la Convención del artículo 205 del Código Procesal Penal, la Corte advierte que los hechos probados demuestran que los funcionarios incumplieron con la mencionada disposición. Por ende, pronunciarse sobre la convencionalidad de la misma constituiría un pronunciamiento en abstracto, lo cual no le corresponde a este Tribunal en un caso contencioso. En virtud de lo anterior, la Corte no considera necesario pronunciarse sobre la alegada violación del artículo 2 de la Convención. No obstante, este Tribunal observa la conveniencia de una adecuación de dicha norma a la tecnología actual en materia de

es nueva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y puede encontrarse como un criterio similar -en lo referido a un “efecto de inhibir” con “riesgo” para sus derechos como criterio para determinar su incompatibilidad con la Convención-, en las posiciones que mantuvo en su momento el juez Cançado Trindade en sus votos disidentes respecto a esta línea jurisprudencial que impedía su análisis si no era “aplicable” al caso en concreto. Sin pretender abarcar todas las situaciones en relación con esta cuestión en la jurisprudencia de la Corte IDH, los posibles vaivenes o la discusión sobre cuándo nos encontramos ante un control “abstracto” y cuando no -si con ello también se refiere a un control sobre normas que aunque no se apliquen al caso concreto tienen algún tipo de impacto sobre los derechos vulnerados-, lo cierto es que se pueden encontrar en los votos disidentes del mencionado juez Cançado Trindade en la década de los 90 un constante llamado a dar un vuelco jurisprudencial a una línea argumentativa que ataba su competencia para determinar la compatibilidad de una normativa interna respecto a la Convención, en un caso contencioso, al criterio de que hubiera sido aplicada al caso. Al menos esto es lo que se desprende de sus reflexiones en el voto concurrente en el caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y Otros versus Chile*), cuando expresó que ya no era necesario insistir en los argumentos vertidos en los votos disidentes en los casos *El Amparo*, *Caballero Delgado y Santana*, y *Genie Lacayo*, sobre todo porque “ya no exist(ía) en la jurisprudencia subsiguiente y

---

identificación y verificación de registro de órdenes de captura”; en el caso *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*, con citas de los casos de *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994 y del Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus Miembros Vs. Brasil de 5 de febrero de 2018, sostuvo que: “Al respecto, la Corte recuerda que «[l]a competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto [u omisión] del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención», Corte IDH. Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, párr. 203; Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr.307: “Respecto de esta medida, la Corte nota que el régimen disciplinario en Honduras ha sido modificado con respecto al régimen que fue aplicado a las presuntas víctimas. Este Tribunal recuerda que no le corresponde realizar una revisión en abstracto de normas que no fueron aplicadas o no tuvieron algún tipo de impacto en las violaciones declaradas en un caso concreto. En el presente caso el nuevo régimen disciplinario no fue aplicado a las víctimas ni consta que su posible aplicación pueda tener relación directa con los hechos de este caso. Por ello, y tomando en cuenta que las medidas solicitadas implican el análisis de normas jurídicas y alegados avances legales que no constituían el régimen que se encontraba vigente al momento en que se llevaron a cabo los procesos disciplinarios contra las víctimas de este caso, la Corte considera que no corresponde emitir un pronunciamiento sobre dichas solicitudes al disponer las reparaciones del presente caso.”

---

contemporánea de nuestro Tribunal, que mucho ha evolucionado en este particular, sobre todo a partir del nuevo criterio sobre la materia establecido en el caso *Suárez Rosero* (...)”<sup>52</sup>

El criterio del juez Cançado Trindade en esos votos disidentes se desplegó en los siguientes argumentos, y que resumió en el referido voto concurrente del caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y Otros versus Chile*), de los que tomaré únicamente los que expuso en su Voto Disidente en el *Caso El Amparo Vs. Venezuela* con sentencia de Reparaciones y Costas de 14 de septiembre 1996: “(n)o me parece necesario esperar la ocurrencia de un daño (material o moral) para que una ley pueda ser impugnada”, pues en todo caso “puede serlo sin que esto represente un examen o determinación *in abstracto* de su incompatibilidad con la Convención”<sup>53</sup>; del mismo modo “(s)i fuera necesario aguardar la aplicación efectiva de una ley ocasionando un daño, no habría como sostener el deber de prevención”, pues “(u)na ley puede, por su propia existencia y en la ausencia de medidas de ejecución, afectar los derechos protegidos en la medida en que, por ejemplo, por su vigencia priva a las víctimas o a sus familiares de un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, independientes e imparciales, así como de las garantías judiciales plenas (...)”<sup>54</sup>; así, “(a) partir del momento en que se constatan violaciones de los derechos humanos protegidos, el examen de la incompatibilidad de disposiciones legales de derecho interno con la Convención Americana sobre Derechos Humanos deja (...) de ser una *cuestión abstracta*”, ello porque “(u)na ley puede *per se* configurarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, inhiba el ejercicio de los derechos protegidos, aún en la ausencia de una medida de aplicación”, “puede *per se* revelarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, no imponga límites precisos al poder discrecional atribuido a las autoridades públicas de interferir en el ejercicio de los derechos protegidos”, o “puede *per se* mostrarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, dificulte las investigaciones en curso, u

---

<sup>52</sup> Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, en Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. párr. 2

<sup>53</sup> Voto Disidente del Juez Cançado Trindade en el Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párr.3.

<sup>54</sup> *Ibid.*

ocasione obstrucciones en el proceso judicial, o conlleve a la impunidad de los responsables por las violaciones de los derechos humanos.”<sup>55</sup>

En significativo entonces que el criterio sostenido entonces por el juez Cançado Trindade en su voto disidente en el *Caso El Amparo Vs. Venezuela*, respecto a la incompatibilidad de una ley que “inhiba el ejercicio de los derechos protegidos, aún en la ausencia de una medida de aplicación”, haya sido asumido también por la Corte Interamericana en este caso, que en la opinión de Cançado Trindade entonces no podía enmarcarse en los contornos de una “cuestión abstracta”, por más que no sea de “aplicación” al caso en concreto. Se pudiera exponer mucho más en este sentido y, sobre todo, desplegar un estudio de mayor calado sobre estas posiciones y criterios para llegar a un panorama más clarificador, pero sirvan estas breves referencias para enjuiciar o emprender un análisis más profundo sobre este tema, que engrosa, junto a otros de importancia, el contenido de la sentencia que expondremos en sus líneas fundamentales en las páginas que siguen.

