

REIB

Vol. 12, n°2. 2018

EJEMPLAR COMPLETO

ÍNDICE:

1. EDITORIAL:

AMERICA LATINA: INTEGRACIÓN Y NACIONALISMO4

2. TRIBUNA ABIERTA IBEROAMERICANA:

AMÉRICA LATINA: MALESTAR EN LA DEMOCRACIA Y DESAFÍOS DE
LA POLÍTICA

D. José Antonio Sanahuja8

3. ARTÍCULOS Y NOTAS:

LOS ENJUICIAMIENTOS EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA
TRANSICIONAL EN COLOMBIA

Cástulo Cisneros Trujillo14

ALIADOS DE CONVENIENCIA: EL SERVICIO VASCO DE INFORMACIÓN
Y LA ACCIÓN EXTERIOR PRO-ESTADOUNIDENSE VASCA EN
LATINOAMÉRICA

David Mota Zurdo45

EL DERECHO DE NACIONALIDAD DE ECUADOR Y SU INCIDENCIA EN
LAS INSTITUCIONES JURÍDICO-FAMILIARES ESPAÑOLAS, CON
ESPECIAL REFERENCIA AL DIVORCIO

María Dolores Ortiz Vidal73

UNA MIRADA REFLEXIVA A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL
DERECHO INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO DEL
RECONOCIMIENTO AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA
NACIONALIDAD

John Eric Rhenals Turriago96

LA INCAPACIDAD MENTAL Y EL ESTADO DE INTOXICACIÓN COMO
EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD EN DERECHO INTERNACIONAL
PENAL: UN ANÁLISIS DE SUS ELEMENTOS *SINE QUA NON* A LA LUZ
DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Christopher A. Servín Rodríguez124

EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LA
CONSTRUCCIÓN DE LA POLÍTICA SOCIAL EN MÉXICO

Diana M. Verdiales López154

4. RECENSIONES:

ANA MANERO SALVADOR, Los tratados de libre comercio de Estados Unidos
y de la Unión Europea, Bosh Editor, Barcelona, 2018, 367 páginas.

Cástor Miguel Díaz Barrado180

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., La justicia transicional en Brasil. El caso de la guerrilla de Araguaia, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2017, 195 pp.

Ana Manero Salvador185

CAMARILLO GOVEA, LAURA ALICIA, Acceso directo del individuo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tirant lo Blanch, col. Justicia Interamericana, nº 5, Ciudad de México, 2018.

Félix Vacas Fernández188

5. DOCUMENTACIÓN:

1. Declaración de Guatemala: COMPROMISO IBEROAMERICANO POR EL DESARROLLO SOSTENIBLE. Secretaria General Iberoamericana.192

2. LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. Ley 27449, Argentina.192

1. EDITORIAL:

AMERICA LATINA: INTEGRACIÓN Y NACIONALISMO

Una de las principales razones que explica los fracasos que se han producido en la integración en América Latina es, seguramente, el fuerte componente nacional de los Estados que se ha embarcado en esquemas de integración y, por lo tanto, la ausencia de voluntad política a la hora de transferir competencias soberanas a órganos de carácter supranacional. No se trata, ni tan siquiera, de la defensa a ultranza de los intereses nacionales sino de un aspecto más de carácter psicológico que hace que los Estados de la región se aferren inconscientemente a que el Estado no pierda competencia alguna. Es probable que América en su conjunto tenga elementos más nacionalistas, incluso, que los que se producen en otras regiones del planeta. Por lo menos, el tradicional discurso nítidamente integracionista de los líderes latinoamericanos no se corresponde con la realidad hasta el punto de que se confunde, seguro que, con intención, la cooperación y la integración. El alma de la integración en la región latinoamericana siempre choca con la falta de voluntad de una integración real y efectiva. Detrás de todo ello hay muchos factores, con toda seguridad, pero la perspectiva puramente nacional de los Estados latinoamericanos desvirtúa bastante el logro de lo que sería mejor para el desarrollo de la región. Por todo esto, el reciente auge de los nacionalismos en buena parte del planeta no debe interpretarse del mismo modo en América Latina puesto que, desde hace tiempo, esta región vive bajo el imperio de lo nacional.

Quienes pronosticaron, con razón, un “cambio de ciclo” tras el periodo de los denominados populismos de izquierda y “bolivarianos” que se asentaron en Latinoamérica a principios del siglo XXI no desconocían que sería difícil erradicar la óptica de lo nacional de la política exterior de los Estados y que los nacionalismos y populismos tan sólo cambian de signo político pero que poco afectan los cambios que se producen a la honda percepción de lo nacional. En la actualidad, queda poco espacio para gobiernos “moderados” dispuestos a sacrificar las competencias nacionales en favor de una integración económica y política que sería extremadamente beneficiosa y que traería aparejada componentes de índole social. La revitalización de los actuales esquemas de integración no parece que sea posible, aunque la realidad latinoamericana es tan imprevisible que a lo mejor nos equivocamos en esta predicción. El populismo de

izquierdas está en horas bajas y el populismo de derechas en horas altas cuando hace tan sólo unos pocos años era al revés. Pero esto que tiene su importancia en el devenir de América Latina poco cambia la situación de la integración en la región. Es posible que el actual “nacionalismo más extremo” y en la deriva de la derecha exprese con menor nitidez la voluntad integradora en el terreno de la retórica, como lo hacía el nacionalismo de izquierda, pero los resultados serán muy parecidos en uno y otro caso. En definitiva, la situación política de los Estados latinoamericanos es la que sigue condicionando los avances en la integración. Se dirá que esto sucede en todas las regiones del planeta, pero, en este caso, seguramente las consecuencias son más acusadas.

Nuestro pronóstico es que, durante algún tiempo todavía, no se van a producir cambios sustanciales en la panoplia de esquemas de integración que habitan en la región. Eso sí, se puede ir certificando el acta de defunción de algunos de ellos, como es el caso de ALBA, al menos en su formulación inicial una vez que Venezuela y Cuba, principales promotores del acuerdo no disponen, por ahora, de las herramientas para proyectarlo en la escena internacional ni tampoco en la región. En el caso de UNASUR no existen previsiones favorables a corto plazo, pero todo quedará en manos, en buena parte, de las decisiones que adopte la política exterior brasileña. El estado de suspensión en el que se encuentra este esquema de integración parece que se prolongará durante algún tiempo que, precisamente, se debería aprovechar para redefinir la iniciativa y rescatar los elementos que resultan más interesantes como la integración física y en materia de seguridad regional. En términos político, sin embargo, UNASUR precisa de una reflexión más profunda y más decisiva, pero, sobre todo, es necesario identificar aquellos ámbitos en los que se pudieran plasmar acuerdos. Quien quizá tiene mayores posibilidades de avanzar en la integración sigue siendo la Alianza del Pacífico, aunque se debe comprobar la nueva política de México en esta área. La apuesta por lo económico continúa inspirando este esquema y paulatinamente se debería profundizar en esta dirección. Los riesgos son los mismos de siempre: las situaciones de inestabilidad política que pudieran surgir, esperemos que no, en algunos de los Estados que participan en la Alianza. No estaría mal proceder, en este caso, a la ampliación con cautela pensando en Estados como Ecuador o Costa Rica. Ahora bien, lo regional está en crisis en América Latina, aunque no se debe descartar que “renazca” el interés por las asociaciones regionales, en lo económico y en lo político, que podrían contribuir al desarrollo de este espacio.

En todos estos casos, sigue primando el pensamiento nacional y no se advierten cesiones de ningún tipo. Ni tan siquiera la Alianza del Pacífico expresa con toda nitidez la voluntad de prescindir de competencias nacionales y, menos aún, se puede hablar de cesión de soberanía. La responsabilidad de los escasos avances en la integración regional no es sólo de la política de un Estado, como podría ser Brasil, sino que también contribuyen el resto de los Estados y las políticas que llevan a cabo. Resulta, ciertamente, difícil quebrar la decidida voluntad de los nacionalismos latinoamericanos de no apartarse de sus posiciones y, por ello, las eventuales alianzas de los “nuevos” nacionalismos de derecha con el fin de establecer otros marcos de cooperación o integración poco aportaría como poco hicieron las iniciativas de los nacionalismos de izquierda en el primer decenio del siglo XXI. Lo peor es que los nacionalismos producen una sensación de fracaso en la integración que entorpece y disminuye la motivación de aquellos que se empeñan en avanzar en la cohesión de la región latinoamericana.

No se puede decir, tampoco, que la integración subregional viva sus mejores momentos. La parálisis de la Comunidad andina y el estancamiento de MERCOSUR, SICA Y CARICOM no permiten confiar demasiado en que se rompa la lógica de lo nacional. Aunque, al menos, en estos casos, parece más probable que avance una “integración silenciosa” en la que los componentes políticos estén más ensombrecidos. La mejor prueba de si se producirán logros dependerá, como siempre, del devenir de MERCOSUR y de la capacidad de entendimiento de los Estados Miembros. La menor influencia de los nacionalismos en estos casos no significa que desaparezcan los efectos que estos producen también en lo subregional. Por ello, ahora es el momento de intensificar la cooperación en este ámbito y demostrar que todavía está indemne, en esencia, la voluntad integradora. Puesto que los nacionalismos tienen más dificultades para penetrar en este tipo de acuerdos de integración, resultaría desolador que finalmente también se impregnase la integración subregional de los efectos de los nacionalismos. En tiempos de tanta incertidumbre no es descabellado apostar por esta integración en espera de que se despeje el panorama político de América Latina y se pueda avanzar en la integración regional y no digamos en la hemisférica.

Integración y nación no tienen por qué ser realidades incompatibles, pero no parece posible que coincidan cuando se adoptan únicamente perspectivas nacionales que no estén dispuestas a compartir el destino de los Estados. América Latina tiene, como otras regiones del planeta, la oportunidad de superar cualquier contradicción que se

produzca en estos casos. Ahora, sin embargo, corresponde esperar con la confianza de que la fiebre de los nacionalismos remita y que vuelvan a abrirse las puertas de la integración que traería bienestar a los pueblos de toda América. Los peores momentos son también las mejores ocasiones.

2. TRIBUNA ABIERTA IBEROAMERICANA:

AMÉRICA LATINA: MALESTAR EN LA DEMOCRACIA Y DESAFÍOS DE LA POLÍTICA

D. José Antonio Sanahuja
Catedrático de Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid
Director, Fundación Carolina

El lenguaje y los conceptos son reflejo del pensamiento, y a la vez, lo definen, y orienta nuestras prácticas y relaciones sociales. Piensen, por ejemplo, en la forma en la que nos referimos a la política en lengua española. Solo tenemos un término — “política”—, polisémico y a menudo ambiguo, pues en realidad encierra diversos y muy distintos significados: tiene 12 acepciones, nada menos, según el Diccionario de la Real Academia Española. En lengua inglesa tienen al menos tres términos para lo que en español se nombra solo con uno: *politics*, para referirse a la legítima pugna por el poder; *policy* y *policies* para aludir a la gestión pública y a las políticas públicas; y *polity* para referirse a la comunidad política o *demos*. Con la misma raíz, en español nos queda una acepción, hoy en desuso, de “policía”, como “buen gobierno”: según el diccionario de la Real Academia, también significa “buen orden que se observa y guarda en las ciudades y repúblicas, cumpliéndose las leyes u ordenanzas establecidas para su mejor gobierno”. Es cierto que en todas partes la distinción entre esas tres dimensiones o conceptos de la política no es tan clara, pero quizás no debiera extrañar que en el mundo de habla hispana y portuguesa no se distinga —y a menudo no se quiere distinguir— entre *politics* y *policies*. Y en esta era de polarización y descontento, a menudo la segunda se subordina a la primera.

América Latina y el Caribe atraviesan un momento de visible “malestar en la democracia” que supone múltiples desafíos para la política, en esa doble dimensión de *politics* y de *policies*. Es decir, en su dimensión de ejercicio y legitimación del poder, y en la que afecta a las políticas públicas, como acción de gobierno eficaz para satisfacer las demandas y derechos de la ciudadanía. Estos problemas se presentan en cada país con distinta forma y alcance, a través de las particulares circunstancias y mediaciones nacionales. Pero más allá de ellas, América Latina en conjunto parece situarse dentro de una tendencia ya verdaderamente global de retroceso de la democracia y de

cuestionamiento del orden internacional liberal, impulsado por el ascenso de fuerzas “iliberales”, nacionalistas y de extrema derecha.

Como señala *The Economist*, Latinoamérica y el Caribe sigue siendo la región más democrática en el mundo en desarrollo, pero 2018 ha sido otro año más de deterioro democrático, con 11 países en los que la calidad de la democracia se ha deteriorado. De los 24 países que este semanario evalúa a través de su “índice de democracia”, Latinoamérica solo cuenta con dos países considerados como “democracias plenas” (Uruguay y Costa Rica); otros 14 son “democracias imperfectas”; 5 son “regímenes híbridos”, y 3 son considerados “autoritarios” (Nicaragua, Venezuela y Cuba). Aunque en 2018 Costa Rica ha pasado a ser considerado una democracia plena, Nicaragua ha descendido a la categoría del autoritarismo¹.

El deterioro de los índices y el “malestar en la democracia” se expresan en primera instancia a través del retroceso de las libertades y la erosión de las instituciones, el equilibrio de poderes y el Estado de derecho que atraviesan algunos países, aunque otros mejoran en esas dimensiones, como recoge ese y otros índices. El deterioro de los índices y el “malestar en la democracia” se expresan en primera instancia a través del retroceso de las libertades y la erosión de las instituciones, el equilibrio de poderes y el Estado de derecho que atraviesan algunos países, aunque otros mejoran en esas dimensiones, como recoge ese y otros índices.

Emergen también nuevos clivajes políticos —nacionalismo vs. cosmopolitismo o “globalismo”; homogeneidad vs. diversidad social, cultural y de opción sexual; en cuanto a los derechos de las mujeres; pro o anti-mercado—, con lo que el conflicto social y político ya no se explica solo ni principalmente a través del eje izquierda-derecha.

El Latinobarómetro de 2018 revela el alcance de ese “malestar en la democracia”, no tanto hacia la democracia en sí, sino respecto a su desempeño, al mostrar los peores resultados de la serie histórica desde 1995. Desde mediados de los noventa y hasta 2017 ese apoyo pasó de dos terceras partes de la población a un 52%. En 2018 la adhesión a la democracia como la mejor forma de gobierno ya no llegaba a la mitad de la población, con un 48% en promedio, y hay países con niveles mucho más bajos, como México con un 38%, Brasil con un 33%, y los países del “triángulo Norte” de Centroamérica más

¹ The Economist, *Democracy Index 2018. Me too?* The Economist Intelligence Unit, Londres, enero de 2019, p. 19.

azotados por la violencia (Guatemala, El Salvador y Honduras), donde esa proporción oscila entre 28% y 33%². En paralelo, la proporción de personas insatisfechas con el funcionamiento de la democracia pasó de 51% a 71% de 2009 a 2018, y las que se mostraban satisfechas, cayó de 44% a 24%, el nivel más bajo en más de dos décadas. Un 15% declaraba que un gobierno autoritario puede ser preferible, y hay países en los que esa proporción es más alta, hasta el máximo de Paraguay y Chile con 27% y 23% respectivamente. El deterioro de la democracia también se expresa en la creciente indiferencia de los ciudadanos frente al tipo de régimen de gobierno. Los “indiferentes” aumentaron de 16% en 2010 a 28% en 2018, y ello se traduce en el alejamiento de la política, una no identificación ni con la izquierda ni la derecha, la disminución de quienes votan por partidos y de la acción de ejercer el voto.

Un mensaje importante de esta encuesta: los problemas de la democracia en América Latina no se limitan a los países donde esta no existe (Cuba) o donde ha dejado de existir (Venezuela y Nicaragua): está en el resto, donde el principal problema lo constituyen el deterioro de las élites, la corrupción, la desconfianza ciudadana en las instituciones de la democracia y los partidos, la falta de conducción democrática de sus líderes, así como la falta de líderes, y sobre todo, la falta de respuesta de la democracia a los problemas percibidos por la ciudadanía. Un 60% de la población latinoamericana — mucho más que en otras regiones— no confía en sus gobiernos, frente a un 40% diez años atrás. En cuanto a la calidad de sus los servicios públicos, solo el 14% dice estar satisfecho, en comparación con el 30% del promedio mundial.

La incapacidad de los gobiernos para cumplir sus promesas ha erosionado la confianza de la opinión pública en los políticos y específicamente en los partidos políticos. Económicamente, las familias de clase media temen la pérdida de puestos de trabajo debido a la recesión económica y al cambio tecnológico. Los jóvenes desempleados y sus familias, después de hacer un importante esfuerzo para prosperar, sienten que el sistema les ha fallado, y todos estos factores incrementan la desconfianza hacia el sistema político³. De nuevo, las encuestas reflejan índices de preocupación ciudadana ante problemas como la violencia, la corrupción, el desempleo y la pobreza que son mayores que en otras regiones del mundo, y una visión pesimista respecto al

² Corporación Latinobarómetro, *Informe 2018*, Santiago de Chile.

³ IDEA, *Resilient or in decline: Current trends in Latin American democracy*, Washington, IDEA / Brookings Institution, Septiembre de 2017.

futuro: frente a un 60% de promedio, en Argentina, Brasil, México y Perú entre el 68% y el 88% de la población piensa que el país va en la dirección equivocada⁴.

A estos indicadores se suma la generalizada percepción de que la acción de gobierno se orienta a satisfacer los intereses de los ricos y poderosos, y no de las mayorías y el interés general. Encuestas de IPSOS MORI de 2017 mostraban que el 95% de los mexicanos, el 81% de los brasileños, el 72% de los peruanos y el 69% de los argentinos pensaba que la acción de gobierno estaba amañada a favor de los ricos y los poderosos. Según una encuesta de Gallup encargada por la OCDE, en 2016 en Latinoamérica 8 de cada 10 personas veían a su gobierno como corrupto, respecto a 6 de cada 120 en el conjunto de la OCDE⁵. De nuevo, los datos del Latinobarómetro muestran que de 2006 a 2018 la proporción de personas que pensaba que se gobernaba “para unos cuantos grupos poderosos en su propio beneficio” pasó del 61% al 79%, y en Brasil y México esa proporción llegó a ser de 90% y 88%. Como apunta el propio Latinobarómetro, en esos dos países el “voto indignado” ha sido clave en la elección de un presidente que se percibe como ajeno al *establishment* tradicional para así probar mejor suerte. Pero como muestran los casos de Paraguay, donde un 87% también opina de esa forma, y Venezuela, con un 86%, México y Brasil no son una excepción⁶. Ese “voto indignado” puede entenderse en clave de la “rebelión contra las elites” que se observa a escala mundial, de la que se nutre, y a la vez retroalimenta el discurso “pueblo vs. elites” de líderes como Bolsonaro o López Obrador, que también tiene su reflejo en otras latitudes.

El declive a la democracia expone un fenómeno que tiene directa relación: el de la indiferencia de los ciudadanos frente al tipo de régimen de gobierno. Este indicador aumentó de 16% en 2010 a 28% en 2018 y se relaciona con un alejamiento de la política, una no identificación ni con la izquierda ni la derecha, la disminución de quienes votan por partidos y de la acción de ejercer el voto. Como señala el Latinobarómetro, “este contingente de desafectados de los gobiernos, las ideologías y la democracia son la fuente mayor en el surgimiento de populismos en la región, no son una novedad y hace años que se observa su crecimiento”. El país más “indiferente” con respecto a los regímenes democráticos o no democráticos es El Salvador con 54%, seguido de Honduras y Brasil

⁴ IPSOS, *What worries the world September 2018*, Londres, IPSOS MORI.

⁵ OCDE, *Perspectivas económicas para América Latina 2018. Repensando las instituciones para el desarrollo*, Santiago de Chile, OCDE / CAF / CEPAL, LC/PUB.2017/25.

⁶ Corporación Latinobarómetro, *Informe 2018*, Santiago de Chile, pp. 38-39.

con 41%. Los países menos indiferentes, en tanto, son Venezuela con 14%, y Chile con 15%.

Una conclusión importante de estos datos y tendencias es que el principal problema de la democracia en América Latina no son los países donde esta no existe (Cuba) o donde ha dejado de existir (Venezuela y Nicaragua): está en el resto, donde el deterioro de las élites, la corrupción, la desconfianza ciudadana en las instituciones de la democracia, la falta de conducción democrática de sus líderes, así como la falta de líderes, constituyen el principal problema de las democracias de la región.

Es importante destacar que América Latina no es la excepción en una tendencia de desafección democrática que es global. En la mayor parte de los países la democracia pierde legitimidad, en tanto parece ligada a una visión neoliberal que no ha cumplido con sus promesas de inclusión social para amplios sectores sociales, o no es capaz de satisfacer las expectativas en ascenso de quienes, gracias precisamente a la globalización, han dejado atrás la pobreza y quieren seguir siendo parte de las clases medias y prosperar dentro de ella. Como consecuencia, las élites a cuyo cuidado ha estado la globalización están cuestionadas y, lo más grave, parecen incapaces de reaccionar, o no tienen la voluntad de hacerlo. En este momento, nada menos que Estados Unidos, Rusia, China y Brasil están gobernados por líderes y sistemas que, salvando las distancias, cuestionan la democracia liberal, sea en su dimensión electoral, sea como sistema de derechos y garantías, en especial aquellas que suponen una salvaguarda de las sociedades abiertas y el respecto a la diversidad social. A ellos se suman el ascenso de la extrema derecha en Europa, y las “democracias iliberales” vigentes en países como Turquía, Filipinas o Egipto. Y no hay que olvidar que eso que denominamos “orden internacional” tiene sus fundamentos en los sistemas políticos que rigen en cada país. La democracia denominada “iliberal” o el autoritarismo son las tendencias al alza, y desde posiciones a menudo nacionalistas y excluyentes, están poniendo en cuestión el orden internacional liberal. Si en los años noventa existía una retroalimentación positiva entre el orden internacional liberal y la difusión de la democracia y el mercado en el plano nacional, hoy se ha roto, ya podría decirse que opera en sentido contrario.

Ante ese nuevo escenario, urge buscar formas innovadoras de democracia deliberativa, “gobierno abierto” y participación ciudadana que permitan relegitimar la acción de gobierno, restaurar la confianza ciudadana en las instituciones, y revitalizar la democracia más allá de los procesos electorales. En cuanto a las políticas públicas, se

plantean retos nuevos a partir de la revolución digital, la inteligencia artificial y la mayor capacidad de generación y procesamiento de datos: sea la movilidad urbana, la seguridad ciudadana, la gestión ambiental, o la medición de resultados de la política pública, la digitalización abre posibilidades de modernización de la gestión pública hasta hace muy poco difíciles de imaginar. Pueden ser, en suma, instrumentos efectivos para contribuir al cumplimiento de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible y en particular del Objetivo (ODS) 16, que junto a otros fines de paz, seguridad y acceso a la justicia, se dirige a “...construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas”. Y es que en el malestar de la ciudadanía también radica un componente de esperanza, pues es más exigente, tolera menos la corrupción y la captura de las políticas para intereses particulares, pide responsabilidad y rendición de cuentas, exige mejores servicios públicos, más seguridad ciudadana, y, en suma, ya no acepta ser gobernada como antes, ni por las mismas élites.

De ahí la relevancia y la urgencia de las tareas que se presentan por delante. No estamos en una etapa de optimismo y tranquilidad democrática. Estamos en una etapa de crisis de la democracia. Y un componente importante de esa crisis radica en la agenda de *policy*, más que de *politics*: en la eficacia de la gestión y las políticas públicas de los países iberoamericanos para satisfacer las demandas y expectativas de la ciudadanía en materia de justicia, inclusión y derechos.