## **2. La “discriminación estructural” en su dimensión histórica se dimensiona a las personas LGBTI como víctimas. Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.**

El caso se relaciona con la detención y tortura del ciudadano peruano Azul Rojas Marín, un hombre gay que se identificaba como mujer con el nombre de Azul, que según sus declaraciones había denunciado en febrero de 2008 en la policía peruana que agentes estatales “la golpearon con la vara de ley para obligarla a subir al vehículo policial, y al momento de la detención tres policías la encerraron en una habitación donde: i) fue desnudada forzosamente; ii) le preguntaron por el paradero de su hermano<sup>186</sup>; iii) le pegaron cachetadas<sup>187</sup>; iv) le realizaron comentarios respecto a su orientación sexual<sup>188</sup>, y vi) le introdujeron la vara policial en el ano en dos oportunidades.”<sup>56</sup> La Corte daría por acreditado, por su parte, que “durante la detención,

---

<sup>55</sup> Ibid., párr.7.

<sup>56</sup> Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr.145.

la señora Rojas Marín fue desnudada forzosamente, golpeada en varias oportunidades, los agentes estatales realizaron comentarios despectivos sobre su orientación sexual, y fue víctima de violación sexual ya que en dos oportunidades le introdujeron una vara policial en el ano.”<sup>57</sup>

En las cuestiones de fondo, después de resolver objeciones preliminares presentadas por Perú, la Corte expuso consideraciones generales sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación, en los que pasa a reconocer que “las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales.”<sup>58</sup> Esta afirmación se acompaña de varios criterios sostenidos con anterioridad: la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona como categorías protegidas por la Convención; las situaciones de violencia como producto de formas extremas de discriminación contra las personas LGBTI, basada en prejuicios<sup>59</sup> y con un “fin simbólico” para “comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación”<sup>60</sup>, y para “impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una determinada categoría”<sup>61</sup>, del mismo modo que la “violencia, alimentada por discursos de odio, puede dar lugar a crímenes de odio”<sup>62</sup>; lo complicado para distinguir entre la discriminación por orientación sexual y discriminación por expresión de género y la posibilidad de discriminación por orientación sexual real o percibida<sup>63</sup>; entre otras.

Por su parte en el análisis de las posibles violaciones al artículo 7 de la Convención, sobre el derecho a la libertad personal, sobre la base de que Rojas Marín había sido privada de libertad por agentes estatales cuando fue llevada a la comisaría en febrero de 2008<sup>64</sup>, la Corte consideró en relación a la legalidad de la detención que no se habían cumplido “los requisitos establecidos por la propia legislación interna, por lo

---

<sup>57</sup> *Ibíd.* párr.157.

<sup>58</sup> *Ibíd.*, párr.90.

<sup>59</sup> *Ibíd.*, párrs. 91 y 92.

<sup>60</sup> *Ibíd.*, párr.93.

<sup>61</sup> *Ibíd.*

<sup>62</sup> *Ibíd.*

<sup>63</sup> *Ibíd.*

<sup>64</sup> *Ibíd.*, párr. 109.

cual constituyó una violación al artículo 7.2 de la Convención”<sup>65</sup>; del mismo modo que se constataba “la ausencia de un motivo conforme a la ley por el cual la presunta víctima fue sujeta a un control de identidad y la existencia de elementos que apuntan hacia un trato discriminatorio por razones de orientación sexual o expresión de género no normativa”, por lo que la Corte “deb(ía) presumir que la detención de la señora Rojas Marín fue realizada por razones discriminatorias”<sup>66</sup>. En tal sentido “las detenciones realizadas por razones discriminatorias son manifiestamente irrazonables y por tanto arbitrarias”<sup>67</sup>, por lo que la Corte consideró que la violación del artículo 7.3 de la Convención.<sup>68</sup> En este mismo orden, la Corte consideró la vulneración del artículo 7.4 en cuanto no se informó de las razones de la detención.<sup>69</sup>

En relación al derecho a la integridad personal y vida privada, consagrado en el artículo 5 de la Convención, la Corte concluyó que “el conjunto de abusos y agresiones sufridas por Azul Rojas Marín, incluyendo la violación sexual, constituyó un acto de tortura por parte de agentes estatales”<sup>70</sup>, por lo que “el Estado violó los derechos a la integridad personal, a la vida privada, y a no ser sometida a tortura, consagrados en los artículos 5.1, 5.2 y 11 de la Convención, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar dichos derechos sin discriminación, consagradas en el artículo 1.1 del mismo tratado y los artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.”<sup>71</sup>

Respecto a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, de los artículos 8 y 25 de la Convención, al analizar si hubo *debida diligencia en la investigación* conforme al desarrollo por la Corte de “estándares específicos sobre cómo se debe investigar la violencia sexual en casos donde las víctimas han sido mujeres”<sup>72</sup>,

---

<sup>65</sup> *Ibíd.*, párr. 121.

<sup>66</sup> *Ibíd.*, párr. 128.

<sup>67</sup> *Ibíd.*, párr. 129.

<sup>68</sup> *Ibíd.*, párr. 130.

<sup>69</sup> *Ibíd.*, párr. 131.

<sup>70</sup> *Ibíd.*, párr. 166.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, párr. 167.

<sup>72</sup> *Ibíd.*, párr.179. “Este Tribunal ha especificado que en una investigación penal por violencia sexual, es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del género que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se



la Corte consideró que no se cumplieron en la toma de declaraciones de Azul Rojas, ni en el examen médico practicado, del mismo modo que el Estado no superó el examen de la comprobación de *omisiones probatorias y en la investigación de los posibles motivos discriminatorios* y de la *utilización de estereotipos discriminatorios durante la investigación*. Por estas razones, la Corte consideró que el Estado “no actuó con la debida diligencia para investigar la tortura sexual de la presunta víctima.”<sup>73</sup>

En este mismo sentido, la Corte determinó que el Estado no investigó el delito de tortura, y así violó los artículos 8.1 y 25 en relación con los artículos 1.1 y 2 y con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionarla Tortura<sup>74</sup>; y en relación con la decisión de sobreseimiento por el Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Ascope el 9 de enero de 2009, del proceso por ambos delitos y contra los imputados<sup>75</sup>, la Corte sostuvo que “las autoridades judiciales no tomaron en cuenta las particularidades de las investigaciones de tortura y violación sexual, desacreditando indebidamente las declaraciones de la presunta víctima, no dando el valor necesario a las pericias realizadas y asumiendo que la presunta víctima se había autolesionado.”<sup>76</sup> Todas estas cuestiones hicieron concluir a la Corte “que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar dichos derechos sin discriminación y de adoptar disposiciones de derecho interno, consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, y con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionarla Tortura, en perjuicio de Azul Rojas Marín.”<sup>77</sup> La Corte también determinaría la responsabilidad del Estado por la violación del artículo 5.1 de la Convención en relación con la madre de Azul, la señora Juana Rosa Tanta Marín.<sup>78</sup>

---

documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso.” *Ibíd.*, párr.180.

<sup>73</sup> *Ibíd.*, párr. 205.

<sup>74</sup> *Ibíd.*, párr. 208.

<sup>75</sup> *Ibíd.*, párr. 209.

<sup>76</sup> *Ibíd.*, párr. 218.