3. ARTÍCULOS Y NOTAS:

LOS ENJUICIAMIENTOS EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA¹

THE JUDGMENTS IN THE TRANSITIONAL JUSTICE PROCESSES IN COLOMBIA

Cástulo Cisneros Trujillo²

Universidad Carlos III De Madrid

RESUMEN

Los enjuiciamientos en los procesos de justicia transicional se constituyen en uno de los aspectos más relevantes al momento de desarrollar este tipo de políticas, en la medida que los Estados no pueden obviar el cumplir con sus deberes de enjuiciar, investigar y si es del caso sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos, en procura de satisfacer el derecho a la justicia de las víctimas; a su vez, quienes han cometido crímenes, no se someterán o terminarán los conflictos sin que existan condiciones favorables, consistentes en reducciones penales o amnistías e indultos. Todo esto ha sido discutido para el caso colombiano, donde se ha buscado poner en una balanza estas circunstancias y ponerle fin al largo conflicto que ha padecido.

PALABRAS CLAVE: Justicia transicional, enjuiciamientos, víctimas, derechos humanos, selección y priorización, Justicia Especial para la Paz.

ABSTRACT

Prosecutions in transitional justice processes are one of the most important aspects when developing this type of policy, to the extent that States can not ignore the fulfillment of their duties to prosecute, investigate and if appropriate punish those responsible for human rights violations, in order to satisfy the victims right to justice; In turn, those who

¹ Artículo recibido el 29 de agosto de 2018 y aprobado el 10 de enero de 2019. El presente escrito proviene de una ponencia realizada por el autor dentro del Taller de Justicia Transicional organizado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid.

² Candidato a Doctor en Derecho Universidad Carlos III De Madrid. Abogado especialista en derecho administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana, Magister en Derecho con Énfasis en Responsabilidad Contractual, Extracontractual y del Estado Universidad Externado de Colombia y Magister en Derecho Público Universidad Carlos III De Madrid. Investigador independiente. Madrid – España. Contacto: ferhocisneros@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-0539-2958>

have committed crimes will not submit or end conflicts without favorable conditions, consisting of penal reductions or amnesties and pardons. All this has been discussed for the Colombian case, where it has sought to balance these circumstances and put an end to the long conflict that has endured.

KEYWORDS: Transitional justice, prosecutions, victims, human rights, selection and prioritization, special justice for peace.

SUMARIO: Introducción. I. La consagración de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas en los procesos de justicia transicional en Colombia. II. El derecho a la justicia y los enjuiciamientos en Colombia. La Ley de Justicia y Paz. III. Los criterios de selección y priorización en la normatividad de Colombia. IV. La Justicia Especial para la Paz. Conclusiones.

* * *

Introducción

El hablar de la justicia transicional normalmente se identifica con una gran cantidad de procesos y dispositivos relacionados con intentos que la sociedad realiza con el fin de resolver conflictos suscitados por abusos de derechos, buscando que los responsables de dichas vulneraciones respondan por las consecuencias de sus actos frente a la justicia, pretendiendo como último objeto la reconciliación de la sociedad³, incluso de esta manera fue concebida en el marco de las Naciones Unidas⁴. No obstante, lo anterior, este concepto encierra situaciones adicionales, que tienen que ver directamente con herramientas jurídicas promovidas para la lucha contra la impunidad, ante la existencia de graves violaciones a delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, que suceden en Estados de anormalidad institucional, como producto de crisis internas.

³ Otra definición se puede encontrar en TEITEL, R. "Genealogía de la Justicia Transicional" *Harvard Human Rights Journal* Vol. 16. Spring 2003. Cambridge, MA. p. 69-94: "La justicia transicional puede ser definida como la concepción de justicia asociada con periodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores".

⁴ ONU. Documento S/2004/619 de 3 de agosto de 2004, "Estado de Derecho y la Justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", p. 4.

En lo que tiene que ver con los enjuiciamientos, como parte del derecho a la justicia de las víctimas y las obligaciones que se les imponen a los Estados para que los victimarios deban responder por las graves violaciones a los derechos humanos, se ha entendido que los procesos de justicia transicional el régimen procesal penal se resuelve con versiones libres y periodos breves de privación de libertad⁵. Ha sido así como se ha contemplado para el caso Colombiano, pasando de modelos de inexistencia total de enjuiciamientos, debido a la amplia discrecionalidad negociadora permitida para los gobiernos, el proceso de justicia y paz diseñada para sancionar a los grupos paramilitares, con sus dificultades que se explicarán en el presente escrito, hasta el acuerdo de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC, con la confección de la Jurisdicción Especial para la Paz, que incluye perdones a cambio de contribuir con la verdad, reparación y garantías de no repetición.

El presente escrito pretende enunciar las dificultades que contienen los enjuiciamientos diseñados para la justicia transicional en Colombia, teniendo en cuenta las características sui generis del conflicto que se ha suscitado en este país, de tal manera que se enunciará la determinación de los derechos de las víctimas, para posteriormente continuar con lo referente a la justicia y principalmente lo que tiene que ver con la Ley de Justicia y Paz, los principios de priorización y selección y la Justicia Especial para la Paz.

I. La consagración de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas en los procesos de justicia transicional en Colombia

En los procesos de transición, una sociedad que ha padecido graves infracciones de Derechos Humanos, busca distanciarse de dichos actos, logrando una reparación y restablecimiento de las instituciones públicas, dentro de un marco normativo, con mecanismos que pueden tener naturaleza judicial o extrajudicial, enmarcar

⁵ Vid. CORREA HENAO, M. “Justicia transicional en Colombia: Balance y desafíos constitucionales”. En *Justicia transicional: el caso de Colombia*, Editores: Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez, 25-174. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejercito Nacional de Colombia, 2016. p. 83.

enjuiciamientos a personas, búsqueda de la verdad, investigación de los antecedentes, reformas institucionales, entre otros⁶.

En todo caso, no puede olvidarse que la expresión justicia transicional es utilizada por primera vez a finales de los años 80 y es plasmada en los primeros textos a principios de los años 90⁷, sucediendo exactamente en las evoluciones a la democracia y a la paz en que se dieron específicamente en América Latina⁸, Europa del Este y Sudáfrica. El concepto está relacionado a las circunstancias de las transformaciones a pesar de que hoy en día, tal como se resaltó, el mismo se refiera a contextos diversos en los cuales se utilizan herramientas de la misma, sino de que existan transiciones políticas.

En un principio se consideraba que esta figura no podría aplicarse en el caso Colombiano, toda vez que este mecanismo fue pensado principalmente como una reacción a sistemas de permanentes transgresiones de Derechos Humanos vinculados con regímenes dictatoriales o totalitarios, situación que, en Colombia, a diferencia de muchos países en Latinoamérica no ha sucedido. Por ello, la justicia transicional en Colombia debe analizarse más allá de un medio de tránsito de este tipo de regímenes, es decir, como un entorno para lograr la aplicación de la justicia, sanar las heridas de lo sucedido y asumir las obligaciones a favor de las víctimas en casos de violaciones a los Derechos Humanos.

Por esto fue contemplada en Colombia en Leyes como la 418 de 1997 y sus normas modificatorias (en su mayoría prorrogas en tiempo), continuando con la Ley 975 de 2005, la Ley 1424 de 2010, la Ley 1448 de 2011, conocida como la Ley de Víctimas y por último en el Acto Legislativo 01 del 2012, denominado también Marco Jurídico Para la Paz, y los Actos Legislativos 01 y 02 de 2017, y recientemente la Ley 1922 de 2018 en desarrollo del proceso de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC. Todo este ordenamiento jurídico ha desarrollado instrumentos de justicia transicional para resolver coyunturas de violencia, algunas con mayor éxito que otras, pero se considera que el fin último siempre fue facilitar y consolidar el objetivo de

⁶ Vid. UPRIMMY, R. *¿Justicia Transicional sin transición? Reflexiones sobre la verdad, justicia y reparación en Colombia*. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS). 2006. p. 36.

⁷ Sobre este caso, encontramos entre otras, la obra de KRITZ, N. *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. I a III, Washington D.C.: U.S. Institute of Peace Press, 1995.

⁸ Algunos autores se refieren a este momento como la tercera ola de democratización que habría empezado en Europa en los años 1970, con las transiciones griegas, portuguesas y españolas, para luego seguir en la década siguiente en América Latina. HUNTINGTON, S. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman, Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991, p. 3 a 30.

llegar a la paz, protegiendo y reivindicando al mismo tiempo los derechos de las víctimas del conflicto armado interno.

Ahora bien, sus principales fines son buscar los responsables de las graves transgresiones a los Derechos Humanos, atribuirles una sanción penal y civil, revelar la verdad, buscar la compensación de las víctimas, la desmovilización de los grupos armados que influyeron en el conflicto armado, la reconciliación entre los combatientes y el establecimiento de un Estado de derecho. Con base en esto, la justicia transicional se justifica puesto que la paz es un propósito colectivo nacional e internacional, que puede considerarse como ausencia de conflictos o enfrentamientos violentos, como la efectiva armonía social proveniente del pleno cumplimiento de los mandatos de optimización contenidos en las normas de Derechos Humanos (desarrollo máximo) o como la atenuación de los rigores de la guerra y la “humanización” de las situaciones de conflicto (Derecho Internacional Humanitario como manifestación del derecho a la Paz en tiempos de guerra)⁹.

La justicia transicional permite la existencia de una tensión entre el propósito social de obtener un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las vulneraciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una reparación integral. Para la solución de esta tensión, el Derecho Internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los Derechos Humanos no se pueden suspender o interrumpir con fundamento en las circunstancias de transición, genera ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación.

Es justificable puesto que el número considerable de víctimas y de perpetradores¹⁰, difícilmente le podían permitir a las instituciones ordinarias judiciales y administrativas, las cuales se encuentran diseñadas para abordar problemáticas en condiciones de normalidad¹¹, en donde la conducta delictiva constituyen la excepción, llevar a cabo la persecución penal a todos los autores de graves violaciones a los Derechos Humanos.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 370 de 18 de mayo de 2006.

¹⁰ Vid. FORSYTHE, D. P. *Human rights in international relations*, segunda edición, Nueva York: Cambridge University Press, 2006, p. 89.

¹¹ Véase FREEMAN, M. *Qu'est-ce que la justice transitionnelle?*, ICTJ, noviembre de 2007, p. 2.

No es discutible que el conflicto colombiano se ha considerado como uno de los más largos de la historia, con múltiples actores como movimientos armados revolucionarios (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – (FARC), el Movimiento Indigenista Quintín Lame, el Ejército de Liberación Nacional – (ELN), el Ejército Popular de Liberación – (EPL), o el Movimiento 19 de Abril – (M-19), que en su momento plantearon la revolución armada como forma de reconstrucción de un nuevo modelo de Estado, se incluyeron también grupos paraestatales, conocidos como ejércitos paramilitares, financiados por ganaderos y narcotraficantes y, compuesto por personas retiradas de las Fuerzas Armadas institucionales, lo que recrudeció el conflicto armado que década tras década ha permeado todas las instituciones sociales, económicas y políticas del país¹².

Como lo expresa claramente el tratadista Uprimny, en el caso del conflicto armado colombiano “(...) hay varias características del propio conflicto colombiano que lo hacen complejo. En primer lugar, se trata de uno de los conflictos armados más largos del mundo. Los análisis más prudentes hablan de 1964 como el origen contemporáneo del conflicto colombiano (...) En segundo lugar, el conflicto colombiano no se desarrolla entre dos facciones –como sucede usualmente–, sino que incluye varios actores: el Estado, los grupos guerrilleros y los grupos paramilitares”¹³, por esta complejidad la justicia penal ordinaria se mostraba insuficiente e inadecuada para enfrentar el legado de violencia y de violaciones masivas a los Derechos Humanos, en esa medida, inevitablemente conllevarían una impunidad¹⁴.

En ese contexto, los distintos gobiernos implementaron políticas substitutivas y/o complementarias de lo que se conoce como justicia retributiva prevista en los ordenamientos ordinarios o tradicionales, que toman en cuenta suplir otras necesidades como la paz, la democracia o preservar el Estado de derecho, fundados en un concepto más amplio que la jurisdicción penal ordinaria o clásica. Los mecanismos empleados para

¹² Vid. CÁCERES MENDOZA, E. “Justicia transicional y derecho a la reparación integral. Aproximación al caso colombiano”. *Revista NOVUS*. Vol. 7 No. 2 Julio – Diciembre 2013. Págs. 55-87.

¹³ UPRIMMY, R. *¿Justicia Transicional sin transición? Reflexiones sobre la verdad, justicia y reparación en Colombia*, Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS). 2006. p. 165.

¹⁴ La figura en la cual los responsables de las violaciones a los Derechos Humanos son juzgados, es conocido por los tratadistas con la denominación en inglés “*impunity gap*”. Véase uno de los varios casos en el informe de HUMAN RIGHTS WATCH. *Narrowing the impunity gap. Trials before Bosnia’s War Crimes Chambers*, febrero de 2007, Vol. 19, No. 1(D), p. 2 y 19. Véase también KLEFFNER, J. K. *Complementary views on complementarity: proceedings of the International Roundtable on the Complementary Nature of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2006, p. 96.

aportar soluciones a los problemas o conflictos heredados del pasado fueron muy diversos, y comenzaron, por lo general, como estrategias “*ad hoc*” que se definieron en el proceso y que no correspondieron a una política estratégica de fondo.

Las herramientas de la justicia transicional no son sustitutivos de la persecución penal a los autores de graves violaciones, deben ser complementarios¹⁵. No se trata de un tipo de justicia de segunda categoría, sino más bien de una idea que evidencia las insuficiencias de los mecanismos clásicos y propone un enfoque completo para enfrentar ese legado de violaciones a los Derechos Humanos y luchar contra la impunidad.

Por lo expresado anteriormente, en Colombia se hizo necesario implementar una estructura que afronte las circunstancias propias de lo acontecido, por ello se impulsó un primer proyecto de ley, con el título de Ley de Alternatividad Penal, el cual fue propuesto por el Gobierno al Congreso en el año 2003. Este Proyecto de Ley implicaba la concesión de amnistías a todos los actores armados que aceptaran desmovilizarse, y se cimentaba en la idea restaurativa de que el castigo penal no contribuye e incluso puede convertirse en un obstáculo para lograr la reconciliación. Estas razones, y ante el gran cuestionamiento de la opinión pública, el proyecto de ley fue rápidamente retirado del Congreso. Las inquietudes principalmente se fundaban en que el Proyecto de Ley apuntaba hacia una impunidad, puesto que iba a ser aplicada a todos los actores armados, incluidos aquéllos que habían cometido infracciones del Derecho Internacional Humanitario y graves violaciones de los Derechos Humanos. Adicionalmente, no condicionaba los beneficios que concedía a la efectiva satisfacción de los derechos de las víctimas. Como consecuencia de lo anterior, el Gobierno lo reemplazó por otro que después se cambió en la posteriormente en la Ley 975 de 2005, comúnmente denominada como la Ley de Justicia y Paz.

El nuevo proyecto de ley implicó un cambio importante en el discurso del Gobierno, que pasó del rechazo absoluto del castigo penal y del silencio total sobre los derechos de las víctimas, a admitir la importancia de lograr un equilibrio entre las necesidades de paz y las exigencias propias de justicia. Esto conllevó el reconocimiento de los derechos de los perjudicados, la imposición de un castigo criminal muy

¹⁵ Véase por ejemplo BIANCHINI, S. *Partitions: reshaping states and minds*, Nueva York: Routledge, 2005, p. 33.

condescendiente, pero no erradicado, para los actores desmovilizados que han cometido atrocidades, y la exigencia de deberes mínimos en relación con la verdad y la reparación.

No obstante lo anterior, y muy a pesar de las buenas intenciones del Gobierno, no se materializó el objetivo buscado con la Ley de Justicia y Paz. Instituciones de carácter internacional como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, manifestaron su preocupación en el proceso de Justicia Transicional que se adelantaba en aquel momento en Colombia¹⁶.

Adicionalmente, el Centro Internacional para la Justicia Transicional – ICTJ, organización internacional especializada en justicia en periodos de transición, desde el año de 2006 empezó a asesorar a entidades nacionales y de la sociedad civil en la creación y aplicación de los mecanismos nacionales de protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Por medio de la asistencia técnica a instituciones públicas que desarrollan componentes de justicia transicional, como la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Especiales de Justicia y Paz, la Fiscalía General de la Nación y el Centro Nacional de Memoria Histórica, basándose en la legislación nacional, el marco normativo internacional y la experiencia comparada, mostró su preocupación en el proceso de Justicia y Paz (principalmente en un libro publicado en el año 2010 denominado *Tareas Pendientes: Propuesta para la Formulación de Políticas Públicas de Reparación en Colombia*), donde se evidencia que la reparación de las víctimas de las graves violaciones a los Derechos Humanos en Colombia se encontraba inconclusa o cuando menos contenía muchos vacíos frente al actuar del Estado, principalmente en lo que respecta a la educación, rehabilitación física y psicológica, restitución de bienes y reparación colectiva.

Estas expresiones y presiones de los diferentes actores, llevaron al Gobierno Nacional a promover un nuevo proyecto de ley, el cual se materializó con la Ley 1448 de 2011, con la cual se pretendía volver una realidad los derechos consagrados para las víctimas en términos generales, y poderlo aplicar en futuros procesos de Justicia Transicional que se puedan desarrollar en Colombia. Esta norma busca el reconocimiento

¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia2006sp/pronunciamiento.8.1.06esp.htm> Última visita 17 de agosto de 2018.

explícito sobre el conflicto armado y los millones de afectados; la incorporación de los principios y estándares internacionales sobre sus derechos; y la inclusión de mecanismos que propenden por reducir los trámites y las rutas de acceso a derechos.

Adicionalmente, el Congreso de la República, previa voluntad del Gobierno Nacional expidió la Ley 1424 de 2010 por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones¹⁷.

El Acto Legislativo 01 de 2012 – Marco jurídico para la Paz se constituye actualmente en el principal mecanismo jurídico con que cuenta el Gobierno para lograr ponerle fin a los conflictos con los grupos ilegales en Colombia. Esta norma que se elevó al rango constitucional contiene como características que la justicia transicional es considerado como un elemento para alcanzar la paz, incluido expresamente en la Constitución Política; ordena la creación de una Comisión de la Verdad; autoriza al Congreso de la República emitir las normas correspondientes a la priorización para que las investigaciones se concentren en los “máximos responsables”¹⁸; y permite la caracterización de ciertos delitos, como aquellos cuya naturaleza se entiende como políticos, los cuales pueden ser susceptibles de amnistías¹⁹.

Al interior de la negociación adelantada por el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC, se ha establecido el “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, el cual está compuesto por diferentes elementos judiciales y extrajudiciales que se pondrán en marcha de manera coordinada, con el fin de lograr la mayor satisfacción posible de los derechos de las víctimas, rendir

¹⁷ Si se observa la exposición de motivos, expresa “En Colombia ya hay presencia de características propias de una sociedad en transición, a pesar de que el conflicto no haya llegado a su fin. En las grandes urbes deben convivir víctimas y victimarios. Hay un gran número de personas desmovilizadas, reinsertadas y víctimas (principalmente desplazados) que están llegando a las ciudades del país en busca de oportunidades por fuera de la guerra. Es necesario que exista una adecuada preparación para la convivencia de actores antes de enfrentarlos, para la reparación de las víctimas, para incentivar y facilitar la desmovilización y reinsertación efectiva de los perpetradores con miras a la consecución de una reconciliación duradera y estable. No se debe esperar, por ende, a que finalice el conflicto para implementar mecanismos de justicia transicional”. Congreso de la República de Colombia. Exposición de Motivos Proyecto de Ley 1424 de 2010.

¹⁸ Este punto fue analizado por la Corte Constitucional que mediante sentencia C – 579 de 28 de agosto de 2013 lo declaró exequible en el entendido que alcanzar la paz y garantizar los Derechos Humanos pueden ser ponderados y armonizados en procura de promover la justicia transicional. (Punto 8.4.9, p. 383).

¹⁹ TEITEL, R. G. “Transitional justice and the peace process in Colombia”. En *Justicia transicional: retos teóricos*, Editores: Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez, 247-281. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejercito Nacional de Colombia, 2016.

cuentas por lo ocurrido, garantizar la seguridad jurídica de quienes participen en él, y contribuir a alcanzar la convivencia, la reconciliación, la no repetición, y la transición del conflicto armado a la paz²⁰.

Todos estos aspectos ha sido desarrollado normativamente mediante los Actos Legislativos 01 de 4 de abril de 2017 y 02 de 11 de mayo de 2017, lo que denota la constitucionalización del proceso y su inclusión en la normatividad colombiana, cuando menos de manera transitoria; así como por la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016, y los Decretos ley 588 y 589 de 5 de abril de 2017, de tal manera que con esta gama de normas se espera recuperar la confianza ciudadana, y sobre dicho pensamiento, restablecer una organización política democrática legítima, teniendo en cuenta los principios del Estado de derecho, que pueda coadyuvar a generar condiciones sociales y políticas encaminadas a la reconciliación²¹, la protección de los Derechos Humanos de los individuos, principalmente las víctimas de aquellas violaciones a sus atributos, y que esos acontecimientos no vuelvan a suceder²², tal como se denotará en el presente escrito.

II. El derecho a la justicia y los enjuiciamientos en Colombia. La Ley de Justicia y Paz.

El derecho a la justicia fue el principal enfoque de la Ley 975 de 2005 – Justicia y Paz, puesto que esta norma fue elaborada con el propósito que con el procedimiento instituido, la sanción al beneficiado sea objeto de un tratamiento jurídico penal menos riguroso que el existente en la legislación ordinaria, bajo la condición del cumplimiento de unos requisitos determinados en relación con las víctimas y por la colaboración con la administración de justicia, asegurando en todo caso la imposición de una pena. Las principales características del enjuiciamiento en esta norma son:

²⁰ Al momento de escribir el presente escrito, aun se encontraba en proceso de elaboración y aprobación la normatividad que desarrolle estos puntos.

²¹ Vid. AMBOS, K. *El marco jurídico de la justicia de transición. Especial referencia al caso colombiano*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2008. p. 8.

²² Vid. BERNAL PULIDO, C. “La aporía de la justicia transicional y el dilema constitucional del marco jurídico para la paz”. En *Justicia transicional: retos teóricos*, Editores: Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez, 247-281. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia, 2016. p. 38 y 39.

- Quienes se encuentran cobijados en este procedimiento son los paramilitares miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia – AUC²³, aunque se permitían desmovilizaciones individuales miembros de cualquier grupo armado al margen de la ley²⁴.
- Las penas alternativas de privación de la libertad son entre 5 y 8 años de prisión sin tener en cuenta el crimen que se haya cometido, cuya tasación se hará de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos. En caso de incumplimiento de los compromisos adquiridos²⁵, se aplicarían las sanciones de la justicia ordinaria²⁶.
- No se determinó limitación en cuanto a la posibilidad de obtener un status político, teniendo en cuenta que estas organizaciones adolecían de esta condición.
- No se consagraron políticas de amnistías o indultos, en su lugar, se impuso la posibilidad de suspender la pena para que los sindicatos puedan contribuir con la verdad²⁷.
- Las autoridades judiciales son exclusivamente nacionales, y no se crearon jurisdicciones especiales para que atendieran los asuntos correspondientes a Justicia y Paz²⁸.
- Las víctimas no participaron en el diseño de este procedimiento. El mecanismo de justicia implementado tuvo esta como una de sus grandes críticas, en la medida que fue esbozado para favorecer a los victimarios.
- Frente a la selectividad de casos, en un principio se pretendía juzgar todos los casos conocidos por este modelo de justicia²⁹. Posteriormente, ante la evidente

²³ En un principio se pensó que el número de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia – AUC desmovilizados iba a llegar a los 30.000. Entre los años 2011 a 2012 aumentó de 55.228 a 56.276, decisión que según los estudios ha sido motivada por cada uno de los combatientes, sin que medie una orden de superiores jerárquicos dentro del grupo ilegal. El número de postulados al proceso previsto en la Ley de Justicia y Paz se cuenta con un total de 5.267 postulados al proceso penal especial de Justicia y Paz, lo que corresponde a menos del 10 por ciento del número total de desmovilizados registrados a dicha fecha.

²⁴ Ley 975 de 2005. Artículo 1.

²⁵ A diciembre de 2015 han sido excluidos más de 900 miembros, y remitidos sus asuntos a la jurisdicción ordinaria.