<sup>77</sup> *Ibíd.*, párr. 219.

<sup>78</sup> *Ibíd.*, párr. 223.

Entre las medidas de reparaciones, la Corte dispuso que el Estado debería, “en un plazo razonable y por medio de funcionarios capacitados en atención a víctimas de discriminación y violencia por orientación sexual, promover y continuar las investigaciones amplias, sistemáticas y minuciosas que sean necesarias para determinar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de la violencia y tortura sexual sufrida por la señora Rojas Marín, evitando la aplicación de estereotipos discriminatorios y la realización de cualquier acto que pueda resultar revictimizante.”<sup>79</sup> Como medidas de satisfacción, la Corte dispuso la publicación de la sentencia y la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional.<sup>80</sup> En igual sentido como medidas de rehabilitación, la Corte dispuso asistencia médica y psicológica<sup>81</sup>. Entre las garantías de no repetición, la Corte ordenó al Estado la “adopción de un protocolo sobre la investigación y administración de justicia en casos de violencia contra las personas LGBT”, la “sensibilización y capacitación de agentes estatales sobre violencia contra las personas LGBTI”, el “diseño e implementación de un sistema de recopilación y producción estadística de violencia contra personas LGBTI” y la eliminación del “indicador de «erradicación de homosexuales y travestis» de los Planes de Seguridad Ciudadana de las Regiones y Distritos del Perú”.<sup>82</sup>

**3. Una “medida de reparación de carácter estructural” para “beneficiar a personas más allá de la víctima del caso” -como “garantía de no repetición”-, en la base de la ordenación de medidas urgentes para el aseguramiento de derechos humanos de personas migrantes retenidas en el marco de la pandemia. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Urgentes. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2020 y Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020.**

---

<sup>79</sup> *Ibíd.*, párr. 229.

<sup>80</sup> *Ibíd.*, párrs. 230-234.

<sup>81</sup> *Ibíd.*, párrs. 235-237.

<sup>82</sup> *Ibíd.*, párrs. 238-255.

El 7 de mayo de 2020 los representantes de la víctima, en este caso del señor Vélez Loor, presentaron ante la Corte la solicitud de medidas provisionales respecto a personas migrantes que se encontraba retenidas en un centro conocido como La Peñita en la región del Darién, cuya nacionalidad eran haitianos, cubanos, y otros. El objetivo consistió en “«evitar que se produzcan daños irreparables a sus derechos a la vida, salud e integridad personal» en el contexto de la actual crisis sanitaria provocada por el COVID-19”.<sup>83</sup> Entre los “hechos de riesgo” que alegaban los representantes para la adopción de estas medidas estaban: “(d)etenciones automáticas y arbitrarias que, debido a la pandemia, se habrían convertido en detenciones indefinidas”; “(c)ondiciones de detención inadecuadas para prevenir el contagio del COVID-19”; “(f)alta de medidas de respuesta y prevención al COVID-19 en La Peñita”<sup>84</sup>.

La presentación de esta solicitud acontecía en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Caso Vélez Loor Vs. Panamá* con sentencia de 23 de noviembre de 2010, en la que la Corte había declarado la responsabilidad de Panamá por la violación de varios derechos del señor Jesús Tranquilino Vélez Loor (de nacionalidad ecuatoriana), quien había sido privado de libertad en varios centros penitenciarios de Panamá por encontrarse en “situación migratoria irregular”. La posibilidad de presentación de esta solicitud de medidas estaba en una de las medidas de reparación que la Corte había ordenado en forma de “garantía de no repetición” de la siguiente manera: “adoptar las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada en el caso en concreto por cuestiones migratorias, específicamente adecuados para tales propósitos, que ofrezcan condiciones materiales y un régimen acorde para migrantes, y cuyo personal sea civil y esté debidamente calificado y capacitado (...)”.<sup>85</sup>

En este sentido, la Presidenta de la Corte recordó que en el caso Vélez Loor se había ordenado “una medida de reparación de carácter estructural que permitiría

---

<sup>83</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Urgentes. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2020, párr. 2.

<sup>84</sup> Ibid., párr.7.

<sup>85</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, punto resolutivo 15; también Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Urgentes. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2020, párr.1.

beneficiar a personas más allá de la víctima del caso”, como ya hemos hecho alusión, con la que buscó “asegurar que la privación de libertad de personas por cuestiones migratorias sea excepcional, cuando en el caso concreto cumpla con parámetros de necesidad y proporcionalidad, y que se realice en establecimientos destinados a alojar a esas personas, que cumplan con un régimen acorde para migrantes, el cual es distinto del de personas acusadas o condenadas por delitos penales.”<sup>86</sup> Más adelante, después de citar los parámetros establecidos por la Corte para el cumplimiento de esta garantía de no repetición y que se cumplía el requisito establecido en el artículo 27.3 del Reglamento de la Corte (“relación con el objeto del caso”), indica la pertinencia en este caso de realizar un examen de las circunstancias para la adopción de medidas provisionales, tomando en cuenta la excepcionalidad de algunas circunstancias para este tipo de examen, ya que el cumplimiento de cualquiera de las medidas ordenadas debían hacerse normalmente en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia.

“En este caso, la Presidencia estima que se configuran condiciones excepcionales que ameritan proceder a examinar si se cumplen los requisitos para la adopción de medidas provisionales al constatar que se trata de alegados hechos relativos a la falta de prevención del contagio y falta de atención médica de los migrantes retenidos en el albergue La Peñita en el contexto generado por la pandemia de la enfermedad denominada COVID-19, lo cual pondría en riesgo la salud, la integridad personal y la vida de diversas personas. La situación descrita en la solicitud de medidas podría ameritar una intervención inmediata a favor de un grupo de personas en situación de vulnerabilidad, como lo son las personas migrantes y otras personas extranjeras en contexto de movilidad humana, vulnerabilidad que se ve incrementada por la pandemia y que, consecuentemente, amerita particular protección por el Estado. Así lo hizo notar la Corte en su Declaración No. 1/20 titulada «COVID-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales», así como otros organismos internacionales. Esta situación de salud pública mundial, como es la pandemia del COVID 19, ha producido que los Estados adopten una serie de medidas para hacer frente a esta

---

<sup>86</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Urgentes. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2020, párr.13.

crisis, lo cual ha ocasionado la afectación de una serie de derechos en cuanto a su ejercicio y goce.”<sup>87</sup>

En el análisis sobre el cumplimiento o no de los requisitos para la adopción de medidas cautelares, la Presidente pudo razonar en lo siguiente: en el examen del requisito de “extrema gravedad”, se reconoció de inicio “las dificultades que viene experimentando el Estado de Panamá como consecuencia del cierre de fronteras regionales respecto a la atención de personas migrantes que requieren continuar transitando hacia otros países, así como sus esfuerzos por brindar respuesta a dicha situación en el ámbito de su jurisdicción”.<sup>88</sup> En este orden “destaca que las personas respecto de quienes se solicita protección son personas extranjeras que se encontraban transitando por territorio panameño en un contexto de movilidad humana”, y que por tanto “(l) a privación de su libertad debe ser excepcional y en condiciones materiales acordes a su status de migrantes (...)”, lo que “no obsta a que, en la atención de la emergencia sanitaria, a las personas migrantes también se les apliquen restricciones a sus derechos, que sean legítimas y conforme a los parámetros interamericanos e internacionales, así como en condiciones de igualdad que al resto de la población.”<sup>89</sup>

Seguidamente la Presidenta expuso aquellos hechos alegados por los representantes de la víctima que el Estado no pudo objetar: la situación de hacinamiento del centro La Peñita en la región del Darién, “ya que su ocupación actual sobrepasa su capacidad de alojar un número aproximado de 200 personas”, además de carecer “de ventilación, de duchas, de suficientes letrinas, de acceso al agua potable y a los alimentos en calidades y cantidades adecuadas”; la existencia además en este lugar de 66 mujeres embarazadas hasta la fecha 23 de abril de 2020. En este orden la Presidenta hizo notar que “Panamá no explicó haber ampliado en fecha reciente la capacidad estructural del albergue La Peñita, pero las representantes explicaron que el Estado habilitó una «instalación nueva» en «Lajas Blancas», Provincia de Darién, para albergar a las personas contagiadas y a las sospechosas de haber sido contagiadas. De acuerdo al cuadro incluido por el Estado en sus observaciones, en «la ERM Laja Blanca» se encuentra un total de 160 personas.”<sup>90</sup> En este punto la Presidenta destacó “la gravedad

---

<sup>87</sup> Ibid., párr.17.

<sup>88</sup> Ibid., párr.19

<sup>89</sup> Ibid., párr.20.

<sup>90</sup> Ibid., párr.21.

de que, aun cuando el Estado hubiere dispuesto campamentos en Laja Blanca para trasladar a dichas personas, en La Peñita continúa albergando un alto número de personas que supone, al menos, siete veces más de lo que permitiría su capacidad, lo cual puede favorecer la propagación del COVID-19. Estas alegadas condiciones de hacinamiento y sobre población del establecimiento La Peñita pueden continuar agravándose por las medidas de restricción de la movilidad interna y transfronteriza, que pueden ocasionar un daño irreparable a la vida y a la integridad de las personas allí retenidas por cuestiones migratorias.”<sup>91</sup>

En este orden la Presidenta valoró algunas algunas medidas que Panamá alegó ante la Corte para “minimizar los riesgos y vulnerabilidades sociales” de estas personas, y vio positivo que el Estado panameño considerara “a las personas migrantes como un grupo al cual requiere dirigir acciones sanitarias para mitigar el impacto de dicha enfermedad infecciosa en tanto dicha enfermedad incrementa su situación de vulnerabilidad”, o que expresara atender a la población de este lugar “con los estándares establecidos por la OMS”.<sup>92</sup> No obstante ello, hizo notar que el Panamá, pese a haber expuesto lo anterior, no era claro si se había solucionado esta grave situación. En este caso, no se explicaba “cómo se cumplen los estándares de la Organización Mundial de la Salud ante un nivel de sobre población tan elevado”, ni se pudo “conocer cómo en las instalaciones del establecimiento se garantiza una ventilación y una distancia adecuadas entre las personas que se encuentran allí y de quienes realizan funciones, a los fines de prevenir el contagio del COVID-19, tomando en cuenta que, según la información científica disponible a la fecha, el virus se transmite de forma muy eficiente por vía interpersonal, lo cual supone la necesidad de intensificar medidas de distanciamiento e higiene (...)”<sup>93</sup>

Por su parte el requisito de urgencia la Presidenta lo constata de la información brindada por el Estado con fecha 12 de mayo de 2020 sobre los contagios detectados en las personas migrantes y funcionarios, en este caso 58 casos positivos. En este punto argumentó que “(l) a alegada falta de condiciones para que se garanticen medidas rigurosas de distanciamiento y de higiene para prevenir y mitigar la propagación del COVID-19, así como la falta de información relativa a que el Estado garantice un

---

<sup>91</sup> Ibid., párr.22.

<sup>92</sup> Ibid., párr.23.

<sup>93</sup> Ibid., párr.24.

tratamiento médico adecuado ante complicaciones derivadas de la enfermedad, hacen que sea necesaria la adopción de medidas de forma inmediata para revertir esas situaciones lo más pronto posible.”<sup>94</sup> A este escenario se agregaba que la imposibilidad de comprender “si, ante el relevamiento de un número significativo de personas contagiadas, se intensificaron las medidas para evitar el contagio masivo, tomando en cuenta que el virus lo transmiten también las personas asintomáticas o con síntomas leves que podrían haber pasado sin detectarse”, así como “a cuántas personas migrantes y funcionarios realizó pruebas de diagnóstico del virus”, y “si el Estado ha procedido a identificar a aquellas personas con factores de riesgo de mayores complicaciones o condiciones de vulnerabilidad particular, como lo son las personas mayores y mujeres embarazadas, entre otras, que se puedan ver mayormente afectadas por el contagio.”<sup>95</sup>

De igual forma la Presidenta pudo constatar el cumplimiento del requisito de “irreparabilidad del daño”, en tanto “la situación de extrema gravedad y urgencia de las personas retenidas en la Estación de Recepción Migratoria La Peñita y en Laja Blanca podría tener consecuencias irreparables a sus derechos a la salud, integridad personal y vida.” En consonancia con esto, la Presidenta consideró extender la protección de las personas no sólo localizadas en La Peñita, como había solicitado los representantes de las víctimas, sino también a las personas que se encontraban en el albergue Laja Blanca, en tanto hacia este lugar eran “trasladadas, desde La Peñita, las personas clasificadas como contagiadas y «sus contactos».”<sup>96</sup> De este modo, a juicio de la Presidenta se advertían los tres requisitos para la adopción de medidas urgentes para la “protección para la salud, vida e integridad de las personas que se encuentran en la Estación de Recepción Migratoria La Peñita, así como de aquellas trasladadas a Laja Blanca.”<sup>97</sup>

En tales circunstancias, la Presidenta procedió a “precisar algunos requerimientos mínimos de acuerdo a las recomendaciones existentes disponibles en la actualidad, para la implementación de las medidas necesarias para garantizar los derechos humanos de las personas que se encuentran en las Estaciones de Recepción Migratoria en el contexto de la referida pandemia”, para lo cual se auxilia, entre otros, de las “Recomendaciones para la prevención y control de la COVID-19 en lugares de

---

<sup>94</sup> *Ibíd.*, párr.25.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, párr.26.