²⁶ Ley 975 de 2005. Artículo 29.

²⁷ *Ibid.* Artículo 18A, adicionado por el artículo 19 de la Ley 1592 de 2012

²⁸ *Ibid.* Artículo 32, adicionado por el artículo 28 de la Ley 1592 de 2012

²⁹ Con posterioridad al trámite de postulación, el proceso penal inicia con una serie de audiencias, las cuales se denominan versión libre, donde se manifiestan los hechos en que ha participado el postulado y por parte

imposibilidad para atender este objetivo, se determinaron criterios de selección y priorización³⁰.

- La medida de extradición a los responsables de las graves violaciones de Derechos Humanos³¹ se encuentra condicionada al cumplimiento de las obligaciones en materia de la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición³².

El procedimiento establecido en la Ley 975 de 2005 – Justicia y Paz, no contempló la gran cantidad de casos que debía atender, lo que con el pasar del tiempo no hizo sino empeorar teniendo en cuenta la gran cantidad de postulados respecto a los jueces y tribunales asignados para adelantar dichos casos en todo el territorio colombiano³³. Ante la gran complejidad que demostró la aplicación del proceso de Justicia y Paz, y la incapacidad del Estado para enfrentar la gran avalancha de asuntos judiciales que se iniciaron, se dio la modificación del procedimiento mediante la Ley 1592 de 2012, incluyendo aspectos como los criterios de priorización y selección, y que cambian trascendentalmente lo referente a la justicia en los procesos de negociación adelantados en Colombia, aspectos que explicaremos a continuación.

III. Los criterios de selección y priorización en la normatividad de Colombia.

de la Fiscalía General de la Nación, enuncia los delitos. De la cantidad de audiencias realizadas se puede concluir el cumplimiento de los requisitos de los postulados, es esclarecimiento de la verdad y la colaboración con la justicia. Al año 2012 el número de audiencias es de 256 por año, y concluye que partiendo de un universo de aproximadamente 50.000 desmovilizados, el desarrollo de estas audiencias terminaría en el año 2021, sin contar que el número de postulados aumente y si la capacidad institucional se mantiene como actualmente está, pues simplemente se produce un efecto y es la congestión del proceso. Adicional a lo anterior, el estudio muestra que el promedio de hechos constitutivos de victimización es de 12,7, y frente a la importancia que tiene que las víctimas conozcan esta situación, pues se debe propender por una mayor coordinación, con el propósito que la misma pueda participar y planificar la asistencia a las audiencias. Adicionalmente, La extensión de la responsabilidad a sujetos que no están en el ámbito de aplicación de la Ley de Justicia y Paz denotó que a marzo de 2012 se han compulsado copias a la jurisdicción ordinaria de 15.669 compulsas, de las cuales 1.307 figuran contra políticos y 1.212 respecto de la fuerza pública.

³⁰ Ley 975 de 2005. Artículo 16A, adicionado por el artículo 13 de la Ley 1592 de 2012

³¹ *Ibid.* Artículo 46A, adicionado por el artículo 31 de la Ley 1592 de 2012

³² Hasta diciembre de 2015, 29 de los 33 extraditados a los Estados Unidos de América, por el delito de tráfico ilegal de estupefacientes. De acuerdo con el estudio, ha existido una clara disminución de extradiciones, lo que ha generado una satisfacción de las expectativas de las víctimas, pues quienes fueron extraditados, en su gran mayoría comandantes paramilitares, con la extradición, se negaron a continuar en el proceso de justicia y paz.

³³ *Vid.* CHAPARRO GONZÁLEZ, N. “La reparación a las víctimas en la ley de justicia y paz, un modelo de desaciertos y falsas promesas”. En *Debates. Aristas del conflicto colombiano*, Ed. María Victoria Uribe y Ana María Forero, 77-109, Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2014, p. 86-87.

El legislador es autónomo para regular la política criminal del Estado (salvo las restricciones constitucionales), definida como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”³⁴.

En efecto, la incorporación constitucional de la obligación de establecer criterios de selección, en cabeza de la rama legislativa; y de priorización como labor del Fiscal General de la Nación, para la investigación penal de los mayores responsables, sobre los delitos de mayor trascendencia, resulta de extrema utilidad y necesidad. Tal inclusión se configura como una necesidad fundamental para garantizar un balance idóneo entre los derechos a la paz y la justicia, permitiendo igualmente condenas efectivas contra los mayores responsables y evitando altos porcentajes de impunidad, debido a la gran avalancha de investigaciones, responsables y procesos que el sistema penal es incapaz de asumir³⁵.

En este contexto, la priorización es un instrumento de política criminal que conduce, mediante el uso de unos criterios y el recurso a diversas técnicas de análisis criminal, a racionalizar y concentrar los esfuerzos investigativos en una serie de delitos y de perpetradores, con el propósito de hacer más eficaz y eficiente la persecución penal. En este sentido, no sólo permite establecer un orden lógico en la atención de los requerimientos ciudadanos de justicia, sino que robustece la actividad investigativa del Estado, en especial, frente a diversas manifestaciones del crimen organizado, sin que implique renuncia alguna al ejercicio de la acción penal³⁶.

Las principales metodologías para aplicar esta figura en contextos de justicia transicional, bien sea de forma exclusiva, simultánea o sucesiva, de acuerdo a las experiencias que han sucedido son las siguientes³⁷:

³⁴ Corte Constitucional. Sentencias C – 646 de 20 de junio de 2001 y C – 873 de 30 de septiembre de 2003.

³⁵ Vid. LÓPEZ DÍAZ, C. “Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 42, No. 117. Universidad Pontificia Bolivariana, Julio-diciembre de 2012: p. 515-579.

³⁶ Vid. Fiscalía General de la Nación, *La priorización: Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá D.C. 2013, p. 6.

³⁷ Ver al respecto: A/HRC/27/56, Informe del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, 27 de agosto de 2014.

- Los llamados casos fáciles (*the easiest cases*), donde se trata de priorizar aquellos asuntos que pueden ofrecer resultados a corto plazo. Bien empleada esta técnica puede ayudar a construir casos más complejos contra los líderes de las organizaciones delictivas³⁸.
- Los casos de alto impacto (*the high impact cases*), donde se tienen en cuenta los crímenes que han tenido efectos muy profundos en determinadas comunidades³⁹.
- Las más graves violaciones (*the most serious violations*) la cual consiste en priorizar por clase de delito, como, por ejemplo, crímenes de lesa humanidad, políticos, etc⁴⁰.
- Los máximos responsables (*the most responsible perpetrators*), aquí se trata de prevalecer por persona y no por variedad de delito, en especial, los jefes de las organizaciones delictivas⁴¹.
- Los llamados “casos emblemáticos” (*the symbolic or paradigmatic cases*), donde se priorizan algunos asuntos que muestren los patrones criminales de la organización delictiva, a partir del examen de caso concreto.

Los criterios de priorización en un proceso de justicia transicional, luego de violaciones masivas a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, tienen su fundamento lógico en la insostenibilidad fáctica y normativa del estándar de juzgamiento tradicional en el que hay que investigar a todos los responsables de los crímenes de lesa humanidad, obteniendo las condenas correspondientes. En lo que respecta a la realidad fáctica, es imposible adelantar estas acciones todos los casos si se tiene en cuenta que el número de crímenes y de perpetradores es demasiado alto, lo que significa un desgaste para el aparato jurisdiccional del Estado.

³⁸ Vid. BERGSMO, M. y SAFFON, M. P. "Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?" en *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*, Kai Ambos, (ed.), Bogotá D.C., 2011, p. 26.

³⁹ Vid. FRIGAARD, S. "Some introductory remarks", en *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Morten Bergsmo (ed.), FICHL Publication Series No 4 (2010), p. 1 a 3.

⁴⁰ Vid. BERGSMO, M. y otros. *The Backlog of Core International Crimes Case Files in Bosnia and Herzegovina*, FICHL Publication Series No 3 (2009), p. 57 a 86.

⁴¹ Vid. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Progress and Obstacles in the fight against impunity for sexual violence in the Democratic Republic of the Congo*, 2014.

Bajo este entendido se consagró en Colombia en el Acto Legislativo 01 de 2012 – Marco jurídico para la paz, expresando “Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal”, de tal manera que será el Congreso a iniciativa del Gobierno, mediante ley estatutaria, donde se defina lo correspondiente a los criterios de selección y priorización. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 694 de 2015 afirmando “(...) esta Corporación considera que la priorización no vulnera el derecho que tienen las víctimas de violaciones graves a los Derechos Humanos, a que se adelante una investigación seria, imparcial y en un plazo razonable”⁴².

Probablemente este es el punto más controvertido del Marco Jurídico para la Paz, toda vez que con el propósito de garantizar la paz en Colombia, se permite dejar de perseguir algunos delitos y personas pertenecientes a un grupo armado al margen de la ley, para centrarse en los "*máximos responsables*". Algunos tratadistas consideran que el principio de selección debería haber sido complementado con otros como los de necesidad y proporcionalidad⁴³, es decir, que solo podría operar cuando sea estrictamente necesaria para la consecución de la paz y cuando guarde proporcionalidad con la gravedad de los hechos criminales de que se trate⁴⁴.

No obstante lo anterior, mediante la Ley 1592 de 2012 se modificó el proceso judicial establecido en la Ley 975 de 2005 – Justicia y paz, como producto de la gran cantidad de asuntos que debió afrontar el aparato judicial y se consagró los criterios de priorización, los cuales “estarán dirigidos a esclarecer el patrón de macro criminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos de investigación en los máximos responsables”⁴⁵. Fue así como el Fiscal General de la Nación emitió la Directiva 001 de octubre 4 de 2012⁴⁶, disposiciones que autorizan de manera expresa y con carácter vinculante que en el ejercicio de la acción penal se apliquen, entre otros “cuando se

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C – 694 de 11 de noviembre de 2015.

⁴³ Vid. SÁNCHEZ, N. C. y UPRIMNY, R. "El marco jurídico para la paz: ¿cheque en blanco o camisa de fuerza para las negociaciones de paz?", *Foro*, n.º 78, enero 2013, 34-43.

⁴⁴ Vid. GÓMEZ ISA, F. "Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia", *Revista Derecho del Estado* n.º 33, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2014, pp. 35-63.

⁴⁵ Ley 1592 de 2012. Artículo 13.

⁴⁶ Directiva 001 de octubre 4 de 2012 “*Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación*”.

evidencie la comisión de hechos constitutivos de masivas violaciones a los Derechos Humanos e infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, centralizando los esfuerzos de investigación y sanción, con prioridad en los máximos responsables de aquellas, revelando los contextos que se derivan de los patrones de macro-criminalidad y de victimización masiva por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley, garantizando a las víctimas, además del acceso y atención prioritaria, hacer efectivos sus derechos a la verdad, justicia y reparación”⁴⁷.

Infortunadamente esta bienintencionada reforma no ha arrojado a la fecha resultados que denoten una mejora, teniendo en cuenta que de acuerdo a la información consolidada por la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional, de los 12 y 14 casos incluidos en los casos de priorización de 2013 y 2014, a la fecha no se cuenta con sentencia en firme. A su vez, según el Informe de Gestión de 2014-2015 de la Fiscalía, solo han sido proferidas 3 macro-sentencias que están relacionadas con los máximos responsables⁴⁸.

En el marco del acuerdo de paz con las FARC, el Acto Legislativo 01 de 2017 contempla que la sala de definición de las situaciones jurídicas que hace parte de la Justicia Especial para la Paz, “desarrollarán su trabajo conforme a criterios priorización elaborados a partir la gravedad y representatividad los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos”⁴⁹. Justamente el acuerdo expresa como una de las funciones de la Sala de definición de situaciones jurídicas que “Con el fin de que se administre pronta y cumplida Justicia, determinar los posibles mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad. En la adopción de sus determinaciones esta Sala valorará las decisiones adoptadas por la Sala de Reconocimiento respecto de la concentración de sus funciones en los casos más representativos”⁵⁰, situación que se ve reflejada en el artículo 28 de la Ley 1820 de 2016

⁴⁷ Fiscalía General de la Nación. plan de acción de casos a priorizar por la unidad nacional de fiscalías para la justicia y la paz. 2013. p. 3. Consultar en <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2016/07/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad-2013.pdf> Última visita 18 de agosto de 2018.

⁴⁸ Vid. CORREA HENAO, M. “Justicia transicional en Colombia: Balance y desafíos constitucionales”. En *Justicia transicional: el caso de Colombia*, Editores: Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez, 25-174. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia, 2016. p. 57.

⁴⁹ Acto Legislativo 01 de 2017. Artículo 7.

⁵⁰ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejercito del pueblo – FARC EP, del 24 de noviembre de 2016. p. 158.

“por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”⁵¹.

Si bien es cierto que a la fecha de realización del presente escrito no se han dado los resultados del acuerdo de paz con las FARC, si resulta bastante complejo el análisis que se debe hacer respecto a la priorización, teniendo en cuenta que se concederá una cantidad considerable de amnistías e indultos, así como algunos casos podrán ser excluidos y la forma en que las víctimas de aquellos delitos que sean “excluidos” se sientan incluidas en aquellos que no lo sean. Por ello es necesario, tal como lo expresa la profesora López “implementarse igualmente medidas adicionales como la aplicación del principio de oportunidad, preacuerdos y negociaciones, la cesación de procedimiento, autos inhibitorios, la preclusión de la investigación, suspensión de las medidas de aseguramiento y de condenas, penas alternativas, reparaciones administrativas, entre otras medidas”⁵².

Lo que resulta claro es que este tipo de medidas no afectan el derecho a la justicia de las víctimas, siempre y cuando se establezcan reglas claras y no sea utilizado como un mecanismo para imponer “amnistías” escondidas y a espaldas de las víctimas y a favor de los responsables de graves violaciones de Derechos Humanos.

IV. La Justicia Especial para la Paz.

Desde la perspectiva de los enjuiciamientos en el marco de la negociación de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC EP, se formuló como modelo dentro de la justicia transicional la Jurisdicción Especial para la Paz (desde ahora JEP), la cual hace parte del componente judicial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición acordado.

La JEP está diseñada para administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, para lo cual contará con una serie de salas de justicia, entre las que se incluye una Sala de Amnistía e Indulto, y un Tribunal para la Paz, que se

⁵¹ El artículo 28.3 se pronuncia en idéntico sentido que el Acuerdo Final suscrito con las FARC.

⁵² LÓPEZ DÍAZ, C. “Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 42, No. 117. Universidad Pontificia Bolivariana, Julio-diciembre de 2012: p. 515-579

ocuparán exclusivamente y de manera transitoria de las conductas relacionadas directa e indirectamente con el conflicto armado, lo que implica la no sustitución de la jurisdicción ordinaria⁵³. Para ello se prevén medidas punitivas especiales, penas reducidas y sanciones alternativas para los hechos relacionados con ocasión del conflicto, así como conceder amnistías por delitos políticos y conexos.

El resarcimiento de las víctimas probablemente es el punto de partida del sistema de justicia diseñado en el Acuerdo Final con las FARC, de tal manera que este componente se aplicará en 2 procedimientos, por un lado, en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad; y por otro en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y de responsabilidad. Este punto es importante a efectos de la imposición de las sanciones, puesto que el modelo establecido en Colombia, está basado en el intercambio, es decir, en la concesión de beneficios penales a quienes sean responsables de las violaciones a Derechos Humanos, a contra prestación de su colaboración en la reconstrucción de la verdad sobre los hechos y reparación de las víctimas.

En esta medida las sanciones impuestas en la JEP que implican restricción de derechos y libertades se pueden dar de 5 a 8 años por reconocimiento temprano; sanciones alternativas, privativas de la libertad de 5 a 8 años, en el caso de reconocimiento tardío; y las sanciones ordinarias, en aquellos casos donde no se reconozca la verdad, ello implicaría cárcel de 15 a 20 años. Las condenas se impondrán teniendo en cuenta el grado de verdad aportado por la persona, la gravedad de la conducta, el nivel de responsabilidad y participación, y el compromiso que se adquiriera en materia de reparación y garantías de no repetición⁵⁴.

El Acuerdo Final con las FARC distingue el tratamiento de las penas dependiendo si se trata de delitos políticos (rebelión, sedición, asonada, porte ilegal de armas, muertes en combates compatibles con el Derecho Internacional Humanitario y el concierto para delinquir con fines de rebelión)⁵⁵, y los criterios para determinar la conexidad de otros

⁵³ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejercito del pueblo – FARC EP, del 24 de noviembre de 2016. p. 129.

⁵⁴ Vid. SUAREZ ALDANA, C. “La jurisdicción especial para la paz a la luz de la jurisprudencia internacional”. En *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Alicia Gil Gil, Elena Maculan y Susana Ferreira (Ed.), pp. 115-144, Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, 2017, p. 135.

⁵⁵ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejercito del pueblo – FARC EP, del 24 de noviembre de 2016. p. 150.

delitos que pueden ser objeto de amnistías⁵⁶, teniendo en cuenta que dentro del pacto de finalización del conflicto se determinó que el Estado puede otorgar las amnistías más amplias posibles, lo que no exime del deber de contribuir, individual o colectivamente, al esclarecimiento de la verdad y del grado de aporte voluntario de cada persona o colectivo estará en relación con el tratamiento a recibir en el componente de justicia⁵⁷.

Otro trato se le da a los delitos o crímenes graves de lesa humanidad, donde se impide amnistiar este tipo de conductas, apartándose de otras experiencias internacionales. Sin embargo, la catalogación de “graves”⁵⁸ podría generar espacios de impunidad, toda vez que generaría un grado de subjetividad al momento de calificar la conducta y provocaría en cierto modo impunidad, así que será la Sala de Amnistía e Indultos del Tribunal de la JEP quien determinará estas situaciones⁵⁹.

Para efectos de técnica normativa, lo referente a la JEP se consagra en el Acto Legislativo 01 de 2017⁶⁰, del cual podemos distinguir los siguientes elementos:

- Se encuentran cobijados dentro de la JEP todos los actores del conflicto, miembros de la fuerza pública, miembros de las FARC-EP, incluso civiles. Este es un punto que puede generar muchas críticas, porque incluso terceros pueden ser sujetos de sanción, de conformidad con el artículo 16 del Acto Legislativo⁶¹, en el caso de que su participación haya sido determinante para

⁵⁶ *Ibíd.* p. 151.

⁵⁷ Estos temas fueron desarrollados por la Ley 1820 de 2016 en los artículos 15 y 16.

⁵⁸ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejercito del pueblo – FARC EP, del 24 de noviembre de 2016. p. 151. par. 40.

⁵⁹ Ley 1820 de 2016. Artículo 23.

⁶⁰ El artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 se consagra el funcionamiento y objetivos de la JEP.

⁶¹ El artículo 16 del Acto Legislativo 01 de 2017 enuncia “Las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición. Lo anterior, sin perjuicio de las competencias de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, respecto de la comparecencia de aquellos terceros que hubieran tenido una participación activa o determinante en la comisión de los siguientes delitos: el genocidio, delitos de lesa humanidad, los graves crímenes de guerra -esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática-, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma. Se entiende por participación determinante para estos efectos aquella acción eficaz y decisiva en la realización de los delitos enunciados”.

la realización de crímenes graves⁶². Al respecto también es cuestionable algunos espacios grises o complejos donde no se tiene claro quién es el competente para investigar y juzgar el asunto, sea la jurisdicción ordinaria o la JEP. Este punto parece ser resuelto por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 674 de 2017, donde consideró que los no combatientes y agentes del Estado no están obligados a ingresar a la competencia de la JEP, expresando “el acceso forzoso de los no combatientes en el conflicto armado a la Jurisdicción Especial para la Paz y al tratamiento especial correspondiente, anula la garantía del juez natural y el principio de legalidad”⁶³.

- La imposición de sanciones en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y en especial de la JEP, no inhabilita a la participación en política⁶⁴. Sobre este punto, el profesor Dorado Porras expresa “el hecho de que en algunos supuestos “no se pague cárcel” no parece ser motivo suficiente para defender que el Acuerdo genera impunidad. Este último concepto no debe entenderse como la ausencia de castigo penal ordinario – que ya de por sí plantea serias dudas cuando se aplica a la Justicia Transicional –, sino que se debe conectar también con las dimensiones de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición”⁶⁵, de tal manera que deberá observarse el incumplimiento de los demás supuestos para considerar que este punto viole el derecho a la justicia. Este punto no parece estar resuelto a la fecha⁶⁶.

⁶² En el caso del conflicto armado de Colombia, en muchas ocasiones se evidenció situaciones de extorsiones a empresarios y el pago de rescates por secuestros, dineros con los que se financió y se dio la sostenibilidad económica de los grupos al margen de ley, de tal manera que si no se aclara este punto en la ley estatutaria que desarrolle estos aspectos

⁶³ Corte Constitucional. Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017.

⁶⁴ Así lo determina el artículo 20 del Acto Legislativo 01 de 2017, en el siguiente sentido “La imposición de cualquier sanción en la JEP no inhabilitará para la participación política ni limitará el ejercicio de ningún derecho, activo o pasivo, de participación política

⁶⁵ DORADO PORRAS, J. “Algunas consideraciones entorno a la jurisdicción especial para la paz: amnistía y castigo de las graves violaciones a Derechos Humanos”, en *El acuerdo de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC*, Carlos R. Fernández Liesa y Ernesto Rey Cantor (Dirs), Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley, 2017. p. 376.

⁶⁶ Corte Constitucional. Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017 expresa “para efectos de la inscripción de los candidatos, corresponderá al Alto Comisionado para la Paz certificar acerca de la pertenencia a las FARC-EP, organización rebelde que suscribió el acuerdo de paz con el Gobierno, y al Secretario Ejecutivo de la JEP, certificar sobre el compromiso de sometimiento al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Las demás obligaciones se cumplirán en forma progresiva y en la oportunidad que corresponda, según el diseño del proceso y la entrada en funcionamiento de los

- Las amnistías se podrán otorgarse para delitos políticos y conexos. No procederá para crímenes internacionales establecidos en el Estatuto de Roma u otros delitos según el ordenamiento jurídico colombiano. Todo esto ha sido desarrollado por la Ley 1820 de 2016 y se apreciará por la Sala de Amnistía o Indulto.
- La JEP contempla la posibilidad de que juristas extranjeros puedan intervenir al interior del proceso a petición de los acusados a modo de *amicus curiae*⁶⁷. La Corte Constitucional mediante sentencia C – 674 de 2017 manifestó que la participación de juristas extranjeros constituye una regulación contraria a los principios de autonomía, independencia e imparcialidad que rigen la administración de justicia y a las garantías que los materializan, puesto que confiere una competencia para incidir en el trámite de adopción de decisiones de la JEP a juristas extranjeros que no son responsables en modo alguno de sus decisiones, de tal manera que declaró inconstitucional las expresiones contenidas en los incisos 2 y 3 del artículo transitorio 7 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017⁶⁸.
- La participación de las víctimas en el proceso de negociación en lo que respecta con la JEP fue activo y presentaron propuestas en la Mesa de negociación mediante 2 foros nacionales y 4 regionales. Probablemente se pudo haber realizado mayores esfuerzos, pero ante las experiencias vividas con el procedimiento de Justicia y Paz, las situaciones que dificultaron el desarrollo de este derecho con toda seguridad se encontraban esclarecidas, y

diferentes componentes del Sistema. Corresponderá a la Jurisdicción Especial para la Paz –JEP-, de conformidad con el inciso quinto del artículo transitorio 1º del Acto Legislativo, verificar el cumplimiento de estas condicionalidades y adoptar las medidas de levantamiento de la suspensión en caso de incumplimiento de las mismas. (...) Así mismo, dicha Jurisdicción deberá determinar si las sanciones son compatibles con una intención genuina de que la persona condenada responda ante la justicia, ponderando la proporcionalidad de la sanción en relación con la gravedad del crimen, el grado de responsabilidad del autor, y el tipo y grado de restricción a la libertad. En últimas, una adecuada reparación a las víctimas dependerá de una implementación efectiva de las restricciones de libertades y derechos fundamentales, de un sistema riguroso de verificación por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz y de si su compatibilidad con actividades políticas, no frustra el objeto y fin de la sanción”

⁶⁷ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 7, par. 2.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017.

la escogencia de los magistrados de la JEP denotó una mayor participación de las víctimas y personas que tienen la voluntad de aportar⁶⁹.

- Se puede aplicar los criterios de selección y priorización de casos a partir la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos⁷⁰.
- No se consagra la medida de extradición para integrantes de las FARC-EP o para personas acusadas a pertenecer a este grupo ilegal, por hechos desarrollados con anterioridad a la adopción del acuerdo, es decir el 1 de diciembre de 2016⁷¹. De hecho, cualquier acto delictivo posterior a esta fecha será de conocimiento de la jurisdicción ordinaria⁷², lo que permitiría la extradición pero para quienes han continuado delinquirando.
- El plazo para presentar acusaciones por parte de la Unidad de Investigación y Acusación, de oficio o como consecuencia de las resoluciones de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y las Conductas, será de 10 años, y un plazo posterior de 5 años más para concluir su actividad jurisdiccional, plazo este último que de ser necesario podrá ser prorrogado mediante ley, para concluir su actividad, a solicitud de los magistrados de la JEP⁷³. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C – 674 de 2017 expresó “el diseño institucional establecido en el AL 01/17, no regula con claridad el tiempo de existencia de los órganos de transición, para que éstos cumplan sus objetivos misionales dentro de estos límites y, en esa medida, establece un esquema abierto e indeterminado de plazos para el funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz. Por lo anterior, dada la naturaleza transicional de dicha Jurisdicción, la prorroga allí prevista, cuya adopción corresponde a la ley estatutaria, solo podrá hacerse por una vez, por cinco años, de modo que, de conformidad con el acto

⁶⁹ Al respecto se puede observar: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-experimento-de-la-jep-y-sus-mecanismos-innovadores-para-escoger-magistrados-articulo-715736>. Última visita el 18 de agosto de 2018.

⁷⁰ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 7, par. 1.

⁷¹ *Ibíd.*, artículo 19.

⁷² *Ibíd.*, artículo 5, par. 3.

⁷³ *Ibíd.*, artículo 15.

legislativo, su vigencia no podrá ser por un término superior a veinte (20) años”⁷⁴.

- La JEP cuenta con una competencia prevalente en las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Lo cuestionable en este caso es que la JEP podrá anular o extinguir la responsabilidad o sanción disciplinaria o administrativa impuesta por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, o bien a revisar dichas sanciones, todo ello a solicitud del sancionado o investigado. Este aspecto puede afectar principios de índole constitucional como son la cosa juzgada y la seguridad jurídica, expectativas que ya se consolidaron en cabeza de las víctimas, puesto que es notorio que tienen un derecho y es el Estado bajo el fundamento del principio de seguridad jurídica que debe impedir incertidumbres frente a la normatividad a la que se van a someter.
- El Acuerdo Final con las FARC no plantea una claridad frente al tratamiento que se les debe otorgar a los superiores, lo que se ha denominado responsabilidad de mando, que explicó anteriormente. Al respecto el Artículo 24 transitorio del Acto Legislativo 01 de 4 de abril de 2017 tal como está planteado, impediría el cumplimiento del derecho internacional consuetudinario frente a los jefes militares con autoridad de facto pero no de jure, si solamente puede aceptar como prueba del grado de mando exigido un nombramiento formal. Al respecto, la Fiscal de la Corte Penal Internacional ha manifestado “Esto significaría que las personas con capacidad material de prevenir o de castigar los crímenes de los subordinados, y que hubiesen omitido hacerlo a sabiendas, podrían quedar impunes. Esto socavaría de manera importante la aplicación del principio de la responsabilidad del mando y pondría en duda si esos procesos estarían viciados por la incapacidad o la falta de disposición de llevarlos realmente a cabo”⁷⁵ y concluye “La

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 2017.

⁷⁵ Escrito de Amicus Curiae de la Fiscal De La Corte Penal Internacional Sobre La Jurisdicción Especial Para La Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia. 18 de octubre de 2017. Referencia: RPZ- 0000001 y RPZ-003. p. 2.

definición de responsabilidad del mando incluida en el Acto Legislativo 01 se aparta del derecho internacional consuetudinario y, en consecuencia, podría frustrar los esfuerzos de Colombia por cumplir sus obligaciones de investigar y juzgar los crímenes internacionales”⁷⁶. Bajo este entendido, el punto debe ser corregido en la tramitación de la ley estatutaria que desarrolle la Jurisdicción Especial para la Paz, o en el análisis que adelante la Corte Constitucional para evitar incumplir lo establecido en el Estatuto de Roma, puesto que el Acuerdo no cumple con los requisitos plasmados internacionalmente.

Como se puede observar, la JEP es un gran desafío para el Estado en cuanto a su implementación y aún hay aspectos que no están del todo claras que es importante aclarar y definir, poniendo de presente siempre los derechos de las víctimas, puesto que la actitud del Gobierno ha sido más protector de lo pactado, así ello comprometa eventuales circunstancias de impunidad y fracasos del proceso. Por lo anterior es importante que en la normatividad a expedirse con posterioridad, así como en la aplicación de la misma, se corrijan y encausen los aspectos complejos descritos anteriormente y así obtener unos mejores resultados y satisfacer el derecho a la justicia.

Conclusiones.

Si bien es cierto existen modelos de justicia transicional que buscan descartar la punición y otorgar perdón total a los agresores, toda vez aquellos enjuiciamientos rigurosos desmotivan y desincentivan las negociaciones, es claro que actualmente no hay lugar a conceder u otorgar amnistías generales, fundamentalmente porque las mismas conducen y fomentan la impunidad, promueven serios resentimientos en las víctimas y genera una contribución a la reanudación de las hostilidades, limitando las garantías de no repetición.

Por ello lo importante es encontrar un punto de equilibrio entre el castigo y el perdón, lo cual debe adecuarse a las condiciones sociales, políticas y normativas de los Estados, tomando los contextos particulares. Es aquí donde juega un papel muy importante la justicia penal porque de satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia,

⁷⁶ *Ibíd.* p. 21.

se contribuye en la verdad, al menos parcialmente, se concreta la actuación del Estado y se promueve el cumplimiento de las obligaciones y deberes de sancionar, juzgar e investigar, así como analizar en contexto criminal, para acceder a las fuentes que contribuyen el delito y buscar la forma de lograr su erradicación.

Si bien es cierto, es de ponderar el esfuerzo dado en Colombia frente a los enjuiciamientos dentro de la justicia transicional, se han producido desequilibrios, los cuales se han evidenciado cuando se ha procurado una verdad parcial, a costa de la justicia sobre los responsables penalmente. A su vez, el proceso ha sido ineficiente e ineficaz en la identificación de los contextos criminales bajo los cuales se adelantó la violencia y las investigaciones individuales que inicialmente se adelantaron con la Ley de Justicia y Paz, lo que provocó una escases en los resultados frente a la reparación de los victimarios en los procesos judiciales.

Todo lo anterior no debe olvidarse en la implementación del acuerdo de paz con las FARC, puesto que las experiencias de los procesos penales en justicia transicional en Colombia han denotado una insuficiencia institucional y la incapacidad de obtener un éxito, a pesar de los esfuerzos normativos. Por ello es importante que la Jurisdicción Especial para la Paz, al momento de analizar los casos que lleguen a su competencia, se aporte a la verdad plena y efectiva, garantizar la no repetición y reparar a las víctimas. Sin un serio análisis, difícilmente se tendrán resultados positivos y probablemente se repetirán las historias y consecuencias que se ha venido dando en el proceso de justicia transicional.

La idea es fortalecer el proceso penal en la justicia transicional, de tal manera que se oriente a juzgar e investigar los delitos de los máximos responsables de las acciones criminales sucedidas; así como desestructurar el funcionamiento y entender los mecanismos de financiación de las organizaciones criminales, provocando que con dichos recursos de indemnice a las víctimas. Para ello se requiere un fortalecimiento institucional del estado, dentro de las primeras reformas estructurales sería complementar la Fiscalía General de la Nación, para poder adelantar los métodos de investigación de análisis de contexto. A su vez, se requiere mejorar las instancias de juzgamiento y los organismos que coadyuvan complementariamente en investigar el delito. Lo anterior con el propósito que estado cuente con las facultades idóneas para sancionar e investigar a los responsables

de las estructuras criminales que continúen al momento de la terminación del conflicto armado.

Con base en todo lo anterior, la justicia transicional en Colombia exige un conjunto de estrategias dirigidas a cumplir con los requerimientos que la coyuntura reclama, toda vez que sin las mismas no habrá lugar a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación. La principal dificultad de los enjuiciamientos se evidencia en la forma en que se aplicará, de tal manera que todo estará por verse y la Justicia Especial para la Paz tiene en sus manos el desarrollar un papel trascendental, en procura de satisfacer las necesidades de las víctimas y en el menor tiempo posible resolver la situación jurídica de los victimarios, con el fin de impedir que reincidan en acciones criminales.

Referencias.

Documentación

1.- Interna

1.1.- Jurisprudencia

- Corte Constitucional. Sentencia C – 370 de 18 de mayo de 2006. Estudio de constitucionalidad de varios artículos de la Ley 975 de 20005 – Ley de Justicia y Paz.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 209 de 21 de marzo de 2007. Estudio de constitucionalidad de varios artículos de la Ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 250 de 28 de marzo de 2012. Estudio de constitucionalidad del artículo 3 y el artículo 75 de la Ley 1448 de 2011 – Ley de Víctimas.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 579 de 28 de agosto de 2013. Estudio de constitucionalidad contra el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2012 – Marco Jurídico para la Paz.
- Corte Constitucional. Sentencias C – 180 de 27 de marzo de 2014. Estudio de inconstitucionalidad contra el artículo 24, inciso 2º de la Ley 1592 de 2012.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 694 de 11 de noviembre de 2015. Estudio de constitucionalidad contra varias normas de la Ley 1592 de 2012.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 161 de 7 de abril de 2016. Estudio de constitucionalidad del primer párrafo del artículo 3º de la Ley 1448 de 2011 – Ley de Víctimas.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 674 de 14 de noviembre de 2017. Revisión de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017.

1.2.- Otros Documentos

- Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera suscrito entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ejercito del pueblo – FARC EP, del 24 de noviembre de 2016.

- Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *La reintegración: logros en medio de rearmes y dificultades no resueltas, II Informe de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación*, Área de DDR, agosto de 2010.
- Congreso de la República. Gaceta 257 de 13 de mayo de 2005.
- Congreso de la República de Colombia. Exposición de Motivos Proyecto de Ley 1424 de 2010.
- Fiscalía General de la Nación. Directiva 001 de octubre 4 de 2012 “*Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación*”.
- Fiscalía General de la Nación. *Plan de acción de casos a priorizar por la unidad nacional de fiscalías para la justicia y la paz*. 2013. Consultar en <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2012/04/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad.pdf>. Última visita 12 de octubre de 2017.
- Fiscalía General de la Nación. *La priorización: Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá D.C. 2013.

2.- Internacional

2.1.- Naciones Unidas

- FISCAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Escrito de Amicus Curiae Sobre La Jurisdicción Especial Para La Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia. 18 de octubre de 2017. Referencia: RPZ- 0000001 y RPZ-003.
- ONU, Comisión de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, A/HRC/27/56 de 27 de agosto de 2014.

2.2.- Organización de Estados Americanos

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pronunciamiento de la comisión interamericana de derechos humanos sobre la aplicación y el alcance de la ley de justicia y paz en la República de Colombia*. Disponible

en

<http://www.cidh.org/countryrep/Colombia2006sp/pronunciamiento.8.1.06es.p.htm>. Última visita 3 de septiembre de 2017.

Bibliografía

- AMBOS, K. *El marco jurídico de la justicia de transición. Especial referencia al caso colombiano*. Editorial Temis, Bogotá, 2008.
- BERGSMO, M. y SAFFON, M. P. "Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?" en *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*, Kai Ambos (ed.), Bogotá D.C., 2011.
- BERGSMO, M. y otros. "The Backlog of Core International Crimes Case Files in Bosnia and ^[L]_{SEP}Herzegovina", *FICHL Publication Series No 3*, 2009.
- BERNAL PULIDO, C. "La aporía de la justicia transicional y el dilema constitucional del marco jurídico para la paz". En *Justicia transicional: retos teóricos*, Editores: Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez, 247-281. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejercito Nacional de Colombia, 2016.
- BIANCHINI, S. *Partitions: reshaping states and minds*, Nueva York: Routledge, 2005.
- CÁCERES MENDOZA, E. "Justicia transicional y derecho a la reparación integral. Aproximación al caso colombiano". *Revista NOVUS*. Vol. 7 No. 2 Julio – Diciembre 2013. Págs. 55-87.
- CORREA HENAO, M. "Justicia transicional en Colombia: Balance y... desafíos constitucionales". En *Justicia transicional: el caso de Colombia*, Editores: Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez, 25-174. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejercito Nacional de Colombia, 2016.
- DORADO PORRAS, J. "Algunas consideraciones entorno a la jurisdicción especial para la paz: amnistía y castigo de las graves violaciones a derechos humanos", en *El acuerdo de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC*, Carlos R. Fernández Liesa y Ernesto Rey Cantor (Dirs), Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley, 2017.

- FAJARDO, L. A.. “Estándares internacionales en materia de justicia transicional aplicables a Colombia”. En *Justicia transicional: el caso de Colombia*, Editores: Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez, 175-319. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia, 2016.
- FERNÁNDEZ LIESA, C. “El derecho internacional en el Acuerdo de Paz”, en *El acuerdo de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC*, Carlos R. Fernández Liesa y Ernesto Rey Cantor (Dir.), Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley, 2017.
- FORSYTHE, D. P. *Human rights in international relations*, segunda edición, Nueva York: Cambridge University Press, 2006.
- FREEMAN, M. *Qu’est-ce que la justice transitionnelle?*, ICTJ, noviembre de 2007.
- FRIGAARD, S. "Some introductory remarks", en *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Morten Bergsmo, (ed.), FICHL Publication Series No 4, 2010.
- GARCÍA ARBOLEDA, J. F. *El Lugar de las Víctimas en Colombia*. Bogotá D.C.: Editorial Temis. 2013.
- GIL GIL, A., MACULAN, E. y FERREIRA, S., *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, 2017.
- GÓMEZ ISA, F. "Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia", *Revista Derecho del Estado* n.º 33, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2014, pp. 35-63.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Narrowing the impunity gap. Trials before Bosnia’s War Crimes Chambers*, febrero de 2007, Vol. 19, No. 1(D).
- HUNTINGTON, S. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman, Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991.
- KLEFFNER, J. K. *Complementary views on complementarity: proceedings of the International Roundtable on the Complementary Nature of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2006.

- KRITZ, N. *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. I a III, Washington D.C.: U.S. Institute of Peace Press, 1995.
- LÓPEZ DÍAZ, C. “Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 42, No. 117. Universidad Pontificia Bolivariana, Julio-diciembre de 2012: p. 515-579.
- SUAREZ ALDANA, C. “La jurisdicción especial para la paz a la luz de la jurisprudencia internacional”. En *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Alicia Gil Gil, Elena Maculan y Susana Ferreira (Ed.), 115-144, Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, 2017.
- SÁNCHEZ, N. C. y UPRIMNY, R.. "El marco jurídico para la paz: ¿cheque en blanco o camisa de fuerza para las negociaciones de paz?", *Foro*, n.º 78, enero 2013, 34-43.
- TEITEL, R. “Genealogía de la Justicia Transicional” En *Harvard Human Rights Journal* Vol. 16. Spring 2003. Cambridge. MA.
- TEITEL, R. “Transitional justice and the peace process in Colombia”. En *Justicia transicional: retos teóricos*, Editores: Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez, 247-281. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia, 2016.
- UPRIMNY, R. *¿Justicia Transicional sin transición? Reflexiones sobre la verdad, justicia y reparación en Colombia*. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS). 2006.
- UPRIMNY, R. y LASSO, L. “Verdad, reparación y justicia para Colombia: algunas reflexiones y recomendaciones” en *Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas*. Bogotá D.C.: Fundación Social – FESCOL, Embajada de Alemania, Bogotá D.C., 2004. pp. 88-101.
- VACAS FERNÁNDEZ, Félix, *El conflicto de Colombia y los acuerdos de paz en perspectiva internacional. Evolución, procesos de paz y derechos de las víctimas a la luz del derecho y las relaciones internacionales*. Bogotá D.C.: Ed. Doctrina y Ley, 2017.

ALIADOS DE CONVENIENCIA: EL SERVICIO VASCO DE INFORMACIÓN Y LA ACCIÓN EXTERIOR PRO-ESTADOUNIDENSE VASCA EN LATINOAMÉRICA¹

ALLIES OF CONVENIENCE: THE BASQUE SERVICE OF INFORMATION AND THE BASQUE FOREIGN PRO-AMERICAN ACTION IN LATIN AMERICA

David Mota Zurdo²

Universidad Isabel I

RESUMEN

En este artículo se estudian las relaciones que mantuvo el Gobierno vasco y el Servicio Vasco de Información con las agencias estadounidenses en materia de información y propaganda durante la II Guerra Mundial. Se hace especial hincapié en las establecidas con la *Office of Strategic Services* y el *Federal Bureau of Investigation* en Latinoamérica. Y se concluye con el auge, declive y cambio de paradigma en el modelo de estas relaciones.

PALABRAS CLAVE: Servicio Vasco de Información, Gobierno vasco en el exilio, Departamento de Estado de Estados Unidos, OSS, FBI, II Guerra Mundial.

ABSTRACT

In this article it is analyzed the relationships which maintained the Basque Government in-exile and the Basque Intelligence Service with the US agencies in matters of information and propaganda during World War II. It is specially stressed in established relationships with the Office of Strategic Services and the Federal Bureau of Investigation in Latin America. And it is concluded with the rise, decline and the paradigm change in the model of these relationships.

¹ Artículo recibido el 3 de julio de 2018 y aprobado el 20 de diciembre de 2018. Este artículo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación de la Universidad Isabel I (GIR03. Humanidades y Ciencias sociales en la Era Digital y Tecnológica) dentro de la línea de investigación (L.05. Política, Economía, Sociedad y Memoria: El Estado en los siglos XIX a XXI) que dirijo. Asimismo, forma parte de un proyecto subvencionado por la Dirección de Investigación, Desarrollo e Innovación (HAR2015-64920-P).

² Profesor del grado de Historia y del máster en formación del profesorado de la Universidad Isabel I.

KEYWORDS: Basque Intelligence Service, Basque Government in-exile, US State Department, OSS, FBI, WWII.

SUMARIO: Introducción. I. Las actividades del Servicio Vasco de Información en Latinoamérica. II. Todos sospechosos: nazis, comunistas, españoles. III. Mirando a Europa. Conclusiones. Bibliografía.

* * *

Introducción

El Servicio Vasco de Información (o *Servicios*) fue una organización surgida durante la Guerra Civil española, al amparo del Partido Nacionalista Vasco (PNV) y del Gobierno vasco. A partir de 1937, ya en el exilio, se utilizó como instrumento para la materialización de un proyecto político del Gobierno vasco y del PNV dirigido a conseguir la ayuda de las potencias extranjeras (Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos) en la lucha contra el franquismo, la obtención de financiación para el mantenimiento de las instituciones vascas y la recuperación del autogobierno vasco. La forma de atraer su atención fue el ofrecimiento de una serie de servicios que interesaran a las mencionadas potencias y que, igualmente, formaran parte de los intereses estratégicos del Gobierno vasco en el exilio.

Durante la II Guerra Mundial, los *Servicios* realizaron labores propagandísticas y de espionaje para los Aliados en la lucha contra el totalitarismo tanto en Europa como en Latinoamérica. De hecho, los contactos que mantuvieron con el *Deuxième Bureau* francés y el MI-6 británico en Europa fueron de importante calado, hasta el punto de que estuvieron realizando labores de espionaje para la inteligencia militar francesa hasta junio de 1940³. Posteriormente, la Francia libre del general De Gaulle llegó a un acuerdo con el Consejo Nacional de Euzkadi (CNE), dirigido por Manuel Irujo desde Londres, en representación de un Gobierno vasco en el exilio acéfalo por la desaparición del presidente Aguirre en la Europa ocupada. Una alianza con la que los franceses quisieron integrar al Servicio Vasco de Información dentro de sus agencias de inteligencia para

³ “The Basque Intelligence Service”, Nueva York, 9-8-1942, Support Provided to Basque Movement and Intelligence Service, OSS Files, FOIA 2013/12/18, CIA-RDP13X00001R000100020009-3

organizar acciones propagandísticas a su favor en Latinoamérica y cubrir, bajo fachada española, las acciones que pudieran llevar a cabo en las colonias norteafricanas. Sin embargo, no llegó a efectuarse por presiones británicas⁴.

Los contactos con el *Foreign Office* fueron también significativos. La dirección política vasca, representada por el mencionado Irujo, ofreció los *Servicios* a los británicos a cambio de una serie de contrapartidas demasiado ambiciosas (entrevista con Winston Churchill, apoyo a las aspiraciones independentistas del País Vasco y reconocimiento del CNE como gobierno provisional de Euskadi), ya que simplemente querían contar con su apoyo sin contraprestaciones políticas⁵. Las tensiones con los británicos se relajaron una vez que reapareció el presidente vasco en Estados Unidos y brindó la colaboración vasca sin condicionamientos políticos. Esto facilitó los contactos entre el Servicio Vasco de Información y la *British Security Coordination* (BSC) de William Stephenson “Intrepid”, la agencia de espionaje británica que operaba en Latinoamérica y que dependía del MI-6⁶. Poco duraron estos contactos. La entrada de Estados Unidos en la II Guerra Mundial hizo que se solaparan con las relaciones que Aguirre mantenía con la *Office of Strategic Services* (OSS), la agencia de inteligencia y propaganda del coronel William Donovan que sucedió a la *Coordinator Office of Information* (COI).

En 1941, con el establecimiento del presidente Aguirre en Nueva York (en donde había una delegación gubernativa vasca desde los años de la Guerra Civil española) se establecieron los contactos de mayor peso con Estados Unidos⁷. Las relaciones más importantes con las agencias del *gigante americano* se produjeron bajo la presidencia de Franklin D. Roosevelt, cuya estrategia política de asegurar el patio trasero de Estados Unidos (definida en la política de buena vecindad) facilitó la incorporación de todo tipo de apoyos en la lucha contra el Eje. En este contexto, los responsables de la acción exterior

⁴ JIMÉNEZ DE ABERASTURI, Juan Carlos, “Irujo en Londres 1939-1945”, *Vasconia* nº 32, 2002, pp. 116-117. Id., *De la derrota a la esperanza. Políticas vascas durante la II Guerra Mundial (1937-1947)*, Oñati: IVAP, 1999, pp. 326-343.

⁵ *Ibid.*, pp. 319-326.

⁶ JIMÉNEZ DE ABERASTURI, Juan Carlos y MORENO, Rafael: *Al servicio del extranjero. Historia del Servicio Vasco de Información (1936-1943)*, Madrid: Antonio Machado Libros, 2009, pp. 445-513.

⁷ Para conocer con mayor profundidad el sistema de delegaciones vascas véase: UGALDE ZUBIRI, Alexander, *La acción exterior del nacionalismo vasco (1890-1939): Historia, pensamiento y relaciones internacionales*, Oñati: IVAP, 1996; ÁLVAREZ, Óscar et al., *Delegaciones de Euskadi (1936-1975)*, Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco, 2010; y para la delegación de Nueva York: GOIOGANA, Iñaki, “Antón Irala y la primera delegación del Gobierno Vasco en los EEUU”, *Hermes*, nº 31, 2009, pp. 84-90 y MOTA ZURDO, David, *Un sueño americano. El Gobierno vasco en el exilio y Estados Unidos (1937-1979)*, Oñati: IVAP, 2016.

del Gobierno vasco en América (Manuel de la Sota, Antón Irala, José Antonio Aguirre) *redireccionaron* su política hacia la búsqueda de una conexión particular con Estados Unidos, para así establecer con este una colaboración fluida y mutuamente beneficiosa.