<sup>96</sup> *Ibíd.*, párr.27.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, párr.28.

detención”, de 15 de abril de 2020, del Comité Internacional de la Cruz Roja; de las “Recomendaciones del Subcomité de Prevención de la Tortura a los Estados Partes y Mecanismos Nacionales de Prevención relacionados con la pandemia de Coronavirus, de 25 de Marzo de 2020, del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, entre otras.<sup>98</sup> Entre estos requerimientos se encontraban: “(r)educir el hacinamiento al nivel más bajo posible de forma tal que se puedan respetar las pautas recomendadas de distanciamiento social para prevenir el contagio del virus, teniendo en cuenta especialmente a las personas con factores de riesgo, e incluyendo la posibilidad de examinar medidas alternativas y basadas en la comunidad”; “(d)eterminar, cuando sea posible, de acuerdo al interés superior, opciones de acogida familiar o comunitaria para niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, así como para aquellos que están junto con sus familias preservando la unidad familiar”; entre otros.<sup>99</sup>

Por tales motivos la Presidenta resolvió “(r)equerir al Estado de Panamá que adopte todas las medidas adecuadas para proteger efectivamente los derechos a la salud,

---

<sup>98</sup> *Ibíd.*, ver notas a pie de página 24 y ss.

<sup>99</sup> El resto de los requerimientos consistían en: “Garantizar el respeto del principio de no devolución a toda persona extranjera, cuando su vida, seguridad e integridad personal esté en riesgo”; “Adoptar medidas para prevenir el riesgo de violencia, y en particular aquella de carácter sexual, a la que están expuestas las mujeres, las niñas y los niños migrantes”; “Establecer protocolos o planes de actuación para la prevención del contagio del COVID-19 y la atención de personas migrantes infectadas, de acuerdo a las pautas recomendadas. Entre otros aspectos, asegurarse de realizar controles de salud a cada persona que ingrese al establecimiento, verificando si tiene fiebre o síntomas de la enfermedad; realizar la toma de muestras biológicas de todos aquellos casos clasificados como «sospechosos», y adoptar las medidas de atención médica, cuarentena y/o aislamiento necesarias”; “Brindar a las personas migrantes acceso gratuito y sin discriminación a servicios de atención en salud, incluyendo aquellos necesarios para enfrentar la enfermedad del COVID-19, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz y al mismo estándar de atención que se encuentra disponible en la comunidad”; “Proporcionar a las mujeres embarazadas acceso gratuito a servicios de atención en salud sexual y reproductiva así como a servicios de atención de maternidad, y facilitar servicios de atención en salud adecuados para niñas y niños”; “Adoptar las medidas que sean necesarias para superar barreras legales, idiomáticas y culturales que dificulten el acceso a la salud y a la información”; “Adoptar medidas para asegurar la ventilación natural, limpieza máxima, desinfección y recolección de residuos para evitar que la enfermedad se propague”; “Continuar con la dotación gratuita de mascarillas, guantes, alcohol, toallas desechables, papel higiénico y bolsas de basura, entre otros elementos, tanto para la población que se encuentra en los establecimientos como el personal de custodia y sanitario”; “Promover, a través de los suministros y la información necesarias, las medidas de higiene personal recomendadas por las autoridades sanitarias, tales como el lavado regular de las manos y del cuerpo con agua y jabón para prevenir la transmisión de dicho virus y de otras enfermedades infecciosas”; “Proveer una alimentación suficiente y agua potable para consumo personal, con especial consideración de los requerimientos nutricionales pre y post natales”; “Posibilitar el acceso a servicios de salud mental para las personas que así lo requieran, teniendo en cuenta la ansiedad y/u otras patologías que se pueden generar a raíz del temor provocado por la situación del COVID-19”; “Garantizar el acceso a las Estaciones de Recepción Migratoria de la Defensoría del Pueblo y de otros mecanismos independientes de monitoreo, así como de las organizaciones internacionales y de la sociedad civil”; “Evitar que las medidas que se adopten promuevan la xenofobia, el racismo y cualquier otra forma de discriminación”. *Ibíd.*, párr.30.



integridad personal y vida de las personas que se encuentran en las Estaciones de Recepción Migratoria La Peñita y Laja Blanca en la Provincia de Darién”, del mismo modo “que asegure, de forma inmediata y efectiva, el acceso a servicios de salud esenciales sin discriminación a todas las personas que se encuentran en las Estaciones de Recepción Migratoria La Peñita y Laja Blanca, incluyendo detección temprana y tratamiento del COVID-19”.<sup>100</sup> En esta línea requería al Estado la presentación de un informe sobre el cumplimiento de lo establecido anteriormente, que debía ser “completo y detallado”, con una fecha que no debía exceder del 10 de junio de 2020. Del mismo modo las representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana, una vez presentado este informe, debían elevar sus observaciones en un plazo de una semana.<sup>101</sup>

Con posterioridad, en el mes de julio de 2020, la Corte Interamericana tuvo que “determinar la necesidad de ratificar las presentes medidas” a la luz “de la información presentada por el Estado y las representantes sobre la situación actual de riesgo, así como sus observaciones y las de la Comisión Interamericana al respecto.”<sup>102</sup> En este orden, la Corte volvió a estimar que “los requisitos de extrema gravedad, urgencia e irreparabilidad del daño se configuran prima facie y se hace necesario ordenar medidas provisionales de protección para la salud, vida e integridad de las personas que se encuentran en la Estación de Recepción Migratoria La Peñita, así como de aquellas trasladadas a Lajas Blancas.”<sup>103</sup> Después de “reiterar los requerimientos mínimos enumerados en la Resolución de la Presidenta de Adopción de Medidas Urgentes”<sup>104</sup>, en la presente resolución de adopción de medidas provisionales la Corte resolvió, por cuatro votos a favor y uno en contra (con voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi y voto concurrente del juez L.Patricio Pazmiño Freire), “(r)atificar la Resolución de la Presidenta de adopción de Medidas Urgentes de 26 de mayo de 2020” y reiterar las dos primeras ya mencionadas, y en cuanto al plazo requirió al Estado presentar un informe “a más tardar el 1 de septiembre de 2020”, “luego de lo cual deberá continuar informando a la Corte cada cuatro semanas, dadas las particularidades de estas medidas,

<sup>100</sup> *Ibíd.*, puntos resolutivos 1 y 2.

<sup>101</sup> *Ibíd.*, puntos resolutivos 3 y 4.

<sup>102</sup> Corte IDH. Caso Vélez Llor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020, párr.5.

<sup>103</sup> *Ibíd.*, párr.33.