Además, en esta reorientación hubo convicciones ideológicas. Para el lehendakari Aguirre la restauración democrática en España pasaba por la derrota de los totalitarismos, y la batalla contra estos se libraba tanto en la lucha contra su influencia en Latinoamérica como en el escenario de guerra europeo. También hubo algunos dirigentes vascos para los que los totalitarismos no fueron su única preocupación. Por ejemplo, en 1943, el mencionado Irala, que había sintonizado su pensamiento político con el de los sectores conservadores estadounidenses, intranquilo casi desde 1917 por el posible avance de las corrientes políticas socialistas por América, consideró peligrosa y preocupante para los intereses de la democracia americana la expansión del comunismo por Latinoamérica⁸.

A lo largo de este texto, se analizarán las relaciones entre el Gobierno vasco, la OSS y el *Federal Bureau of Investigation* (FBI) en materia de información y propaganda en Latinoamérica

I. Las actividades del Servicio Vasco de Información en Latinoamérica

Desde mayo de 1940, la BSC, establecida en Nueva York por mandato del primer ministro británico Winston Churchill, se había dedicado a evitar que las potencias del Eje utilizaran Latinoamérica para realizar labores propagandísticas y financieras. A tal fin, los británicos habían creado una red de vigilancia con buques procedentes de países neutrales para impedir que estos pudieran proporcionar a las fuerzas del Eje información y materias primas⁹. Elaboraron, así, un dispositivo de localización de barcos sospechosos, con el que obtener las listas del pasaje y la tripulación, y dificultar las labores de espionaje y contrabando del Eje. El mecanismo que utilizó el BSC para obtener información

⁸ Con respecto a esta cuestión me refiero a la rivalidad Estados Unidos-Unión Soviética que han señalado los especialistas y que tendrían como puntos calientes: la intervención norteamericana en la guerra civil rusa, la demora de Estados Unidos en el reconocimiento de la Unión Soviética, la desconfianza a un gigante socialista que quería destruir el mundo burgués, etc. DÍEZ ESPINOSA, José Ramón: “La Segunda Guerra Mundial. La defensa de la democracia”, en BENEYTO, José María; MARTÍN DE LA GUARDIA, Ricardo y PÉREZ, Guillermo A. (dirs.): *Europa y Estados Unidos. Una historia de la relación atlántica en los últimos cien años*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2005, pp. 127 y ss. GRANT, Susan-Mary: *Historia de los Estados Unidos de América*, Madrid: Akal, 2012, pp. 413-415.

⁹ KRAMER, Paul, “Nelson Rockefeller and British Security Coordination”, *Journal of Contemporary History*, Vol. 16, 1981, pp. 73-88. STEPHENSON, William S., *British Security Coordination: The Secret History of British Intelligence in the Americas, 1940-1945*, New York: Fromm International, 1999.

sensible fue la infiltración de espías en los buques que realizaban trayectos entre América y Europa. Por eso, en un contexto en el que España se había declarado no beligerante, los barcos españoles se convirtieron en una de las prioridades del servicio secreto británico, tanto por las consabidas relaciones que había mantenido Franco con las potencias del Eje durante la Guerra Civil española como por la posibilidad de que este decidiera entrar en la guerra a favor del Eje¹⁰.

Durante estos años, la delegación vasca en Nueva York fue el eje sobre el que pivotaron todas las actividades políticas vascas en América. Gracias a los marineros vascos que trabajaban para los *Servicios*, la delegación pudo informar a las agencias de espionaje británicas y estadounidenses de lo que sucedía en los buques españoles. De hecho, para estas labores, el lehendakari Aguirre organizó durante estos años el *Basque Ship Observers Scheme*, un sistema de vigilancia de buques mercantes compuesto por agentes de *los Servicios* y marineros vascos partidarios del Gobierno de Euzkadi¹¹.

Uno de sus éxitos fue que esta red descubrió que los capitanes de los buques mercantes españoles habían recibido instrucciones secretas que debían entregar a los cónsules españoles una vez que atracaran en su puerto de destino. En efecto, a través de uno de los documentos interceptados en uno de estos buques en abril de 1941, *los Servicios* confirmaron a los británicos que España estaba preparada para entrar en la guerra a favor del Eje y, de que en el caso de que lo hiciera, Argentina sería su puerto de referencia para Latinoamérica, y Noruega e Irlanda del Norte para Europa. Esta información, que la BSC compartió con la OSS, demostró que España no sólo estaba lista para entrar en la guerra, sino que había organizado un sistema de alarma para dirigir sus barcos a puerto franco en caso de necesidad¹².

Conocidos estos datos por los Aliados, la BSC, la *Office of Naval Intelligence* (ONI) y el resto de agencias de información estadounidenses, especialmente el FBI, sintonizaron las frecuencias de radio de los buques mercantes españoles, intentando conocer en todo momento su ubicación, sobre todo si se trataba de barcos de las navieras Ybarra, Aznar, Transatlántica y Lloyd Brasileiro¹³. Asimismo, aparte de reclutar

¹⁰ JIMÉNEZ DE ABERASTURI y MORENO, *Al servicio del extranjero*, p. 457 y ss.

¹¹ RODRÍGUEZ, Mikel: *Espías vascos*, Tafalla: Txalaparta, 2004, pp. 109-114. Se utiliza la denominación Gobierno de Euzkadi, con “z”, para referirse a la denominación original que recibió el Ejecutivo autonómico vasco en 1936.

¹² WEINER, Tim: *Enemigos. Una historia del FBI*, Barcelona, Debate, 2012, p. 150.

¹³ JIMÉNEZ DE ABERASTURI Y MORENO, *Al servicio del extranjero*, p. 462 y ss.

observadores dentro de las tripulaciones, los británicos reforzaron la supervisión marítima exigiendo, por un lado, salvoconductos de navegación, que los armadores de los barcos debían obtener en los consulados británicos de los países de origen, y, por otro, obligando a los barcos con destino a América a realizar escala en Trinidad y Tobago. De este modo, si se producían actividades que pudieran ser desacostumbradas por parte del pasaje o la tripulación, la BSC podría estar al tanto y elaborar una lista de sospechosos.

Aunque los británicos compartieron los datos con los norteamericanos, surgieron fricciones entre ambos. El FBI de J. Edgar Hoover recelaba de la actuación del espionaje extranjero en sus límites jurisdiccionales y, por ello, aspiraba a controlar todos los agentes infiltrados. En febrero de 1942, la Administración Roosevelt concedió al FBI este privilegio, al impulsar una modificación legislativa que obligó a registrar en el Departamento de Justicia a todos los agentes extranjeros que quisieran operar en Estados Unidos. El endurecimiento de esta ley, apoyada por el fiscal general Francis Biddle, debilitó al BSC, que tuvo que hacerse a un lado en las labores de espionaje en Latinoamérica y, en consecuencia, los norteamericanos pasaron a dirigir en exclusiva las labores de captación de información enemiga y contraespionaje en el hemisferio occidental¹⁴.

Bajo la dirección estadounidense, los agentes vascos continuaron realizando las mismas actividades, informando sobre movimientos poco habituales de los barcos y las actividades a bordo de la policía secreta española, y recabando pruebas del espionaje alemán. Los norteamericanos y británicos sabían que la *Kriegsmarine* conocía las rutas del tráfico marítimo aliado, gracias a las exhaustivas labores de detección que realizaban sus informadores, y que ésta, en plena batalla del Atlántico, haría lo que fuera para hundir toda embarcación aliada y dañar a su industria de guerra. Así, para 1943, los Aliados dispusieron de informadores fiables en todos los barcos españoles que cruzaban el Atlántico, algunos como *el Cabo de Buena Esperanza*, *el Cabo de Hornos*, *Marqués de Comillas* y *Cabo San Agustín* verdaderos nidos de espías nazis en los que se obtenían información de barcos aliados como la hora, fecha y lugar de avistamiento, nacionalidad,

¹⁴ Respecto a la enmienda a esta ley y sus implicaciones derivadas del traspaso de poderes de un departamento a otro en http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/crm02062.htm. WEINER, *Enemigos*, p. 152 y ss. LAW, Yuk K., "The Foreign Agents Registration Act: a New Standard for Determining Agency", *Fordham International Law Journal*, vol. 6, 1982, pp. 367 y ss.

misión y procedencia, como confirmó a los norteamericanos el agente de espionaje José Laradogoitia¹⁵.

En este contexto, la organización vasca se convirtió en un socio interesante, porque su red de informadores ya estaba repartida por toda España, Francia y norte de África, y contaba con buenas conexiones en América¹⁶. Un aliado que podía ser de gran utilidad para los intereses de Estados Unidos como confirmó el agente de la OSS Gregory Thomas, que se congratuló ante su superior, William Donovan, de haber establecido un preacuerdo de colaboración con los vascos antes que el FBI, la ONI y el ejército, cuando estas tres y su agencia pugnaban por expandir su jurisdicción a causa de la guerra. Así, se lo señaló a Donovan en abril de 1943¹⁷:

[...] the majority of the Basque people and their political leaders have maintained an intelligence network in Spain which stretches into France, penetrating some of the highest German military circles as far north as Paris. Inside Spain the Basque intelligence operatives who have remained following the Spanish Civil War maintain communications through members of this organization who work as personnel of ships between Spain, South and Central America and the

¹⁵ Interrogatorio realizado por las autoridades norteamericanas a José Laredogoitia, mayo de 1943, OSS Files, Support Provided to Basque Movement and Intelligence Service, OSS Files, FOIA 2013/12/18, CIA-RDP13X00001R000100020009-3. Cfr. RODRÍGUEZ, *Espías Vascos*, p. 160 y ss. BERNARDO, Iñaki y GOIOGANA, Iñaki: *Galíndez: la tumba abierta*. Guerra, exilio, frustración, Bilbao: Fundación Sabino Arana, 2006, p. 278. Sobre el agente José Laradogoitia véase: MOTA ZURDO, David, “José Laredogoitia Menchaca, el agente Gernika”, *Sancho el Sabio*, 37, 2014, pp. 159-179; Id, “De Gernika (G) a Bromo (Little Joe). Nuevos datos sobre el espía vasco José Laradogoitia Menchaca”, *Vasconia*, 41, 2017, pp. 103-125; MORENO IZQUIERDO, Rafael. “Bromo, el agente vasco doble durante la II Guerra Mundial”, en NAVARRO, Diego y VELASCO, Fernando (eds.). *El alma de la victoria. Estudios sobre inteligencia estratégica*, Madrid: Plaza y Valdés, 2009, pp. 167-192.

¹⁶ Memorándum de Ellery C. Huntington Jr. para Mr. Ryan, 20-11-1942, Support Provided to Basque Movement and Intelligence Service, OSS Files, FOIA 2013/12/18, CIA-RDP13X00001R000100020009-3.

¹⁷ El éxito de la OSS, empero, fue enturbiado por la pugna por el control de los operativos protagonizada por las agencias militares y civiles estadounidenses, afectando directamente a la eficiencia del Servicio Vasco de Información. A principios de 1942, el *Joint Chiefs of Staff* (JCS) y el Departamento de Guerra se propusieron acabar con el COI, al que consideraban responsable de su falta de libertad de movimientos. Su objetivo era desmembrarlo en diferentes agencias civiles y militares para reducir el control del grupo de Donovan en las operaciones de espionaje y debilitar sus contactos clandestinos en Europa y Latinoamérica. La JCS, que ansiaba el control de las actividades de inteligencia, consiguió que todas las decisiones tuvieran que ser consensuadas con el Departamento de Estado y que las agencias dedicadas a labores de espionaje se dividieran en civiles y militares. Sólo así se entiende que desapareciera el COI, una agencia inteligencia y propaganda creada expresamente por Roosevelt en 1941, y naciera la OSS como agencia de análisis y supervisión de información del JCS. Sin embargo, una vez más, otra agencia dirigida por Donovan se veía limitada por varios flancos. Por un lado, el FBI, tenía la exclusividad jurisdiccional de actuación en Latinoamérica, y por otro, el Ejército –concretamente la división G-2 del General Strong– que tenía competencias de actuación prácticamente totales por la situación bélica

United States. Much information of a military as well as a political nature is made available to the Basques in exile through Basque priests who travel from Spain to South America, there are no Spanish ships which do not have Basque personnel¹⁸.

No obstante, también era una victoria de Donovan, que ya llevaba un considerable periodo de tiempo moviendo hilos en el Departamento de Estado para conseguir que este aprobara las relaciones de la OSS con el Servicio Vasco de Información en Latinoamérica, como se demuestra en el siguiente extracto de una carta que el coronel norteamericano envió al secretario de Estado Cordell Hull:

The President of the Basque Republic has a well set-up organization functioning out of the Iberian Peninsula, and is very desirous of placing this organization at our disposal, and we are equally desirous of making use of it for the benefit of our cause. A certain proportion of this transmission of information would have to be made through parts of Latin America which would make it essential that some freedom of communication be permitted and some travel provision made for the agents of this organization. Unless this functioning machinery can be set up, I fear we will be unable to profit by this very advantageous opportunity¹⁹.

Pronto, *los Servicios* ocuparon un papel significativo en los planes de Donovan para Latinoamérica y España²⁰. De hecho, opinaba, que, en las actividades iniciadas en este último lugar, la colaboración vasca podía ser crucial para los agentes de la OSS, pues los vascos podían ayudarles a cruzar la frontera con Francia clandestinamente y, en caso de que Hitler ocupara España, serían buenos efectivos para luchar contra los alemanes. Así, se intentó. Pero, al poco de iniciar una serie de actividades conjuntas en España, surgieron los problemas. Carlton Hayes, embajador de Estados Unidos en Madrid, decidió intervenir en las actividades que la OSS estaba llevando a cabo desde su embajada, lo

¹⁸ Memorándum de Gregory Thomas para William J. Donovan, 9-4-1943, sin lugar, NARA, RG. 226, OSS Files, Entry 106, Box 32, Folder 151.

¹⁹ Carta de William J. Donovan a Cordell Hull, 3-7-1942, Washington, RG 59, State Department, Box 5234, Leg. 852.01/707. También disponible online gracias a que este es uno de los documentos desclasificados recientemente por la FOIA en 2016, 2013/12/2018, CIA RDP13X0000100020009-3

²⁰ La situación de partida para estos contactos se puede ver en AZCONA, José Manuel, *El dogma nacionalista vasco y su difusión en América (1890-1960). Un paradigma de paradiplomacia*, Trea, Gijón, 2013.

cual provocó que sus operaciones y la identidad de algunos de sus agentes en España fueran descubiertas ante las autoridades franquistas en más de una ocasión. En esta tesitura, Donovan encargó a Thomas la creación de una oficina de la OSS al margen de la embajada, pero, meses más tarde, Hayes desalojó sus locales y los ocupó con miembros de la división G-2 del ejército²¹.

Esta decisión afectó directamente a las relaciones entre la organización de inteligencia vasca y la OSS, máxime cuando la división G-2 se había puesto en contacto con los vascos semanas antes para proponerles una colaboración monetariamente muy atractiva. Siguiendo las indicaciones del general George Marshall (jefe del Estado Mayor del Ejército), en marzo de 1943, el coronel John V. Grombach, director del grupo *The Pond* –de la mencionada división G-2– solicitó a Aguirre, Sota e Irala la colaboración de *los Servicios* en España con vistas a establecer enlaces de inteligencia en Francia, Bélgica e Italia²². Este les ofreció apoyo financiero ilimitado y les explicó que el plan era que los agentes vascos en Latinoamérica fueran entrenados en Estados Unidos en operaciones de espionaje y radiotransmisión, y, luego, una vez introducidos en la célula de *los Servicios* que ya actuaba en España, puestos a disposición del agregado militar de la embajada de Estados Unidos en Madrid, el coronel William D. Hohenthal.

Los dirigentes vascos, que ya estaban en conversaciones con la OSS, pospusieron todo lo que pudieron su respuesta para consultarlo previamente con el grupo de Donovan. En abril, Spencer Phenix, segundo al mando en los asuntos relacionados con la Península Ibérica contactó con Whitney Shepardson, jefe de la división de Inteligencia de la OSS en Washington, que le sugirió evitar conflictos con el Ejército y consensuar con Gregory Thomas todos los pasos a seguir para dar una respuesta definitiva a los vascos²³. Así lo acordaron Thomas y Phenix y se lo hicieron saber a Donovan:

He [Thomas] will suggest to the Basques that they inform Colonel Grombach today that his question had placed them in something of a

²¹ WALLER, Douglas, *Wild Bill Donovan. The Spymaster who Created the OSS and Modern American Espionage*, New York: Free Press, 2011, pp. 160-162.

²² Respecto al G-2 véase STOUT, Mark, “The Pond: Running Agents for State, War, and the CIA”, *Studies in Intelligence*, vol. 48, nº 3, 2004. WARNER, Michael, “Prolonged Suspense: The Fortier Board and the Transformation of the Office of Strategic Services”, *The Journal of Intelligence History*, Summer 2002. GROMBACH, John V., *The Great Liquidator*, New York: Doubleday, 1980.

²³ En cuanto a los cargos y labores de Spencer Phenix y Whitney Shepardson, véase: LANKFORD, Nelson D. (ed.), *OSS against the Reich. The World War II Diaries of Colonel David K. E. Bruce*, Kent: The Kent State University Press, 1991, pp. 96-100.

quandary since they had been maintaining close official relations for many months with OSS, a recognized agency of the United States Government [...]. In these circumstances they did not feel they could agree to enter upon any new relationship with the Army or any other agency along the lines suggested without first having the matter cleared with the competent OSS authorities as they were anxious not to do anything that would conflict with their current responsibilities to OSS or give rise any misunderstanding in connection therewith²⁴.

De este modo, la OSS aseguraba su posición y dejaba claro a los vascos que no debía colaborar con otras agencias sin su consentimiento. En realidad, esta decisión no era más que una de las consecuencias de la pugna por la jurisdicción entre las agencias de información norteamericanas que actuaban en Latinoamérica; competencia que aumentó conforme Hoover presionó al presidente Roosevelt para que redujera las competencias de la OSS²⁵. Hasta el momento, el grupo de Donovan había conseguido salvar esta restricción en Latinoamérica operando a través de la organización de inteligencia vasca y, por eso, instó a *los Servicios* a que mantuvieran la vigencia de sus acuerdos con la OSS o que, por lo menos, les informaran de la colaboración y asuntos tratados con otras agencias. Finalmente, la cooperación informativa fue la vía elegida, aunque, según se infiere de las palabras de Gregory Thomas, el Ejército no era muy partidario de compartir recursos:

You will note that PRESIDENT AGUIRRE speaks of the liaison through the United States Military Attaches. In view of the certain lack of cooperation in this field, arrangements have been made for communications from the Basque representatives to us, for our purposes and for AGUIRRE, to be forwarded through the local representatives of the FBI, instead of through the Military Attaches²⁶.

²⁴ Carta de Spencer Phenix a William Donovan, 19-4-1943, sin lugar, NARA, RG 226, OSS files, Entry 106, Box 32, Folder 152, Basque and Catalan.

²⁵ CHALOU, George C. (ed.), *The Secret War: The Office of Strategic Services in World War II*, Washington DC: NARA, 2002, p. 79 y ss.

²⁶ Memorándum de Gregory Thomas para William J. Donovan, 13-11-1942, New York, Support Provided to Basque Movement and Intelligence Service, OSS Files, FOIA 2013/12/18, CIA-RDP13X00001R000100020009-3

Fue en este preciso contexto en el que Antón Irala cobró mayor protagonismo. Desde su llegada a Estados Unidos en el verano de 1942, Irala había sido el enlace entre la inteligencia vasca y norteamericana, coordinando las actividades con la OSS. Por eso, cuando el vasco quiso alistarse en el Ejército de Estados Unidos para combatir en el frente a finales de 1942, Donovan y Thomas movieron sus hilos para evitarlo, sabedores de que si Irala abandonaba Nueva York la OSS perdería operativos muy valiosos, ya iniciados, en Latinoamérica. Es más, lo que Donovan hizo fue contratar al vasco como asesor, que en términos reales supuso que pasara a estar bajo su control directo²⁷. Irala pasó, así, a convertirse en una de las piezas claves de la OSS en Latinoamérica y en uno de los principales agentes para dirigir las misiones secretas proyectadas por esta para la Península Ibérica. Según Thomas, su perfil era el idóneo porque “his knowledge of the Basque people and their ramifications has made it possible for him to be of invaluable service to our work”²⁸.

Con su nuevo estatus, Irala se reunió con Grombach por la oferta de colaboración que había realizado semanas antes a *los Servicios*. Desde el primer momento, el vasco fijó posiciones: la inteligencia vasca mantenía relaciones con Donovan desde julio de 1942 y, aunque eran conscientes de que la OSS no tenía jurisdicción en Latinoamérica, las actividades conjuntas con *los Servicios* beneficiaban a la causa común. Grombach, visiblemente asombrado, le expresó el desconocimiento de estas actividades e intentando saltar por encima de Irala, le indicó que no le correspondía a él, sino a Aguirre tomar la decisión de si colaborar con ellos o no. Contundentemente, Irala le señaló: “nuestra finalidad y deseo es ayudar a América, cuya causa la sentimos como la nuestra, son las autoridades americanas las que nos tienen que indicar el camino que ellas crean más oportuno”²⁹. Estos momentos de tensión pasaron a un segundo plano cuando la OSS, conocedora del ambiente competitivo que se respiraba entre las agencias, actuó pragmáticamente apartándose del escenario latinoamericano (con la excepción de las

²⁷ Carta de William J. Donovan al Mayor E.G. Solomon, 24-11-1942, Washington, NARA RG 226, OSS files, Entry 219, Box 3, WN. 27075.

²⁸ Solicitud de empleo e historial personal de Antón Irala, NARA, RG 226, OSS Files, Entry 219, Box 3, WN 27075.

²⁹ Entrevista con el General, 21 de abril de 1943, sin lugar, NARA, RG. 226, OSS Files, Entry 219, Box 3, WN 27075.

misiones vinculadas directamente con Europa) y sugiriendo a la organización vasca que estrechara lazos con el FBI y el Ejército³⁰.

II. Todos sospechosos: nazis, comunistas, españoles

Así las cosas, en el verano-otoño de 1943, Irala visitó los países en los que había células de *los Servicios* (México, Colombia, Venezuela, República Dominicana, Perú, Argentina y Chile) para darles instrucciones, obtener información sobre el estado de sus misiones y fijar su actitud ante las agencias de inteligencia estadounidenses. En el extenso informe que Irala presentó a la OSS en diciembre de 1943 se pueden ver algunas de estas cuestiones, pero también –que es lo que más interesa para este artículo– se pueden comprobar sus valoraciones acerca de los peligros que para él entrañaba la expansión y penetración del comunismo en algunos de estos países.

En México, la organización de inteligencia vasca le informó de que el agente Jesús Aurrecoechea había tenido acceso a diferentes agentes de las fuerzas del Eje durante su estancia en Lisboa, obteniendo datos muy valiosos del espionaje nazi y estableciendo contactos de importancia para futuras misiones. De hecho, descubrió un código de cifrado de la *Abwehr* basado en el diccionario portugués y entabló amistad con un contrabandista lisboeta que podría ayudar a los agentes vascos a cruzar la frontera hispano-portuguesa en un futuro. Por eso, Irala no entendió que, en su regreso a América, Aurrecoechea hubiera sido detenido e interrogado por el FBI, prohibiéndole además la realización de cualquier tipo de actividad de información. Finalmente, Irala aclaró al FBI que su subordinado seguiría colaborando con *los Servicios*, pues su información había permitido elaborar una lista de agentes alemanes, italianos, japoneses, falangistas, simpatizantes mexicanos y sinarquistas que trabajaban de forma encubierta en México³¹.

La visita de Irala a Argentina respondió a razones distintas. Se entrevistó con el FBI y con el Ejército para llegar a una colaboración más estrecha, que evitara los obstáculos a los que José María Lasarte –director del Servicio Vasco de Información–

³⁰ Respecto a las misiones del Servicio Vasco de Información y la OSS en Europa véase OIARZABAL, Pedro J. y TABERNILLA, Guillermo. “El enigma del mito y la historia: “basque code talkers” en la Segunda Guerra Mundial. La OSS y el Servicio Vasco de Información-La Organización Airedale”, *Saibigain: Revista digital de la Asociación Sancho de Beurko*, 3, 2017, 1-156.