<sup>104</sup> *Ibíd.*, párr. 35.

contadas a partir de la remisión de su último informe”.<sup>105</sup> De la misma forma resolvió lo atinente a las observaciones que debían hacer los representantes de la víctima y la Comisión Interamericana al informe que presentara el Estado.<sup>106</sup>

**4. Un caso en el entorno del “lawfare” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana aunque sólo se reconozca en los votos individuales de algunos de sus jueces; una interpretación literalista vs interpretación dinámica y evolutiva de la reglamentación de los derechos políticos; la figura del juez penal como única autoridad judicial en el marco del artículo 23.2 de la Convención; un control de convencionalidad abstracto que abre interrogantes. Corte IDH. Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406.**

El caso se relaciona con el señor Gustavo Petro, quien había sido elegido como Alcalde Mayor de Bogotá, D.C. el 30 de octubre de 2011. El 9 de diciembre de 2013 le fue impuesta una sanción por la Procuraduría General que contempló su destitución e inhabilitación, lo que ocurrió entre el 20 de marzo de 2014 y el 23 de abril de 2014.<sup>107</sup> La mencionada sanción tenía como antecedentes la investigación realizada por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General “por presuntas irregularidades relacionadas a la prestación del servicio público de aseo”, ante la presentación en enero de 2013 de una queja contra Petro en la Procuraduría General por el Secretario General de la Federación Regional de Trabajadores, un Concejal del Distrito de Bogotá, el Personero del Distrito de Bogotá y el Defensor del Pueblo.<sup>108</sup> A tenor de lo establecido por la Corte en la sentencia:

“El 9 de diciembre de 2013, luego de haber adelantado un procedimiento disciplinario, la Sala Disciplinaria declaró probados los tres cargos formulados contra el señor Petro y lo juzgó «responsable disciplinariamente» por la comisión de las siguientes faltas disciplinarias: a) la falta gravísima contenida en el numeral

<sup>105</sup> *Ibíd.*, punto resolucivo 4.

<sup>106</sup> *Ibíd.*, punto resolucivo 5.

<sup>107</sup> Corte IDH. Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, párr.40.

<sup>108</sup> *Ibíd.*, párr.48.

31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, consistente en «[p]articipar en la etapa precontractual o en la etapa contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley»; b) la falta gravísima contenida en el numeral 60 del artículo 48 del mismo Código, consistente en «[e]jercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante», y c) la falta gravísima contenida en el numeral 37 del artículo del mismo Código, consistente en «[p]roferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección [...] del medio ambiente».

En consecuencia, el señor Petro fue sancionado con la pena de destitución como Alcalde de Bogotá e inhabilidad general para ocupar cualquier cargo público por el término de 15 años.”<sup>109</sup>

A estos hechos siguieron complejos procesos contra estas decisiones de los cuales destacaremos aquellos que resultaron más importantes. De este modo se rechazaron escritos de recusación presentados por Petro contra determinados funcionarios de la Procuraduría, así como un escrito de reposición contra la mencionada decisión del 9 de diciembre de 2013 y a la solicitud de una práctica de pruebas.<sup>110</sup>

Del mismo modo, se constatan varias acciones de tutela ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en las que en un caso se acogió y se ordenó suspender provisionalmente las resoluciones de la Sala Disciplinaria de 9 de diciembre de 2013 y 13 de enero de 2014 (ordenada por la Sección Segunda -Subsección A) -ésta última en relación con el rechazo de la práctica de pruebas-, y que sería revocada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 18 de marzo de 2014; y en otros se rechazó otra acción de tutela presentada por Petro (por la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca), lo que fue confirmado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y por la Corte Constitucional el 11 de junio de 2015.<sup>111</sup> De igual forma se registra que por Decreto 570 de 20 de marzo de 2014 del Presidente de la República, se dispone la

<sup>109</sup> *Ibíd.*, párrs.49-50.

<sup>110</sup> *Ibíd.*, párrs.51-52.

<sup>111</sup> *Ibíd.*, párrs.53-55.

destitución de Petro, así como otro Decreto de 21 de abril de 2014 para encargar las funciones del cargo que dejaba Petro.<sup>112</sup>

Del mismo modo se constataron acciones ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá y medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que solicitaba la “suspensión provisional” de las resoluciones de la Sala Disciplinaria de 9 de diciembre de 2013 y de 13 de enero de 2014. Con base en estas medidas cautelares, la Sala Civil-Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá acogía acción de tutela con fecha 21 de abril de 2014 y ordenaba acatar las medidas cautelares, lo que llevó a que el Presidente de la República dejara sin efectos los decretos anteriores. Esta realidad hizo que se restituyó en el cargo de Alcalde de Bogotá al señor Petro.<sup>113</sup> No obstante, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia revocó esta sentencia de la Sala Civil-Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que sería confirmada por la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional el 18 de diciembre de 2014.<sup>114</sup>

La sentencia de la Corte Interamericana igualmente plasma cómo la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decretó en fecha 13 de mayo de 2014 la suspensión provisional de las decisiones referidas de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General (en cuanto a sus “efectos jurídicos”, como destaca la sentencia de la Corte Interamericana), ante la interposición de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por parte de Petro, y sería confirmada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 17 de marzo de 2015 ante un recurso de súplica de la Procuraduría General.<sup>115</sup> En este sentido, “el Consejo de Estado acogió la demanda y declaró la nulidad de las decisiones de la Sala Disciplinaria de 9 de diciembre de 2013 y 13 de enero de 2014, subsecuentemente ordenando a la Procuraduría General el pago al señor Petro de «los salarios y prestaciones dejados de percibir por el accionante durante el tiempo que estuvo efectivamente separado del servicio».”<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> *Ibíd.*, párr.55.

<sup>113</sup> *Ibíd.*, párr.59.

<sup>114</sup> *Ibíd.*, párr. 60.

<sup>115</sup> *Ibíd.*, párr.61.

<sup>116</sup> *Ibíd.*, párr. 62.

Del mismo modo, se registra otra sanción contra el señor Petro el 27 de junio de 2016 por parte del Procurador General, que comprendía la suspensión e inhabilitación especial, relacionado con la “modificación del Plan de Ordenamiento Territorial”, que sería declarada nula por la propia Procuraduría General.<sup>117</sup> También se registra en la sentencia una multa al señor Petro impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio como consecuencia de una supuesta violación de una normativa -en este caso la Ley 155 de 1959-, la cual fue objeto de una interposición por el señor Petro “ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (de) un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la multa impuesta por la SIC, cuyo fondo se encuentra pendiente de ser resuelto.”<sup>118</sup> Como parte de este escenario, también se encuentra un “proceso ante la Contraloría por la modificación de las tarifas del servicio de transporte”, que todavía se encuentra pendiente.<sup>119</sup>

En las consideraciones sobre la presunta violación a los derechos políticos presentes en este caso, y para brindar su interpretación del artículo 23.2, como ya hemos hecho alusión en la introducción de esta crónica, la Corte de inicio parte de un grupo de ideas o estándares fijados en relación con la importancia de los derechos políticos en una sociedad democrática: “(e)l ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”<sup>120</sup>; “de conformidad con el artículo 23 convencional, sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de «oportunidades»”, que se traduce en “la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos”<sup>121</sup>; “(l)os derechos políticos y su ejercicio propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político”; etc.<sup>122</sup>

En relación con el artículo 23.2 ya hemos indicado que la Corte se decanta por una *interpretación literalista*. En este sentido pudo decir: “La Corte advierte que la Comisión y las partes sostienen interpretaciones divergentes respecto al alcance del

---

<sup>117</sup> *Ibíd.*, párrs. 63-66.

<sup>118</sup> *Ibíd.*, párr. 71.1.

<sup>119</sup> *Ibíd.*, párr. 72-76.

<sup>120</sup> *Ibíd.*, párr.93.

<sup>121</sup> *Ibíd.*

<sup>122</sup> *Ibíd.*, párr.93.

artículo 23.2 de la Convención, en particular sobre si dicho artículo admite restricciones a los derechos políticos de autoridades democráticamente electas como resultado de sanciones impuestas por autoridades distintas a un «juez competente, en proceso penal», y las condiciones en que dichas restricciones podrían ser válidas.”<sup>123</sup> De tal modo, sobre lo ya expresado en el *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*:

“La Corte reitera que el artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en el sentido de que dicho instrumentono permite que órgano administrativoalgunopueda aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su conducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal. El Tribunal considera que la interpretación literal de este precepto permite arribar a esta conclusión, pues tanto la destitución como la inhabilitación son restricciones a los derechos políticos, no sólo de aquellos funcionarios públicos elegidos popularmente, sino también de sus electores.”<sup>124</sup>

Para la Corte una *interpretación literal* quedaba “corroborada” en relación con el objeto y fin de la Convención - “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” y “la consolidación y protección de un ordenamiento democrático” -, que encontraba apoyo igualmente en la Declaración Americana y en el artículo 32.2 de la Convención.<sup>125</sup> En este sentido, recalca el alcance de una *interpretación teológica* en este asunto:

“La interpretación teleológica permite resaltar que, en las restricciones a los derechos reconocidos por la Convención, debe existir un estricto respeto de las debidas garantías convencionales. La Corte considera que el artículo 23.2 de la Convención, al establecer un listado de posibles causales para la limitación o reglamentación de los derechos políticos, tiene como objeto determinar criterios claros y regímenes específicos bajo los cuales dichos derechos pueden ser limitados. Lo anterior busca que la limitación de los derechos políticos no quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno, con el fin de proteger que la

---

<sup>123</sup> *Ibíd.*, párr.95.

<sup>124</sup> *Ibíd.*, párr.96.

<sup>125</sup> *Ibíd.*, párr.97.

oposición política pueda ejercer su posición sin restricciones indebidas. De esta forma, el Tribunal considera que las sanciones de destitución e inhabilitación de funcionarios públicos democráticamente electos por parte de una autoridad administrativa disciplinaria, en tanto restricciones a los derechos políticos no contempladas dentro de aquellas permitidas por la Convención Americana, son incompatibles no solo con la literalidad del artículo 23.2 de la Convención, sino también con el objeto y fin del mismo instrumento.”<sup>126</sup>

En la aplicación de estos criterios al caso en cuestión, la Corte pudo expresar en relación con las sanciones de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de 9 de diciembre de 2013 que “ninguno de esos requisitos se cumplió, pues el órgano que impuso dicha sanción no era un «juez competente», no hubo «condena» y las sanciones no se aplicaron como resultado de un «proceso penal», en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana. Además, la sanción de destitución –aun cuando esta haya ocurrido por un período de un mes–constituyó una restricción a los derechos políticos tanto del funcionario democráticamente electo, que no pudo continuar ejerciendo su cargo, como una afectación a los derechos de aquellas personas que lo eligieron, y en general afecta la dinámica del juego democrático al constituir una alteración de la voluntad de los electores.”<sup>127</sup>

El Estado alegaría, en otro sentido, la posibilidad de que la Corte se estuviera pronunciando “sobre la responsabilidad del Estado por violaciones ocurridas en virtud de las sanciones de la Procuraduría, y por las normas que fueron aplicadas”, con base en un “control en abstracto.” Esta posición la sostiene bajo la consideración de que hubo una suspensión de los efectos de la sanción de destitución e inhabilitación en el momento en que la “demanda de nulidad y restablecimiento del derecho era fallada de fondo por el Consejo de Estado” –que representaba “que el señor Petro habría podido concluir su mandato como Alcalde de Bogotá”–, así como también que “la decisión del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017–en virtud de la cual se falló sobre el fondo del asunto– expulsó del mundo jurídico los actos administrativos sancionarios

---

<sup>126</sup> *Ibíd.*, párr.98.

<sup>127</sup> *Ibíd.*, párr.100.

expedidos por la Procuraduría, por lo que el señor Petro pudo ejercer sus derechos políticos y gozó de todas las garantías para participar en elecciones posteriores.”<sup>128</sup>

En este sentido, el argumento de la Corte, que procedió a analizar este alegato con base en la “aplicación del principio de complementariedad”, fundamentó, en primer lugar, que la decisión del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017 constituyó “un adecuado y oportuno control de convencionalidad de las sanciones de destitución e inhabilitación impuestas en contra del señor Petro por parte de la Procuraduría, en tanto cesó y reparó las violaciones a los derechos políticos que ocurrieron en perjuicio del señor Petro como resultado de dichas sanciones.” En este sentido expuso que “(e)l Consejo de Estado tomó debida consideración de los estándares desarrollados por este Tribunal en relación con los límites a las restricciones permitidas por el artículo 23.2 de la Convención, para así garantizar adecuadamente los derechos políticos del señor Petro (...)”<sup>129</sup>

No obstante, la Corte además de resaltar lo “encomiable” de la decisión del Consejo de Estado”, pudo constatar que “por la naturaleza del derecho afectado, no fue subsanada totalmente la violación, pues el derecho al ejercicio de un cargo de elección popular fue interrumpido durante más de un mes por la sanción impuesta por la Procuraduría.”<sup>130</sup>

“En ese sentido, el Tribunal advierte que el Consejo de Estado exhortó a diversas instancias del gobierno para realizar aquellas reformas legislativas dirigidas a «poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana» en relación con las facultades del Procurador. De esta forma, si bien cesaron las violaciones a los derechos políticos de la presunta víctima en virtud de la sentencia del Consejo de Estado, en definitiva, el Estado no ha reparado integralmente el hecho ilícito, pues no ha modificado las normas jurídicas que permitieron la imposición de dichas sanciones, las cuales se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano.”<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> *Ibíd.*, párr. 101.

<sup>129</sup> *Ibíd.*, párr. 108.

<sup>130</sup> *Ibíd.*, párr. 108.

<sup>131</sup> *Ibíd.*, párr. 109.