³¹ Informe de Irala a la OSS sobre su viaje por Sudamérica entre el 18 de julio y 22 de noviembre de 1943, 2-12-1943, Nueva York, NARA, RG 226, OSS Files, Entry 219, Box 3, WN 27075, Leg. 15528-1202, p. 1 y ss.

había tenido que enfrentarse desde su llegada a Buenos Aires. La solución a esta cuestión llegó en mayo de 1943, después de las conversaciones con Grombach mencionadas anteriormente, pues, siguiendo el consejo de la OSS, *los Servicios* llegaron a un acuerdo de colaboración con el FBI y el Ejército, al que se sumó la BSC británica, para compartir equitativamente información sobre labores de contraespionaje en los buques españoles, las actividades enemigas en Argentina y las condiciones sociopolíticas en España³².

No obstante, la falta de financiación para continuar con estas actividades clandestinas obligó a Lasarte a crear una organización llamada “Estudios económicos vasco-argentinos”, una tapadera necesaria para preservar la labor de los agentes vascos, temerosos de que el régimen pro-nazi del General Pedro Pablo Ramírez pudiera actuar contra ellos. A través de este organismo, despejaron sospechas sobre sus actividades, siendo uno de los pocos grupos que continuaron con su labor de forma normalizada. Lo hicieron, de hecho, a través de la editorial *Ekin*, el diario *Euzko-Deya*, los clubs vascos, los grupos artísticos y las asociaciones corales, utilizadas para establecer contacto con el FBI sin levantar sospecha³³.

En Colombia, *los Servicios* se vieron afectados por la duplicidad de grupos de espionaje vascos: el dirigido por el PNV y el Gobierno vasco y el encabezado por Luis Gómez Lecube, alias “el cojo Gómez”. En verano de 1942, Aguirre se había entrevistado en Bogotá con Gómez Lecube, primo carnal suyo, para solicitarle que espicara para los estadounidenses, aunque el jefe local de *los Servicios* no lo considerara oportuno. En verdad, la falta de medios económicos obligaba a la dirección de la organización de inteligencia vasca a colaborar con él. Era un personaje poco discreto, pero su participación podía ser clave por su conocimiento de las junglas colombiana y panameña, sobre las que ya había desplegado una importante red de contrabando, que había sido utilizada por el ejército estadounidense para conocer las actividades de los submarinos alemanes en la zona. De hecho, a través de esta red descubrieron un campo de aviación japonés, conocieron el tráfico de buques petrolíferos por Panamá y elaboraron una lista de alemanes y colombianos sospechosos³⁴.

³² Informe de los servicios de información vascos en Buenos Aires, 11-5-1943, sin lugar, NARA RG 226, OSS Files, Entry 217, Box 1, WN 21235-21236.

³³ Informe de Irala a la OSS sobre su viaje por Sudamérica entre el 18 de julio y 22 de noviembre de 1943, 2-12-1943, Nueva York, NARA, RG 226, OSS Files, Entry 219, Box 3, WN 27075, Leg. 15528-1202, p. 5 y ss.

³⁴ Informe de Irala a la OSS sobre su viaje por Sudamérica entre el 18 de julio y 22 de noviembre de 1943, 2-12-1943, Nueva York, NARA, RG 226, OSS Files, Entry 219, Box 3, WN 27075, Leg. 15528-1202, p.

En Venezuela, la cooperación de la organización vasca con las agencias de inteligencia estadounidenses fue más intensa. La OSS, el FBI y *los Servicios* trabajaron estrechamente para obtener información de las relaciones entre la embajada franquista en Venezuela y la *Abwehr*. Hoover, que siempre mostró recelos de las organizaciones de espionaje foráneas que trabajaban en América, hizo una excepción cuando se presentaron problemas de fondos que otras agencias sí garantizaban: “Tell Mr. I. [Irala] [...] not to break contact with us in Venezuela for that reason. In other places others could be more efficient than us but here everything is going well”³⁵. La colaboración no se rompió y fue además económicamente sustanciosa, ya que según el miembro de la OSS Ferdinand L. Mayer, el FBI acabó ayudando a *los Servicios* con miles de bolívares al mes, incluidos los gastos relacionados con las misiones de los vascos para la OSS³⁶.

En efecto, en Caracas, estadounidenses y vascos llevaron a cabo una operación conjunta que fue clave para conocer en profundidad los vínculos entre la Alemania nazi y la embajada española, en la que el agente vasco Txomin Letamendi fue clave³⁷. De la caja fuerte de la legación española, obtuvieron información sensible y comprometedoras sobre las actividades nazis en Venezuela y documentos sobre la organización de Falange exterior. Asimismo, se supo que Luis Avilés, embajador español en Colombia, medró ante su homónimo en Venezuela, José Sangróniz de Castro, para que ayudara a escapar a un oficial nazi que estaba detenido. También se conocieron datos acerca de una red nazi de contrabando de diamantes en la que participó el mencionado Sangróniz de Castro, que también estaba al frente de un importante negocio de tráfico de divisas y de blanqueo de dinero procedente de Alemania y Japón³⁸.

11 y ss. HUMMEL, Kay, “A Wanted Man: The Basque, El Cojo Gómez, in Colombia”, en DOUGLASS, *Essays in Basque Social Anthropology and History*, pp. 269-295. BERNARDO, Iñaki, “El Cojo Gómez: la leyenda de un contrabandista”, *Muga*, nº 73, 1990, pp. 36-47. ABRISQUETA, Francisco, *Presencia vasca en Colombia*, Gobierno vasco, Vitoria-Gasteiz, 1983, p. 47. HERNÁNDEZ GARCÍA, José Ángel, *La guerra civil española y Colombia. Influencia del principal conflicto mundial de entreguerras en Colombia*, Editorial Carrera 7ª, Bogotá, 2006, p. 270. JIMÉNEZ DE ABERASTURI, *De la derrota a la esperanza*, p. 486 y ss.

³⁵ Informe de Irala a la OSS sobre su viaje por Sudamérica entre el 18 de julio y 22 de noviembre de 1943, 2-12-1943, Nueva York, NARA, RG 226, OSS Files, Entry 219, Box 3, WN 27075, Leg. 15528-1202p. 17.

³⁶ Memorandum de Ferdinand L. Mayer para el director del Special Intelligence Service del FBI, 13-04-1943, OSS Files, Support Provided to Basque Movement and Intelligence Service, OSS Files, FOIA 2013/12/18, CIA-RDP13X00001R000100020009-3

³⁷ Una crónica novelada sobre este agente es URIBE, Kirmen, *La hora de despertarnos juntos*, Seix Barral, Barcelona, 2016.

³⁸ Informe de Irala a la OSS sobre su viaje por Sudamérica entre el 18 de julio y 22 de noviembre de 1943, 2-12-1943, Nueva York, NARA, RG 226, OSS Files, Entry 219, Box 3, WN 27075, Leg. 15528-1202, p. 20 y ss. Respecto a las cuestiones relacionadas con el tráfico de divisas, la información ha sido obtenida de Memorandum realizado por el Servicio Vasco de Información enviado por Ferdinand L. Mayer al director

Cuando a finales de noviembre de 1943, Irala completó su viaje por Latinoamérica, los jefes locales de *los Servicios* habían recibido nuevas órdenes y estos le habían transmitido sus impresiones acerca de la actitud pro-aliada o pro-nazi de los países anteriormente mencionados. Así, en un apartado titulado “notas sobre política” del mencionado informe, quedaron recogidas algunas valoraciones de lo que Irala definía como “problema comunista”. Para el vasco, la influencia de los comunistas republicanos españoles y las victorias del ejército rojo en Stalingrado y Kursk, interpretadas como la resistencia de la democracia internacional frente a la tiranía nazi, explicaban que el marxismo-leninismo se estuviera propagando por las esferas de poder en Latinoamérica³⁹.

En opinión de Irala, esto quedaba demostrado con la presencia comunista en los sindicatos Confederación de Trabajadores de México (CTM), Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC) y organizaciones similares en Chile y Argentina. En Cuba esta doctrina había penetrado en las clases populares y en círculos próximos a Fulgencio Batista, como la Unión Revolucionaria Comunista⁴⁰ que lo apoyó en su primer gobierno (1940-1944) –con dos ministros–, y en Perú había conseguido introducirse a través de la Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA). Unas valoraciones que, por otro lado, venían a confirmar las suspicacias del diplomático estadounidense y miembro de la OSS Ferdinand L. Mayer con respecto al comunismo, principalmente, el que afluía en Cuba. Tras la realización de un viaje a Cuba en abril de 1943, el diplomático norteamericano había confirmado al FBI que en Cuba se encontraba el cuartel general comunista para toda América y que desde la Habana marchan agentes comunistas para infiltrarse en las estructuras de poder en España⁴¹.

Pero, en sus valoraciones, Irala iba más allá de lo que concernía a la expansión del comunismo por Latinoamérica. Según opinaba, el comunismo aspiraba a controlar Europa de Este a Sur y viceversa, vía España y Francia. La participación de militantes comunistas españoles en el Comité Francés de Liberación Nacional, argumentaba, no era

del Special Intelligence Service, 13-04-1943, Documento desclasificado FOIA 2013/12/18, CIA-RDP13X00001R00010020009-3

³⁹ Tal fue el convencimiento de Irala sobre la influencia de los comunistas españoles que solicitó a los delegados vascos en México y Argentina que espíaran a Ramón Ormazábal, uno de los principales representantes del Partido Comunista de Euskadi en el exilio. RODRÍGUEZ: *Espías vascos*, pp. 281-283.

⁴⁰ En 1944, la Unión Revolucionaria Comunista pasó a denominarse Partido Socialista Popular de Cuba. NARANJO, Consuelo (coord.), *Historia de Cuba*, Madrid: Doce Calles Ediciones, 2009, p. 365 y ss.

⁴¹ Memorandum de Ferdinand L. Mayer para el director del Special Intelligence Service del FBI, 13-04-1943, OSS Files, Support Provided to Basque Movement and Intelligence Service, OSS Files, FOIA 2013/12/18, CIA-RDP13X00001R000100020009-3

baladí, pues se debía a su deseo de obtener prestigio ante una de sus sucursales en el norte de África, a cuyos miembros quería convencer para que se sumaran a la intervención armada en España, que había planeado la sección española de la *Komintern* en 1940 para derrocar a Franco e instaurar una democracia popular satélite de Moscú. En este sentido, debido a las conocidas simpatías del nacionalismo vasco con la política de Estados Unidos, continuaba Irala, los comunistas habían emprendido una campaña difamatoria contra el presidente Aguirre y su Gobierno en Latinoamérica. De igual modo, los comunistas habían provocado la disolución de la Unión Democrática Española (UDE), un organismo que no sólo aspiraba a aglutinar la acción política del exilio republicano español en la lucha contra la dictadura, reconociendo la legitimidad del Gobierno Negrín y los Ejecutivos autonómicos vasco y catalán, sino que había acordado colaborar con la OSS para ayudar a los Aliados⁴².

En síntesis, para el vasco, el comunismo estaba calando progresivamente en Latinoamérica con un discurso que defendía la justicia social, reivindicaba el papel de las poblaciones indígenas, criticaba a las democracias y al imperialismo económico estadounidense, y exaltaba el papel de la Unión Soviética en la guerra, contraponiéndolo a unos Estados Unidos reaccionarios y fascistas. En definitiva, según Irala, este movimiento era igual de peligroso que el falangismo, el nazismo o el fascismo, con la diferencia de que este venía avalado por la Unión Soviética. Por este motivo, no lo dudó y ofreció el Servicio Vasco de Información a los norteamericanos en el seguimiento y espionaje de los movimientos comunistas en Latinoamérica, norte de África, España y Portugal:

Our object in setting down this problem does not consist in the desire to act in an anti-Communist movement outwardly. An “anti” as a system does not usually produce good results in practice but we do believe that we could follow a great part of these movements closely. We consider detailed knowledge of the Communist activities in the Latin American sphere of great importance. Without entering into the question of whether Communism would triumph in the future or not,

⁴² Informe de Irala a la OSS sobre su viaje por Sudamérica entre el 18 de julio y 22 de noviembre de 1943, 2-12-1943, Nueva York, NARA, RG 226, OSS Files, Entry 219, Box 3, WN 27075, Leg. 15528-1202, p. 24 y ss. Respecto a la UDE, véase HOYOS, Jorge de, *La utopía del regreso. Proyectos de Estado y sueños de nación en el exilio republicano en México*, Santander: Universidad de Cantabria-Colegio de México, 2012, p. 216.

we do believe that it would constitute a grave problem. We can combat its attitude which takes revolutionary Hispanidad as a basis in the same way that we have combated Franco's Hispanidad and with better results because of the special position of our organization, a position which we consider privileged and very efficient for this work. Following the steps which the very Communists point out, our action should immediately reach Spain, Africa, Latin America and Portugal⁴³.

Pese a este ofrecimiento, con el que Irala buscaba asegurar futuros contactos y misiones, *los Servicios* continuaron dedicándose durante la guerra a lo que en aquellos momentos resultaba prioritario: sabotaje e información de las actividades del Eje y sus seguidores. Pero, pronto, surgieron problemas en la célula que estos tenían situada en el limes hispano-francés. En diciembre de 1943, Lasarte informó a Irala de que los *Servicios* en el interior de España habían habilitado una valija de correspondencia clandestina a través de una red de marineros vascos situados en buques españoles que hacían ruta entre Europa y América. Era todo un logro, pues tenían contacto directo y relativamente rápido entre ambos continentes. Dentro de esa correspondencia, una carta del jefe de la inteligencia vasca en el interior, Juan Ajuriaguerra, puso de relieve los problemas logísticos de la OSS: faltaba coordinación entre los vascos y la agencia norteamericana, que, además, no parecía prestar mucha atención a lo que estos proponían en materia de ampliación de las actividades de espionaje en Francia⁴⁴.

Este descontento acabó provocando que, la organización de inteligencia vasca en Latinoamérica endureciera su postura con respecto a la OSS; ya no sólo no informaría directamente de sus actividades al grupo de Donovan, sino que sería el FBI, para el que habían decidido trabajar en exclusividad, el que se encargaría de compartir la información si así lo creyera conveniente. *Los Servicios* limitaron así sus contactos en el hemisferio occidental a una única organización, la cual, además, debía financiar las actividades vascas. A partir de entonces, trataron sólo con los agregados legales del FBI en las embajadas, con quienes contactaron para recibir instrucciones e información de las

⁴³ Informe de Irala a la OSS sobre su viaje por Sudamérica entre el 18 de julio y 22 de noviembre de 1943, 2-12-1943, Nueva York, NARA, RG 226, OSS Files, Entry 219, Box 3, WN 27075, Leg. 15528-1202, p. 26.

⁴⁴ Memorandum de E.W. Andrews a Frank T. Ryan sobre la relación con agentes vascos, 3-2-1944, sin lugar, NARA, RG 226, OSS Files, Entry 210, Box 487, WN 18910, Leg. 7024 X.

misiones⁴⁵. Los fondos para estas operaciones se enviaron a las arcas del Gobierno vasco para que este se encargara de distribuirlos, siguiendo el consejo de Irala de que los vascos colaborarían más por motivos patrióticos que como agentes del Gobierno de Estados Unidos⁴⁶.

Para los estadounidenses, *Los Servicios* eran un parapeto excelente con el que contar en caso de que finalmente alguna de sus agencias decidiera llevar a cabo algún tipo de iniciativa contra los comunistas en Latinoamérica, pues podían infiltrar entre sus filas a agentes vascos, como explicó el agente del FBI C.H. Carson:

In view of their interest in combating Communism and their efforts already begun to infiltrate Communist organizations, they could be of extreme value in the future, inasmuch as Communism is presently one of the principal problems in Latin America, and will become increasingly serious⁴⁷.

Finalmente, el FBI acordó con los *Servicios* que informaran de las actividades comunistas en Latinoamérica, siguiendo de cerca al exilio republicano español. A tal efecto, Lasarte creó una red de información en Argentina, encargada de infiltrarse en los círculos políticos, económicos y religiosos, con vistas a una posible ampliación de estas labores a Bolivia, Uruguay, Paraguay y Chile. En apenas unos meses, la inteligencia vasca pasó de informar exclusivamente sobre los movimientos y operaciones de los nazis en los buques españoles a investigar las actividades comunistas de sus compañeros de exilio. Esto fue así porque las advertencias de Irala sobre el comunismo surtieron efecto en Estados Unidos. El vasco les había señalado que no sólo los simpatizantes comunistas eran más numerosos que los falangistas y fascistas, sino que además preparaban una

⁴⁵ El programa de *Legal Attaché* del FBI nació dentro de la vanguardia de la política de Buena Vecindad de Roosevelt para combatir las operaciones alemanas y, posteriormente comunistas, en Sudamérica. Los agregados legales formaban parte de la plantilla de la embajada de Estados Unidos, su misión era mantener informado al embajador sobre las actividades del FBI y establecer buenas relaciones con las autoridades locales y otras agencias de inteligencia establecidas en la zona, en SMITH, I. C., *Inside. A Top G-Man Exposes Spies, Lies, and Bureaucratic Bungling Inside the FBI*, Nashville: Thomas Nelson Press, 2009, p. 103. WEINER, *Enemigos*, pp. 161-162.

⁴⁶ Memorandum "Latin-American Matters" de E.E. Comroy, SAC (Special Agent in Charge), a J.E. Hoover, 4-3-1944, Nueva York, FBI Archive, Basque Intelligence Service Section II, NND 267.468. Véase también Memorandum "Basque Organization. Latin American Matters" enviado por E.E. Conroy a J.E. Hoover, 18-4-1944, Nueva York, FBI Archive, Basque Intelligence Service Section II, NND 267.468. En cuanto a la cifra Mikel Rodríguez señala 6.500 dólares al mes, véase RODRÍGUEZ, *Espías vascos*, p. 212.

⁴⁷ Memorandum para el Sr. Ladd "Basque organization-Latin American Matters", 14-3-1944, Nueva York, FBI Archive, Basque Intelligence Service, Section II.

auténtica revolución social que acabaría con la influencia estadounidense sobre este territorio: “both such movements, namely, Communist and Fascist, have for their immediate aim the destruction of North American influence in Latin America and the ultimate launching of revolutionary governments along the Soviet lines”⁴⁸.

Para mediados de 1944, la organización vasca ya estaba operativa en los principales países hispanohablantes de América. Se habían infiltrado en algunas organizaciones de signo comunista en México, elaborando listas de sospechoso. En Santo Domingo, Jesús Galíndez, cuya influencia sobre el gobierno de Trujillo era muy notable, estaba preparado para la misión que el FBI estimara conveniente⁴⁹; y en Cuba, la excelente posición de los vascos en la vida pública, junto al importante número de exiliados de la Guerra Civil española, les situaba en una tesitura idónea para informar de las actividades del Centro de independientes, Centro Gallego, Centro Catalán, el Círculo Republicano Español y el grupo comunista de Ernest Hemingway⁵⁰.

Pero, una vez más, la escasez de fondos y la falta de directrices concretas volvieron a ser el principal obstáculo para el mantenimiento regular de estas actividades. En mayo de 1944, Irala se reunió con el FBI en México para organizar un operativo de *Los Servicios* en el país norteamericano. El FBI solicitó 300 hombres vascos con su correspondiente historial, que vivieran en D.F. y otras ciudades importantes, para ser utilizados como agentes e informadores. De entre todos, Irala debía designar a cinco que, supervisados por él, se dedicaran sólo a labores de investigación, requiriendo de estos un

⁴⁸ Carta enviada de un informante confidencial a J.E. Hoover, 24-4-1944, Cuba, FBI Archive, Basque Intelligence Service, Section II.

⁴⁹ Según se ha señalado en varias investigaciones Galíndez trabajó tanto para el agregado militar de la embajada de Estados Unidos en la República Dominicana como para el agregado legal del FBI. De hecho, en el FBI recibió un nombre en clave, agente Rojas (NY 507-S), agencia para la que trabajaría hasta 1956, fecha de su desaparición. JIMÉNEZ DE ABERASTURI: *De la derrota a la esperanza*, p. 483. Sobre su figura véase MOTA ZURDO, David, “El final de Jesús Galíndez, delegado del Gobierno Vasco en el exilio: estado de la cuestión y nuevas fuentes de archivo sobre sus gestiones y desaparición (1950-1956)”, *Trocajero*, 29, 2017, pp. 37-61.

⁵⁰ Las últimas investigaciones han señalado que Ernest Hemingway fue contratado por el agregado legal del FBI en la embajada de Estados Unidos en la Habana, para dirigir una red de espías que siguiera los pasos a posibles quintacolumnistas españoles –falangistas principalmente–. Sin embargo, en 1940 escribió un manifiesto contra el FBI que, junto sus actividades a favor de la II República durante la Guerra Civil española, le colocaron rápidamente en el punto de mira de Hoover, llegándose a afirmar que era uno de los miembros del Partido Comunista de Estados Unidos. Tampoco ayudó a esto que durante su estancia en China pasara información sobre el Gobierno de su país a Harry Dexter White que, sin quererlo, acabó en el Kremlin por las vinculaciones de este último con el espionaje soviético. Véase MOREIRA, Peter, “Ernest Hemingway, agente secreto”, *Arcadia*, nº 7, 2006, p. 10 y ss. JIMÉNEZ, Edorta, *San Fermingway. Otras historias de Ernest Hemingway*, Tafalla: Txalaparta, 2005, p. 195 y ss.

historial político completo, que conocieran el inglés, fueran solteros y que, formando parte de *los Servicios*, sólo realizaran trabajos de inteligencia para el FBI.

Sin embargo, requisitos tan exigentes no fueron acompañados de la recompensa correspondiente. Para Irala el salario era muy bajo y, en muchos casos, la misión y objetivo les obligaba a invertir una cantidad tres veces mayor al salario que percibirían⁵¹. Aun así, el presidente Aguirre, que quiso colaborar con el FBI prácticamente de manera incondicional, inspirado por sus convicciones ideológicas, tomó la decisión de que la organización vasca pagaría la diferencia de sueldo a sus agentes. Incluso, planteó la posibilidad de realizar estas actividades sin contraprestación económica si se diera el caso⁵².

En otoño de 1944, reaparecieron las fricciones. Sin conversaciones previas, el FBI redujo la financiación de los *Servicios*, aduciendo bajo rendimiento. Esta decisión provocó el enfurecimiento de Irala y le causó una profunda decepción, como mostró en una carta que envió al *lehendakari* Aguirre:

No me explico cómo en las circunstancias presentes, se puede decir que nuestro trabajo no vale el importe de su asignación cuando a nosotros trabajando austeramente nos cuesta bastante más. [...] el aspecto económico no puede preocupar a los amigos para quienes en el volumen de su presupuesto tengo la seguridad de que es una verdadera insignificancia. Tal vez, les resulta difícil, por hábitos profesionales, habituarse a tratar, en vez de con agentes, con un servicio modesto, todo lo modesto que se quiera, pero que no es un grupo de individuos agentes suyos, sino el SI [Servicio de Inteligencia] de una organización patriótica que trabaja creyendo servir a la Causa común de la libertad, y a la vez a su causa patriótica. Mientras no haya la sincera comprensión de este principio, no solo intelectual sino prácticamente, las cosas no andarán bien. Por mi parte, mi conciencia me impide trabajar sino es a base de este principio. Si el decir esto, es innecesario, por innecesario, atribúyase a que

⁵¹ Otros datos indican que el Servicio Vasco de Información costaba al FBI 4.600 dólares mensuales. JIMÉNEZ DE ABERASTURI, *De la derrota a la esperanza*, p. 478.

⁵² Carta de E.E. Conroy a J.E. Hoover, 23-6-1944, Nueva York, FBI Archive, Basque Intelligence Service Section II.

lo sucedido ha causado en mí un desencanto y un principio de depresión que creo obligado no ocultar⁵³.

III. Mirando a Europa

Aunque Hoover llegó a considerar de gran eficiencia el trabajo de *los Servicios*, como confesó en un informe de 1943, hoy se sabe que sospechó de ellos, como de cualquier otro organismo relacionado con la OSS, pues la creía plagada de agentes soviéticos que solo buscaban información interna de las agencias de información norteamericanas⁵⁴. No se equivocaba demasiado con respecto a la agencia de Donovan o al menos no fue el único que desconfió de ella, porque, por un lado, el Pentágono le veto el acceso a las comunicaciones interceptadas a Alemania y Japón, y, por otro, sus detractores siempre argumentaron –con razón– que su entrenamiento y habilidades se habían demostrado insuficientes para proyectos en los que se jugaban el futuro de la democracia⁵⁵.

Una de las consecuencias de la reducción de esta financiación por parte del FBI fue que, en noviembre de 1944, Irala renunció a sus funciones como coordinador de los servicios de inteligencia vascos en Latinoamérica, dejándolo en manos de Lasarte y Manuel de la Sota. Optó, pues, por encabezar esa misión confidencial por la que la OSS había impedido su alistamiento. Se trataba de una operación en Francia, donde debía organizar una red de información en colaboración con Aguirre –que, según la fuente consultada, contaría con la incorporación de miembros de los *Servicios* establecidos en Reino Unido y diferentes países de Sudamérica–, al margen de la establecida con el FBI, que conectara el interior de España, Francia y Bélgica, una vez que se hiciera efectivo el desembarco aliado en Francia⁵⁶. Una red que se dedicaría a elaborar informes políticos sobre: “Communists movements, activities and policies in France, biographical sketches of new figures of power in the political world, important underground trends and

⁵³ Carta de Antón Irala a José Antonio Aguirre, 14-11-1944, Nueva York, FBI Archive, Basque Intelligence Service Section VII, NND-267468, Leg. 64-23117.

⁵⁴ WEINER, *Enemigos*, p. 171.

⁵⁵ WEINER, Tim, *Legado de cenizas. Historia de la CIA*, Debate, Barcelona, 2008, pp. 30 y ss.

⁵⁶ Sobre esta misión véase MOTA ZURDO, David, “La fallida Operación Airedale. La OSS y el Servicio Vasco de Información contra Alemania nazi”, *Revista Historia Autónoma*, 10, 2017, pp. 145-162. OIARZABAL y TABERNILLA, “El enigma del mito y la historia...”, pp. 74-113.

personalities”⁵⁷. Era indispensable, por tanto, que los agentes estuvieran en plena sintonía con el representante de la OSS en París, pues sería quien supervisaría este proyecto al que la agencia iba a dedicar la considerable suma de 25.000 dólares. La OSS respondía, así, a las quejas de Ajuriaguerra –aunque fuera un año después– iniciando el ansiado proyecto de colaboración que había demandado para el sur de Europa.

Pero, el miedo a una posible infiltración comunista entre las filas de *los Servicios* y la posibilidad de que estas labores acabaran conllevando contraprestaciones políticas, como desde el principio habían anhelado los vascos, provocó que en el Departamento de Estado tuviera reservas hacia este tipo de iniciativas:

I can see no possible advantage in approving the OSS proposal to send Mr. De Irala to France. If the object is to get political intelligence concerning France, I think that we can soon obtain it through our own people, but if not, it would certainly seem preferable to send an American for the purpose. If the object is to obtain information with regard to Spain and the attitude of the Spanish Basques toward the Spanish Government, I think our Embassy and Consulates are fully capable of doing the job, and if not, I certainly would not favor sending a Basque. He would be, so to speak, an interested party, and I can see no American interest in promoting any plans for a Basque Republic at this stage!⁵⁸.

Con cada vez menos simpatías y apoyos en la estructura política estadounidense, la agencia de Donovan buscó financiación para el proyecto de colaboración con los vascos a través de vías poco ortodoxas: intentaron que los gastos fueran sufragados sin el conocimiento de un Departamento de Estado cada vez más reticente a aprobar partidas específicas de fondos especiales para misiones de la OSS⁵⁹. Por el momento, ni mis pesquisas ni la bibliografía consultada me han permitido confirmar si utilizaron esta fórmula o, si, por el contrario, el Departamento de Estado aprobó el presupuesto. Pero, sí

⁵⁷ Carta de Spencer Phenix a William J. Donovan, 25-11-1944, sin lugar, NARA RG 226, OSS Files, Entry 210, Box 391, WN 7169.

⁵⁸ Carta de William A. Kimbel a Spencer Phenix, 27-09-1944, sin lugar, NARA RG 226 OSS files, Entry 210, Box 300, WN 12813, Leg. C12813/008.

⁵⁹ Carta de Spencer Phenix a William J. Donovan, 25-11-1944, sin lugar, NARA RG 226, OSS Files, Entry 210, Box 391, WN 7169.

que puedo confirmar que, a posteriori, la OSS contó con financiación para llevar a cabo un proyecto conjunto con los vascos en Francia.

Sea como fuere, mientras se dilucidaban estas cuestiones de la colaboración OSS-Servicio Vasco de Información, la liberación de París en el verano de 1944, insufló de esperanzas al exilio vasco. Tanto los dirigentes políticos como los miembros de *los Servicios* –que en muchos casos formaron parte de ambos– creyeron que a medida que los Aliados se acercaran a la frontera española, el tiempo de Franco en el poder llegaría antes a su fin. Su pensamiento era lógico. Después de colaborar asiduamente con Estados Unidos, en materia de espionaje y propaganda, arriesgando las vidas de los agentes vascos por una causa justa, un bien supremo, el de la democracia internacional, no podía haber la menor duda de que a los vascos les había llegado el momento de recibir su recompensa: restablecerse en territorio peninsular tan pronto Franco fuera apartado del poder⁶⁰.

Además, el presidente vasco no escondía su ilusión, pues estaba convencido de que en España se llevaría a cabo un cambio de régimen patrocinado por Estados Unidos. Si bien contaba con información privilegiada de las entrevistas mantenidas con Phenix, quien había sugerido a Donovan que apoyara al movimiento antifranquista en el interior de España y así facilitar una transición pacífica hacia formas democráticas de gobierno. Y es que, para Phenix, el Gobierno de Estados Unidos tenía, como mínimo, cierto compromiso moral adquirido con los movimientos democráticos españoles y no podía permitir que fueran aplastados por el yugo franquista o, lo que era peor, que cayeran bajo las garras comunistas. Así, a falta de una solución pacífica, insistía, la OSS debía intervenir en España para impulsar un gobierno democrático con apoyo del grupo vasco, cuyo presidente ya se había ofrecido a liderar el movimiento pro-democrático. Phenix no cejó en su empeño de ser escuchado y a lo largo del invierno de 1944-1945, presionó a Donovan: si la OSS se decidía a apoyar un movimiento pro-democrático en España, los vascos eran la opción más fiable para garantizar una transición pacífica y no comunista.

We thus have ready to hand a strong a functioning Basque organization composed of energetic, courageous and competent people unselfishly devoted to the cause of democratic government and alive to the dangers of Communistic machinations and we believe that with

⁶⁰ “Un manifiesto del presidente Aguirre”, *Euzko Deya México*, nº 21, enero de 1944. AGUIRRE, José Antonio, “Misión de América”, *Euzko Deya México*, nº 25, 1-3-1944. Id., “El derecho de los pueblos al gobierno propio”, *Euzko Deya México*, nº 33, 1-7-1944.

appropriate support and guidance this group can play a possibly decisive role in the present critical chapter of Spanish history⁶¹.

Phenix llegó a considerar, incluso, que, aunque la OSS no pudiera prestar una íntegra colaboración para llevar a cabo un cambio político en España, “the consequences of a hands-off policy could be so disastrous not only for Spain but also for the cause of democracy and liberty in other parts of the world, that the seizing of even a forlorn chance would seem worth while”⁶².

John Hickerson, subdirector de la *Office of European Affairs*, fue de esta misma opinión. Creía firmemente que a España le había llegado la hora de cambiar de régimen, porque su país no podía esperar relaciones satisfactorias con España mientras Franco fuera el jefe del Estado. Ahora bien, en la consecución de este cambio, ni la OSS ni su gobierno debían implicarse directamente, sino impulsar la acción de grupos políticos amigos⁶³. Con todo, este tipo de opiniones fueron minoritarias en el Departamento de Estado, pues la mayoría abogó por no interferir directamente en asuntos políticos que eran considerados propios de los españoles⁶⁴. No era aconsejable, por tanto, como señaló el diplomático estadounidense y futuro encargado de negocios en España Paul T. Culbertson, que la OSS se inmiscuyera en iniciativas que pudieran provocar incidentes diplomáticos con las autoridades franquistas y, menos, como indicó William J. Gallman, cuando había sospechas fundadas de que los vascos querían la restauración de la República española para recuperar su autogobierno, aunque ello supusiera que tuvieran que entenderse con los comunistas⁶⁵.

⁶¹ Memorándum de Spencer Phenix para William Donovan, 16-12-1944, Washington, NARA RG 59, State Department, Box 5234, Leg. 852.00/12-1944.

⁶² Memorándum de Spencer Phenix para William Donovan, 16-12-1944, Washington, NARA RG 59, State Department, Box 5234, Leg. 852.00/12-1944.

⁶³ Carta de John Hickerson a James C. Dunn, 3-1-1945, sin lugar, NARA, RG 59, State Department, Box 5234, Leg. 852.00/12-1944.

⁶⁴ PORTERO, Florentino, “El régimen franquista y Estados Unidos. De enemigos a aliados”, en DELGADO, Lorenzo y ELIZALDE, María Dolores, *España y Estados Unidos en el siglo XX*, CSIC, Madrid, 2005, p. 142 y ss. PIZARROSO, *Diplomáticos, propagandistas y espías*, p. 140 y ss. GARCÉS, Joan E., *Soberanos e intervenidos. Estrategias globales, americanos y españoles*, siglo XXI, Madrid, 1996, p. 378 y ss.

⁶⁵ Carta de Paul T. Culbertson a James C. Dunn, 28-12-1944, sin lugar, NARA, RG 59, State Department, Box 5234, Leg. 852.00/12-1944. Informe de investigación confidencial titulado “Spanish Opposition Forces”, realizado por el Departamento de Política Exterior, y enviado por William J. Gallman al secretario de Estado de EEUU, Edward Stettinius Jr., 31-1-1945, sin lugar, NARA RG. 59 State Department, Box 6334, Leg. 852.00/1-3145. Hay que recordar que el socialismo español en el exilio estaba muy dividido. Durante la Guerra Civil, Negrín se había apoyado en el Partido Comunista para tratar de llevar a cabo su política de resistencia a ultranza, opuesta a sectores, como el de Indalecio Prieto, partidarios de una mediación. ARÓSTEGUI, Julio, “Caballero, Negrín, Prieto, Besteiro, cuatro socialistas ante el problema

Conclusiones

Como se ha visto a lo largo de este texto, la colaboración del Servicio Vasco de Información con el FBI, la OSS y el ejército no funcionó como a priori pudieron pensar los directores de todas estas agencias, por sus propios recelos hacia una organización foránea y por el propio hecho de que *los Servicios* siempre quisieron mantener su independencia como organización de espionaje. Pero, también se debió a otras cuestiones. Por un lado, a motivos estratégicos, a los agentes vascos les resultaba más fácil colaborar con una institución avalada por su Gobierno que con una agencia estadounidense que simplemente los reclamaba por su capacidad informativa. Por otro, a cuestiones organizativas de régimen interno, pues los directores de *los Servicios* siempre consideraron que era más fácil manejar su propio grupo y sus fondos a que sus agentes dependieran directamente de una institución gigantesca para la que en términos reales – no en el peso, importancia y calidad de su información– eran poco más que un grupúsculo de exiliados interesados. Aun así, como se ha visto en este texto, los líderes del Servicio Vasco de Información se quejaron reiteradas veces por la falta de coordinación con las agencias a las que consideraban carentes de una organización adecuada. De hecho, aunque tomaron la decisión de colaborar con una única agencia en Latinoamérica y otra en Europa, los problemas de coordinación siempre estuvieron presentes.

La colaboración vasca siempre tuvo en el horizonte un único objetivo: crear un compromiso moral con las agencias estadounidenses para que estas, en un futuro, se vieran obligadas a ayudarles en la recuperación de la democracia en España. Como se ha visto, ese compromiso existió en algunos sectores de la OSS y del Departamento de Estado, pero, cuando no fue minoritario, debido al descenso de la capacidad de la agencia que lo avalaba, como ocurrió con la OSS, careció del peso suficiente para conseguir que se llevara a cabo una intervención definitiva. Por ejemplo, el decidido apoyo de Phenix a la idea de promover activamente la causa democrática en España, como hemos visto, confirma las hipótesis ya apuntadas por los principales especialistas de que la estrategia gradualista de Aguirre, la de buscar una solución al problema español como forma de

comunista en la guerra civil”, en MORENTE, Francisco, *España en la crisis europea de entreguerras: república, fascismo y guerra civil*, Catarata, Madrid, 2011, pp. 179-210. MATEOS, Abdón, “Prieto contra Negrín 1938-1939”, en MATEOS, Abdón (coord.), *Indalecio Prieto y la política española*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2008, pp. 193-230. GIBAJA, José Carlos, “Indalecio Prieto y la reconstrucción del socialismo español en el exilio”, en MATEOS, *Indalecio Prieto*, pp. 231-280. MORADIELLOS, Enrique, *Negrín*, Península, Barcelona, 2006. SÁNCHEZ CERVELLÓ, *La Segunda República en el exilio (1939-1977)*, Planeta, Barcelona, 2011, pp. 31 y ss.

devolver al Gobierno vasco a territorio peninsular, fue bien recibida por las esferas de poder estadounidenses en la medida en que la organización política vasca se presentó como un instrumento político efectivo para echar a Franco y establecer un nuevo régimen político paritariamente contrario al fascismo y al comunismo. Pero, el apoyo estadounidense duró exactamente el mismo tiempo que tardó el Departamento de Estado en cambiar de estrategia. La Guerra Fría inauguró una nueva etapa y, aunque los vascos seguirían colaborando, la España de Franco ya no sería un enemigo a batir para Estados Unidos, pues se pasó a ser una pieza clave en su tablero geoestratégico⁶⁶.

⁶⁶ MEES, Ludger, *El profeta pragmático*. Aguirre: el primer lehendakari (1936-1960), Irún: Alberdania, 2006, p. 79.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, Ó. et al. (2010). *Delegaciones de Euskadi (1936-1975)*, Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco.
- AZCONA, J. M. (2013). *El dogma nacionalista vasco y su difusión en América (1890-1960). Un paradigma de paradiplomacia*, Trea, Gijón.
- BERNARDO, I. y Goiogana, I. (2006). *Galíndez: la tumba abierta. Guerra, exilio, frustración*. Bilbao: Fundación Sabino Arana.
- CHALOU, G. C. (2002). *The Secret War: The Office of Strategic Services in World War II*, Washington DC: NARA.
- GRANT, S. M. (2012). *Historia de los Estados Unidos de América*, Madrid: Akal.
- JIMÉNEZ DE ABERÁSTURI, J.C y Moreno, R. (2009). *Al servicio del extranjero. Historia del Servicio Vasco de Información (1936-1943)*, Madrid: Antonio Machado Libros.
- JIMÉNEZ DE ABERÁSTURI, J.C. (1999). *De la derrota a la esperanza. Políticas vascas durante la II Guerra Mundial (1937-1947)*, Oñati: IVAP.
- LANKFORD, D. (1991), *OSS against the Reich. The World War II Diaries of Colonel David K. E. Bruce*, Kent: The Kent State University Press.
- MATEOS, A. (2008). *Indalecio Prieto y la política española*. Madrid: Editorial Pablo Iglesias
- MEES, L. (2006). *El profeta pragmático. Aguirre: el primer lehendakari (1936-1960)*, Irún: Alberdania.
- MOTA, D. (2016). *Un sueño americano. El Gobierno vasco en el exilio y Estados Unidos (1937-1979)*, Oñati: IVAP.
- MOTA, D. (2017). “De Gernika (G) a Bromo (Little Joe). Nuevos datos sobre el espía vasco José Laradogoitia Menchaca”, *Vasconia*, 41, 103-125.
- OIARZABAL, P. J. y Tabernilla, G. (2017). “El enigma del mito y la historia: “basque code talkers” en la Segunda Guerra Mundial. La OSS y el Servicio Vasco de Información-La Organización Airedale”, *Saibigain: Revista digital de la Asociación Sancho de Beurko*, 3, 1-156.

SÁNCHEZ CERVELLÓ, J. (2011). *La Segunda República en el exilio (1939-1977)*,
Barcelona: Planeta 2011.

SMITH, I. C. (2009). *Inside. A Top G-Man Exposes Spies, Lies, and Bureaucratic
Bungling Inside the FBI*, Nashville: Thomas Nelson Press.

WALLER, D. (2011). *Wild Bill Donovan. The Spymaster who Created the OSS and
Modern American Espionage*, New York: Free Press.

WEINER, T. (2012). *Enemigos. Una historia del FBI*. Barcelona: Debate.

EL DERECHO DE NACIONALIDAD DE ECUADOR Y SU INCIDENCIA EN LAS INSTITUCIONES JURÍDICO-FAMILIARES ESPAÑOLAS, CON ESPECIAL REFERENCIA AL DIVORCIO¹

*RIGHT TO NATIONALITY OF ECUADOR AND ITS INCIDENCE IN SPANISH
LEGAL AND FAMILY INSTITUTIONS, WITH SPECIAL REFERENCE TO DIVORCE*

María Dolores Ortiz Vidal²

Universidad de Murcia

RESUMEN

Ecuador es la tercera comunidad extranjera con más presencia en España y también uno de los principales países receptores de emigrantes españoles, lo que trae como consecuencia que se establezcan, frecuentemente, relaciones jurídico-privadas entre los sujetos que pertenecen a ambos Estados. Además, esta situación se agudiza porque la Constitución de la República de Ecuador permite que las personas que ostentan la nacionalidad ecuatoriana y adquieren la nacionalidad del Estado en el que residen habitualmente no pierdan, por la adquisición de la nueva, la nacionalidad ecuatoriana de origen. El régimen jurídico aplicable a los dobles nacionales se determina según lo dispuesto en el Convenio de doble nacionalidad firmado entre la República de Ecuador y el Reino de España de 4 de marzo de 1964. Sin embargo, dicho Convenio sólo es aplicable a los nacionales ecuatorianos y españoles que adquirieran su nacionalidad por nacimiento. Por tanto, surgen dificultades para aquellos dobles nacionales ajenos al Convenio, a la hora de obtener la validez en Ecuador de las instituciones jurídico-familiares constituidas en España, y en concreto, del reconocimiento de decisiones como el divorcio, dictadas por órganos jurisdiccionales españoles.

PALABRAS CLAVE: Ecuador, nacionalidad, divorcio, situación transfronteriza.

¹ Artículo recibido el 29 de marzo de 2018 y aprobado el 20 de diciembre de 2018.

² Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Murcia.

ABSTRACT

Ecuador is the third foreign community with the most presence in Spain and also one of the main receiving countries of Spanish emigrants. It allows the establishment, frequently, of legal-private relations between the subjects belonging to both States. In addition, this situation is exacerbated because the Constitution of the Republic of Ecuador allows people who hold the Ecuadorian nationality and acquire the nationality of the State in which they habitually reside, by acquiring the new one, they do not lose the Ecuadorian nationality of origin. The legal regime applicable to dual nationals is determined in accordance with the provisions of the Dual Citizenship Agreement signed between the Republic of Ecuador and the Kingdom of Spain of March 4, 1964. However, this Convention only applies to Ecuadorian nationals and Spanish nationals who acquired their nationality by birth. Therefore, difficulties arise for those dual nationals strangers to the Agreement, when it comes to obtaining the validity in Ecuador of the legal-family institutions constituted in Spain and, in particular, the recognition of decisions such as divorce, issued by Spanish courts.

KEYWORDS: Ecuador, nationality, divorce, cross-border situation.

SUMARIO: Introducción. I. Adquisición y pérdida de la nacionalidad ecuatoriana. II. Doble nacionalidad ecuatoriana y española: Convenio bilateral de doble nacionalidad firmado entre la República de Ecuador y el Reino de España de 4 de marzo de 1964. III. Doble nacionalidad ecuatoriana y española “ajena” al Convenio: dificultades derivadas de la necesidad de obtener la validez en Ecuador de las instituciones jurídico-familiares constituidas en España, con especial atención a la necesidad del reconocimiento del divorcio. Conclusiones. Bibliografía.

* * *

Introducción

El ordenamiento jurídico de Ecuador ha sido seleccionado para su estudio por muy numerosas razones, entre las que cabe destacar que es la tercera comunidad extranjera con más presencia en España. Prueba de ello, es que el Instituto Nacional de Estadística señala que el número de ciudadanos ecuatorianos es muy alto en nuestro país. En

concreto, en el año 2017, se encontraban en España 141.810 ecuatorianos con Certificado de Registro y/o Tarjeta de Residencia en vigor³.

Además, paralelamente, Ecuador se halla entre los principales países receptores de emigrantes españoles, si bien, en este caso y con frecuencia, la población española que emigra a Ecuador no ha nacido en nuestro país o son niños menores de quince años que sí lo han hecho, lo que pone de relieve que se trata de un retorno de ecuatorianos de origen que han adquirido la nacionalidad española⁴.

En consecuencia, Ecuador es uno de los principales países de procedencia de los extranjeros que viven en España y también es receptor de emigrantes españoles, lo que da lugar a que se establezcan, con asiduidad, relaciones jurídico-privadas entre los sujetos pertenecientes a ambos Estados.

En este contexto, la Constitución de la República de Ecuador afirma que las personas que ostenten la nacionalidad ecuatoriana por nacimiento y adquieran la nacionalidad del Estado en el que residen habitualmente, no perderán por la adquisición de la nueva, la nacionalidad ecuatoriana. En el mismo sentido, las personas extranjeras que adquieran la nacionalidad ecuatoriana por naturalización tampoco están obligadas a renunciar a su nacionalidad de origen (art. 6 Constitución de Ecuador)⁵.

Por tanto, los ciudadanos que ostentan la doble nacionalidad ecuatoriana y española no constituyen, en absoluto, un fenómeno aislado. Prueba de ello es la existencia de un Convenio de doble nacionalidad firmado entre la República de Ecuador y el Reino de España de 4 de marzo de 1964, acompañado de un Protocolo modificadorio hecho en Quito el 25 de agosto de 1995⁶.

Ahora bien, este Convenio únicamente se aplica a los sujetos que ostentan la nacionalidad española y ecuatoriana por nacimiento, excluyendo a aquellos ciudadanos ecuatorianos que adquirieron la nacionalidad ecuatoriana por naturalización. Por este

³ Los datos han sido extraídos de la página oficial del Instituto Nacional de Estadística (Consultado el 17 de diciembre de 2018): <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p08/10/&file=03005.px>

⁴ GONZÁLEZ MANRIQUE, L. E., “La inmigración latinoamericana: el caso de Ecuador”, *Economía exterior: estudios de la revista Política Exterior sobre la internacionalización de la economía española*, N° 50, 2009, pp. 93-106.

⁵ Constitución de la República de Ecuador 2008 (Registro Oficial 449, de fecha 20 de octubre de 2008, teniendo lugar la última modificación el 13 de julio de 2011): La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional.

⁶ Instrumento de ratificación del Convenio de doble nacionalidad entre el Estado español y la República de Ecuador firmado en Quito el día 4 de marzo de 1964 (BOE núm. 11, de fecha 13 de enero de 1965).

motivo, se plantea la necesidad de dar respuesta a aquellos supuestos en los que la persona ostenta la nacionalidad ecuatoriana por naturalización y adquiere la nacionalidad del Estado en el que reside habitualmente porque es muy usual que se den estos casos.