En tal sentido, la Corte señala como contrarias a las obligaciones que emanan del artículo 23.2 en relación con el artículo 2 de la Convención, las “normas del Código Disciplinario Único que facultan a la Procuraduría a imponer dichas sanciones a funcionarios públicos democráticamente electos”<sup>132</sup>; así también “el artículo 60 de la Ley 610 de 2010 y el artículo 38 fracción 4 del Código Disciplinario Único son contrarios al artículo 23 de la Convención Americana, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento”<sup>133</sup>; del mismo modo el citado “artículo 5 de la Ley 1864 de 2017, en tanto puede generar el efecto de inhibir a una persona para postularse a un cargo público de elección popular cuando haya sido objeto de una sanción disciplinaria o fiscal, pues podría incurrir en un delito sancionado con una pena de 4 a 9 años de prisión (...)”<sup>134</sup>

En igual medida, en la determinación de la responsabilidad del Estado según el artículo 8 de la Convención, “la Corte considera que en el proceso disciplinario contra el señor Petro se vulneró el principio de jurisdiccionalidad, la garantía de la imparcialidad, el principio de presunción de inocencia, y el derecho a la defensa, en los términos de los artículos 8.1 y 8.2.d) de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.”<sup>135</sup> En este orden, la Corte no ve incompatible con el artículo 8.1 “la concentración de las facultades investigativas y sancionadoras en una misma entidad”, aunque, para que ello no ocurra, estas atribuciones deben producirse “en distintas instancias o dependencias de la entidad de que se trate, cuya composición varíe de manera que tal que los funcionarios que resuelvan sobre los méritos de los cargos formulados sean diferentes a quienes hayan formulado la acusación disciplinaria y no estén subordinados a estos últimos.”<sup>136</sup> A juicio de la Corte no se cumplió esta exigencia en el caso Petro “pues la Sala Disciplinaria formuló el pliego de cargos el 20 de junio de 2013 y, el 9 de diciembre del mismo año, emitió el fallo disciplinario que encontró probados tales cargos, estableciendo la responsabilidad administrativa del señor Petro y, en consecuencia, ordenando su destitución e inhabilitación.”<sup>137</sup>

---

<sup>132</sup> *Ibíd.*, párr. 113.

<sup>133</sup> *Ibíd.*, párr. 115.

<sup>134</sup> *Ibíd.*, párr. 116.

<sup>135</sup> *Ibíd.*, párr. 133.

<sup>136</sup> *Ibíd.*, párr. 129.

<sup>137</sup> *Ibíd.*, párr. 130.

“En razón de lo anterior, este Tribunal advierte que el diseño particular del proceso seguido contra el señor Petro evidencia una falta de imparcialidad desde el punto de vista objetivo pues resulta lógico que, al haber formulado los cargos contra el señor Petro, la Sala Disciplinaria tenía una idea preconcebida sobre su responsabilidad disciplinaria. Esto así, puesto que el Código Disciplinario Único establece como requisito para la procedencia de la formulación de cargos que «esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado».”<sup>138</sup>

En este punto, la Corte no quiso asumir una posible intención discriminatoria en el actuar de las autoridades que sancionaron e inhabilitaron a Petro, al considerar que no tenía “elementos probatorios suficientes que permitan analizar si las acciones del Procurador General respondieron a una motivación discriminatoria.”<sup>139</sup> Del mismo modo, la Corte sostiene que “si bien el señor Petro participó activamente en las diferentes fases del proceso disciplinario, y que en su curso se le ofrecieron oportunidades para la presentación de alegatos y pruebas, el hecho de que la Sala Disciplinaria no actuara con imparcialidad implicó una violación a su derecho a la defensa.”<sup>140</sup>

En otro tanto, en relación a si el Estado había violado el artículo 5 de la Convención (derecho a la integridad personal) la Corte sostiene que “en el caso no ha sido acreditada la participación estatal -ya sea de manera directa o por aquiescencia- en las supuestas amenazas que el señor Petro recibió después de que le fueran impuestas las sanciones disciplinarias por la Procuraduría, lo que podría haber constituido un hecho con la suficiente entidad para considerar una afectación a su integridad personal atribuible al Estado. Tampoco es posible establecer un nexo causal entre la imposición de la sanción disciplinaria de 9 de diciembre de 2013 y las reacciones presuntamente amenazantes que dicha sanción pudo haber generado en redes sociales por parte de terceros.”<sup>141</sup> En esta misma línea, “según información aportada al Tribunal, debido a que el señor Petro actualmente ejerce el cargo de Senador de la República, motivo por el cual recibe un salario, no es posible afirmar que la medida de embargo haya privado a la

---

<sup>138</sup> *Ibíd.*, párr. 130.

<sup>139</sup> *Ibíd.*, párr. 130.

<sup>140</sup> *Ibíd.*, párr. 131.

<sup>141</sup> *Ibíd.*, párr. 142.

presunta víctima de sus medios de subsistencia. En este sentido, la Corte advierte que en el expediente no consta ningún elemento probatorio tendiente a demostrar que el tiempo que dejó de percibir su salario como Alcalde de Bogotá, o el embargo del que ha sido objeto, haya ocasionado al señor Petro un grado de angustia tal que habría vulnerado su integridad personal, y esto no puede inferirse de la aplicación de las medidas en sí mismas.”<sup>142</sup>

Por tales motivos, la Corte ordenó, en el ámbito de las reparaciones, como *medidas de satisfacción*, “que el Estado publique, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en un tamaño de letra legible y adecuado: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en el sitio web oficial de la Procuraduría General de la Nación. El Estado deberá informar de forma inmediata a este Tribunal una vez que proceda a realizar cada una de las publicaciones dispuestas, independientemente del plazo de un año para presentar su primer informe dispuesto en el punto resolutorio 7 de la presente Sentencia.”<sup>143</sup> Como *garantías de no repetición*, la Corte estableció que el Estado debía, “en un plazo razonable, adecuar su ordenamiento interno”, en consonancia con lo expuesto en la sentencia y que hemos hecho mención.<sup>144</sup> En atención a las violaciones de los derechos políticos y las garantías judiciales del señor Petro, la Corte decidió “otorgarle, en equidad, la cantidad de USD \$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) como compensación por el daño inmaterial sufrido.”<sup>145</sup> También se pronunciaría la Corte sobre costas y gastos del presente caso.<sup>146</sup>

---

<sup>142</sup> *Ibíd.*, párr. 143.

<sup>143</sup> *Ibíd.*, párr. 150.

<sup>144</sup> *Ibíd.*, párr. 154.

<sup>145</sup> *Ibíd.*, párr. 162.

<sup>146</sup> *Ibíd.*, párrs. 163-164.

## VI. DOCUMENTACIÓN

## **VI. DOCUMENTACIÓN:**

- Seguimiento al Informe de la SGOEA y del Panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la Posible Comisión de Crímenes de Lesa Humanidad en Venezuelas.
- Informe de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela.

# Revistas Electrónica Iberoamericana

(REIB)