Además, esta situación incide directamente en el hecho de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano utiliza, con frecuencia, el criterio “nacionalidad” como punto de conexión para determinar el Derecho aplicable en el ámbito del Derecho de la Familia y la Persona. Sirvan como ejemplo, tal y como establece el Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante⁷, las materias relativas al nacimiento, la extinción y las consecuencias de la personalidad civil de las personas físicas, las instituciones jurídicas del matrimonio y del divorcio, de la paternidad y la filiación, los alimentos entre parientes, la patria potestad, la adopción, la ausencia, la prodigalidad, la emancipación y la mayor edad o las sucesiones hereditarias testadas o *ab intestato*.

Ello repercute asimismo en el sector de la validez extraterritorial de decisiones, tal y como indica, de nuevo, el Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante. Por ejemplo, en relación con la institución legal del divorcio, Ecuador puede decidir si reconoce o no el divorcio o el nuevo matrimonio de personas divorciadas en el extranjero, en casos, con efectos o por causas que no admita su derecho personal (art. 53 Código DIPr. Sánchez de Bustamante).

En definitiva, esta situación de doble nacionalidad “ajena al Convenio” trae como consecuencia que, en ocasiones, los ciudadanos ecuatorianos que se encuentran en nuestro país se enfrenten a dificultades derivadas de la necesidad de obtener la validez en Ecuador de las instituciones jurídico-familiares constituidas en España, tal y como se verá a lo largo del presente trabajo.

Ello se debe a que el ciudadano que ostente la nacionalidad ecuatoriana por naturalización y desee trasladar su residencia habitual a España y la mantenga de manera continuada durante dos años puede, por este motivo, adquirir también la nacionalidad española (art. 22.1 CC). Ante esta situación, debe tomar conciencia de que es posible que la sentencia española que se pronuncie sobre instituciones propias del Derecho de la Familia, no se reconozca, como tal, en Ecuador, su país de origen. Ello puede motivar su

⁷ Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante (Registro Oficial Suplemento núm. 153, de 25 de noviembre de 2005).

no salida de Ecuador a España, lo que a su vez podría afectar gravemente a su condición personal y/o profesional.

I. Adquisición y pérdida de la nacionalidad ecuatoriana

La nacionalidad ecuatoriana puede adquirirse por nacimiento o por naturalización (art. 3 Ley Orgánica de Movilidad Humana, en adelante LOMH⁸).

Las personas nacidas en Ecuador y las personas pertenecientes a comunidades, pueblos o nacionalidades reconocidos por Ecuador con presencia en las zonas de frontera se consideran nacionales ecuatorianos por nacimiento *ius solis* (art. 7.1 y 7.3 Constitución de Ecuador). En el primer caso, se exige haber nacido en Ecuador. En el segundo caso, las personas que han nacido en territorio extranjero en alguno de los dos países fronterizos con Ecuador (Colombia y Perú) pueden ser considerados nacionales ecuatorianos por nacimiento si cumplen los siguientes requisitos: deben ostentar la residencia en Colombia o Perú, la nacionalidad colombiana o peruana y la pertenencia al mismo pueblo, comunidad o nacionalidad indígena o ancestral, reconocido oficialmente por el Ecuador (art. 7.3 Constitución de Ecuador)⁹. Sirvan como ejemplo, los pueblos indígenas *Shuar* y *Achuar*, que viven en territorio ecuatoriano y peruano¹⁰.

Las personas nacidas en el extranjero de madre o padre nacidos en Ecuador y sus descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad son considerados nacionales ecuatorianos por nacimiento *ius sanguinis* (art. 7.3 Constitución de Ecuador). Es indiferente lo que establezca el ordenamiento jurídico del Estado en cuyo territorio se produzca el nacimiento. Valga como ejemplo, el hijo de padres ecuatorianos que nacieron en Ecuador y residen habitualmente, en el momento del nacimiento del menor, en España. Ese niño será ecuatoriano por nacimiento *ius sanguinis* y también lo serán sus hijos, nietos y bisnietos.

Sólo se consideran ecuatorianos por nacimiento *ius sanguinis* los hijos de personas nacidas en Ecuador. Por tanto, el hijo de padres ecuatorianos por nacimiento que nacieron

⁸ Ley Orgánica de Movilidad Humana (Registro Oficial 938, de fecha 6 de febrero de 2017) por la que se deroga la Ley de Naturalización y su Reglamento (Decreto Supremo 276 y 277; Registro Oficial 66, de fecha 14 de abril de 1976).

⁹ CORDERO PONCE, S., “Estados plurinacionales en Bolivia y Ecuador. Nuevas ciudadanías, ¿más democracia?”, *Nueva Sociedad*, N ° 240, 2012, pp. 134-148.

¹⁰ DEL ÁGUILA, A., “Constituciones, ciudadanía y población indígena en los Andes: los casos de Bolivia, Ecuador y Perú”, *Politai: Revista de Ciencia Política*, vol. 5, N ° 8, 2014, pp. 31-47.

en el extranjero no comporta la atribución de la nacionalidad ecuatoriana *ius sanguinis* del menor¹¹.

El reconocimiento de la nacionalidad ecuatoriana por nacimiento a las personas nacidas en el extranjero de padre o madre nacidos en Ecuador exige la presentación en la Cancillería de los siguientes documentos: partida de nacimiento del solicitante, legalizada o apostillada y, en su caso, traducida a la lengua española; Certificado del Registro Civil de los padres, en el que conste la nacionalidad ecuatoriana de uno de ellos o de ambos; copia de la cédula de ciudadanía del padre o de la madre ecuatoriana; cuatro fotografías del solicitante, a color y actualizadas y copia del pasaporte del solicitante o certificado del movimiento migratorio.

En el caso de que el solicitante sea menor de edad, los dos progenitores deben estar presentes en la firma de la solicitud en la Cancillería. A diferencia de ello, si el solicitante es mayor de edad, es suficiente con que uno de los padres acuda, siempre que presente un documento en el que se ponga de manifiesto que el progenitor ausente tiene potestad sobre el menor. Sirva como ejemplo, un poder especial expedido por el Notario.

En consecuencia, cabe la posibilidad de que una persona, desde su nacimiento, ostente dos o más nacionalidades¹². Ello se debe a que, en los casos de ecuatorianos por nacimiento *ius solis*, la Ley personal de uno o de ambos progenitores, si son extranjeros, pueden atribuirle la nacionalidad de su país *ius sanguinis*. Valga como ejemplo, el hijo de padre español y de madre italiana, nacido en Ecuador. El niño es ecuatoriano por nacimiento *ius solis* (ha nacido en Ecuador) y también es español e italiano *ius sanguinis* (sus progenitores son extranjeros, español e italiana, respectivamente). El nacido será inscrito en el Registro Civil de Ecuador y, posteriormente, en el Registro del país o de los países que le atribuyen la nacionalidad *ius sanguinis*.

La segunda vía por la que puede adquirirse la nacionalidad ecuatoriana es la naturalización, siendo ésta un acto soberano y discrecional de la Función Ejecutiva de la República de Ecuador (art. 8 Constitución de Ecuador). El proceso de obtención de la nacionalidad ecuatoriana por naturalización se inicia siempre con la presentación de una

¹¹ GERSON HUAYAMAVE, G., “La Constitución ecuatoriana entre el multiculturalismo y la interculturalidad. Un análisis de su orientación”, *INNOVA Research Journal*, Vol. 2, N° 6, 2017, pp. 22-34.

¹² MOYA TORRES, L. A., “Pluriculturalidad e identidad nacional en el Ecuador”, *Anuario de la Universidad Internacional SEK*, N° 3, 1997, pp. 109-116.

solicitud en Ecuador o, si procede, en las misiones diplomáticas u oficinas consulares. En este sentido, el procedimiento puede tramitarse en la República de Ecuador o en el extranjero, según proceda y de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Movilidad Humana (arts. 70 *in fine* y 78 LOMH).

Son ecuatorianos por naturalización las siguientes personas (art. 8 Constitución de Ecuador):

Primero. Las que obtengan la Carta de Naturalización. La Carta de Naturalización pueden solicitarla (art. 71 LOMH): las personas extranjeras que hayan residido de forma regular y continua, al menos, tres años en Ecuador y las personas reconocidas como apátridas por el Estado ecuatoriano, siempre que hayan permanecido en el país mínimo dos años, desde la fecha de su reconocimiento.

En particular, la Ley Orgánica de Movilidad Humana exige el cumplimiento de los siguientes requisitos (art. 72 LOMH): tener más de 18 años cumplidos a la fecha de la solicitud de la Carta de Naturalización; presentación de la partida de nacimiento del país de origen, legalizada o apostillada y, si procede, traducida al español o de la prueba supletoria debidamente legalizada y traducida al castellano, salvo en el caso de que el ciudadano extranjero haya sido reconocido en Ecuador como apátrida; presentación asimismo de la copia del documento de identidad o del pasaporte vigente, debidamente legalizado; acreditación de su conocimiento en relación con los símbolos patrios, debiendo exponer en una entrevista los motivos por los que desea adquirir la nacionalidad ecuatoriana; y, demostración de suficiencia de medios económicos.

Además de los requisitos indicados con anterioridad, el Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana exige otro, que puede concretarse en la presentación de un expediente (art. 67 RLOMH). La persona extranjera que pretenda obtener la Carta de Naturalización, junto con la solicitud, debe entregar un expediente en el que figure el movimiento migratorio al que pertenece o, en su caso y si procede, la resolución que le reconozca como apátrida en el Estado ecuatoriano. Ello permitirá a la autoridad de movilidad humana constatar si el solicitante ha residido en Ecuador, al menos tres años, de forma legal y continuada o si ha obtenido la condición de apátrida¹³.

¹³ CADENA, C., “Pre diagnóstico sobre la apatridia en Ecuador”, *Revista Electrónica de Derechos Humanos*, N° 29, julio 2011, versión *on line*, pp. 1-40.

No obstante lo anterior, el Estado de la República de Ecuador podrá denegar la concesión de la Carta de Naturalización, previa resolución motivada, si concurre alguna de las siguientes circunstancias (art. 79 LOMH): que el ciudadano extranjero no cumpla con los requisitos establecidos en la Ley Orgánica de Movilidad Humana; que haya sido condenado por cualquiera de los crímenes señalados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional o por cualquier delito cuya pena privativa de libertad, según el Código Penal de Ecuador, sea superior a cinco años y/o que el ciudadano extranjero sea considerado una amenaza o constituya riesgo de amenaza para la seguridad interna de la República de Ecuador.

Segundo. Naturalización por adopción. Se consideran ecuatorianos y ecuatorianas por naturalización los extranjeros menores de edad adoptados por una ecuatoriana o ecuatoriano, que conservarán la nacionalidad ecuatoriana mientras no expresen voluntad contraria. El ciudadano nacional ecuatoriano que adopte niños, niñas y/o adolescentes extranjeros puede solicitar para ellos la nacionalidad ecuatoriana por naturalización en la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación o en las misiones diplomáticas u oficinas consulares (art. 74 LOMH).

Tercero. Naturalización de niños, niñas o adolescentes nacidos en el extranjero de madre o padre ecuatorianos por naturalización. La madre o padre ecuatoriano por naturalización puede solicitar la nacionalidad ecuatoriana por naturalización de sus niños, niñas y/o adolescentes, aun cuando hayan nacido en el extranjero, ante la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación o en las misiones diplomáticas u oficinas consulares. Los menores conservarán la nacionalidad ecuatoriana, a menos que expresen su voluntad en contrario (art. 75 LOMH).

Cuarto. Naturalización por matrimonio o unión de hecho. Los extranjeros que contraigan matrimonio o mantengan unión de hecho legalmente reconocida en Ecuador con una ecuatoriana o un ecuatoriano, también pueden ser considerados ecuatorianos por naturalización, pero sólo si han transcurrido al menos dos años desde la fecha en la que se celebró el matrimonio o se inscribió la unión de hecho (art. 73 LOMH).

Quinto. Naturalización de personas extranjeras por haber prestado servicios relevantes al país. La persona extranjera que haya prestado servicios relevantes al país podrá adquirir la nacionalidad ecuatoriana por naturalización, siempre que haya permanecido en el Estado, de forma regular, al menos un año. En particular, la concesión

de la nacionalidad ecuatoriana a través de este criterio corresponde al Presidente de la República de Ecuador, previa solicitud de una persona natural, un colectivo u organización social (art. 76 LOMH).

La Ley Orgánica de Movilidad Humana también prevé la nulidad del otorgamiento de la nacionalidad ecuatoriana por naturalización, acompañada de la sanción penal correspondiente. En este sentido, la autoridad de movilidad humana declarará nula la naturalización de una persona si ésta fue concedida sobre la base de ocultación de hechos relevantes, documentos falsos o fraude de Ley. La decisión deberá ser motivada y notificada a las autoridades correspondientes (art. 81 LOMH y art. 73 RLOMH).

En consecuencia, son numerosas las causas por las que puede adquirirse la nacionalidad ecuatoriana, mientras que, únicamente son dos aquéllas que pueden comportar la pérdida de la misma: una sentencia condenatoria por traición a la Patria (art. 122 Código Penal de Ecuador¹⁴) y una manifestación expresa por la que el solicitante renuncie a ella. Ahora bien, no cabe renuncia a la nacionalidad ecuatoriana adquirida por nacimiento. Sólo a la adquirida por naturalización y en dos supuestos: en el caso de que el motivo de la concesión de la nacionalidad ecuatoriana haya sido la adopción o por la naturalización de sus padres, tal y como se indicó anteriormente. En ambos, se exige que el renunciante haya cumplido 18 años y que su renuncia no suponga su conversión en apátrida (art. 80 LOMH).

Por tanto, la nacionalidad ecuatoriana no se pierde por contraer matrimonio, ni porque éste se disuelva, ni tampoco por la adquisición de otra nacionalidad (art. 6 *in fine* Constitución de Ecuador). Por ello, la existencia de dobles nacionales ecuatorianos y españoles no constituye, en absoluto, un fenómeno aislado, tal y como se verá a continuación.

¹⁴ Código Penal de Ecuador (Registro Oficial Suplemento 147, de fecha 22 de enero de 1971).

II. Doble nacionalidad ecuatoriana y española: Convenio bilateral de doble nacionalidad firmado entre la República de Ecuador y el Reino de España de 4 de marzo de 1964

El número de Convenios bilaterales de doble nacionalidad que España ha celebrado con países iberoamericanos es muy elevado. Valgan como ejemplo, entre otros, los firmados con Colombia¹⁵, República Dominicana¹⁶, Honduras¹⁷, Costa Rica¹⁸, Bolivia¹⁹, Nicaragua²⁰ o Perú²¹. Ahora bien, el presente trabajo se centrará en el estudio del Convenio bilateral de doble nacionalidad firmado entre la República de Ecuador y el Reino de España porque Ecuador es la tercera comunidad extranjera con más presencia en nuestro país, tal y como se indicó anteriormente.

En el supuesto de nacidos en Ecuador *ius soli*, resulta indiferente que la Ley personal de uno o de ambos progenitores, en caso de ser extranjeros, también le atribuyan la nacionalidad de su país por *ius sanguinis*. El nacido será inscrito en el Registro Civil del Ecuador y, posteriormente, en el Registro Civil del país que le atribuye la nacionalidad por *ius sanguinis*. Por tanto, la persona tiene atribuida desde su nacimiento más de una nacionalidad. Valga como ejemplo el citado con anterioridad: el hijo de padre español y madre italiana, nacido en Ecuador. El niño es ecuatoriano *ius soli* y español e italiano *ius sanguinis*.

Por ello, la existencia de dobles nacionales ecuatorianos y españoles es un hecho que se da cada vez con más frecuencia. Ante esta situación, existe un Convenio de doble nacionalidad firmado entre la República de Ecuador y el Reino de España de 4 de marzo de 1964, acompañado de un Protocolo modificadorio hecho en Quito el 25 de agosto de 1995. Ahora bien, quedan excluidos del mismo los españoles y ecuatorianos que hayan

¹⁵ Instrumento de 7 de mayo de 1980 de Ratificación del Convenio de Nacionalidad entre España y Colombia, hecho en Madrid el 27 de junio de 1979 (BOE núm. 287, de 29 de noviembre de 1980).

¹⁶ Instrumento de Ratificación del Convenio de doble nacionalidad entre España y la República Dominicana, firmado en Santo Domingo el 15 de marzo de 1968 (BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1969).

¹⁷ Instrumento de ratificación del Tratado de Doble Nacionalidad entre el Estado Español y la República de Honduras, firmado en Tegucigalpa el 15 de junio de 1966 (BOE núm. 118, de 18 de mayo de 1967).

¹⁸ Instrumento de ratificación del Convenio de doble nacionalidad entre España y Costa Rica, firmado el 8 de junio de 1964 en Madrid (BOE núm. 151, de 25 de junio de 1965).

¹⁹ Instrumento de ratificación del Convenio de doble nacionalidad entre el Estado español y la República de Bolivia, firmado en La Paz el 12 de octubre de 1961 (BOE núm. 90, de 14 de abril de 1964).

²⁰ Instrumento de ratificación del Convenio sobre doble nacionalidad entre España y Nicaragua, firmado en Managua el 25 de julio de 1961 (BOE núm. 105, de 2 de mayo de 1962).

²¹ Instrumento de ratificación del Convenio sobre doble nacionalidad entre España y Perú, firmado en Madrid el 16 de mayo de 1959 (BOE núm. 94, de 19 de abril de 1960).

adquirido su nacionalidad por naturalización. En consecuencia, este Convenio únicamente se aplica a los españoles y ecuatorianos por nacimiento.

La regla general de dicho Convenio establece que los españoles y los ecuatorianos pueden adquirir la nacionalidad ecuatoriana o española, respectivamente, en las condiciones y en la forma prevista por la legislación en vigor de cada parte contratante, sin que ello comporte la pérdida de su anterior nacionalidad. Excepcionalmente, esta regla general no resulta aplicable a los ciudadanos que hayan adquirido la nacionalidad española o ecuatoriana por naturalización. Por tanto, los españoles o ecuatorianos por naturalización no podrán acogerse a las disposiciones del presente Convenio, tal y como se indicó anteriormente (art. 1 Convenio).

La nacionalidad se acredita ante la autoridad competente de cada Estado, a través de la presentación de los documentos que ésta considere necesarios²². Los españoles que hayan adquirido la nacionalidad ecuatoriana, conservando su nacionalidad de origen, deberán ser inscritos en el Registro pertinente del Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador. De la misma forma, los ecuatorianos que hayan adquirido la nacionalidad española, conservando su nacionalidad de origen, deberán ser inscritos en el Registro Civil español correspondiente al lugar del domicilio. El Encargado del Registro en el que se efectúe la inscripción está obligado a comunicar las inscripciones a la representación diplomática de la otra parte contratante. A partir de la fecha en la que se hayan tramitado las inscripciones, los españoles en Ecuador y los ecuatorianos en España gozarán de la plena condición jurídica de nacionales, en la forma prevista en el presente Convenio y en las leyes de ambos países (art. 2 Convenio).

No obstante, los españoles y los ecuatorianos que, con anterioridad a la entrada en vigor de este Convenio, hubiesen adquirido la nacionalidad ecuatoriana o española, renunciando a su nacionalidad de origen, podrán acogerse a los beneficios del Convenio y conservar su nacionalidad original, siendo suficiente la declaración de que ésa es su voluntad ante la autoridad encargada del Registro correspondiente. A partir de la fecha de inscripción, les resultarán aplicables las disposiciones del presente Convenio, sin perjuicio de los derechos ya adquiridos (art. 6 Convenio).

²² DIAGO DIAGO, M. P., “La prueba de la nacionalidad española y de la vecindad civil: dificultades en la determinación del régimen económico matrimonial legal”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 36, 2018, pp. 1-35, esp. pp. 5-11. La autora realiza un detallado estudio sobre los mecanismos que ofrece el Registro Civil español para probar la nacionalidad española y la vecindad civil.

Así las cosas, en el caso de que el ordenamiento jurídico español y el ecuatoriano atribuyan a una misma persona la nacionalidad española y la ecuatoriana por razón de nacimiento, ésta será considerada nacional de ambos Estados contratantes (art. 7 Convenio). En relación con ello, en el supuesto de que un doble nacional ecuatoriano-español traslade su residencia al territorio de un tercer Estado, se entenderá que su nacionalidad es, a los solos efectos de determinar la dependencia política y la legislación aplicable, la última que hubiera adquirido (art. 3 Convenio).

Ahora bien, los dobles nacionales (ecuatorianos y españoles) no podrán someterse, simultáneamente, a la legislación de ambos Estados. Se da “preferencia” a la legislación del país que otorga la nueva nacionalidad. En este sentido, la Ley del país que otorga la nueva nacionalidad regulará los siguientes aspectos (*vid.* art. 3 Convenio): la expedición de pasaporte, su protección diplomática, el ejercicio de sus derechos civiles y políticos (los cuales no podrán surtir efectos jurídicos en el país de origen si ello comporta la vulneración de las normas de orden público de dicho Estado) y el cumplimiento de las obligaciones militares (entendiéndose realizadas aquellas que hubiere ejercitado en el país de procedencia). En particular, los derechos que derivan del ámbito del trabajo y de la Seguridad Social se registrarán por la Ley del país en el que se realiza el trabajo.

Los españoles y los ecuatorianos que, habiendo adquirido la nacionalidad ecuatoriana o española en virtud de lo establecido en el presente Convenio, establezcan su domicilio en su país de origen pueden recobrar en él sus derechos y obligaciones. Para ello, deberán empadronarse y someterse a lo dispuesto en dicha materia en la legislación española y ecuatoriana. Además, el cambio de domicilio tiene que inscribirse en el Registro pertinente del Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador y el Registro Civil español correspondiente, siendo necesaria igualmente la comunicación de ello a la Representación Diplomática del otro país en la misma forma que la que se indicó con anterioridad (art. 4 Convenio).

La República de Ecuador y el Reino de España se comprometen a comunicar, en el plazo de sesenta días a través de la Representación Diplomática, las adquisiciones y las pérdidas de nacionalidad, así como los actos relativos al estado civil de las personas beneficiadas por el presente Convenio (art. 5 Convenio).

Los españoles que residan en Ecuador y los ecuatorianos que vivan en España, aun cuando no puedan considerarse beneficiarios del presente Convenio, podrán disfrutar

de los derechos y las ventajas que para ellos prevé el ordenamiento jurídico español y ecuatoriano, respectivamente (art. 8 Convenio). Sirva como ejemplo, la concesión de los permisos de residencia y/o de trabajo. El Estado de cada parte contratante facilitará a los nacionales de la otra la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, con base en el principio de reciprocidad y de igualdad en relación con los nacionales residentes.

Finalmente, los Gobiernos de ambos Estados se obligan a llevar a cabo consultas periódicas con el objetivo de adoptar las medidas más apropiadas dirigidas a aplicar e interpretar este Convenio de manera uniforme y de realizar las modificaciones necesarias para resolver controversias en materias tales como la Seguridad Social, la validez de los títulos profesionales o académicos y la duplicidad de deberes fiscales (art. 9 Convenio).

III. Doble nacionalidad ecuatoriana y española “ajena” al Convenio: dificultades derivadas de la necesidad de obtener la validez en Ecuador de las instituciones jurídico-familiares constituidas en España, con especial atención a la necesidad del reconocimiento de divorcio

En otro orden de cosas, pero relacionado con lo anterior, también es necesario referirse a los supuestos en los que la persona ostenta la nacionalidad ecuatoriana por naturalización y adquiere la nacionalidad del Estado en el que reside habitualmente, dada la frecuencia con la que se produce esta situación y a pesar de que el caso no encaje en el perfil del Convenio bilateral hispano-ecuatoriano de doble nacionalidad.

La Constitución de la República de Ecuador establece expresamente que estas personas no perderán, por la adquisición de la nueva, la nacionalidad ecuatoriana de origen (*vid.* art. 6 *in fine* Constitución de Ecuador). Ostentan, por tanto, dos nacionalidades: la ecuatoriana por naturalización y la del país en el que habitualmente residen. Sirva como ejemplo el nacido en el extranjero de padre o madre ecuatorianos por naturalización que, con posterioridad, viene a trabajar a España y fija su residencia en nuestro país, de forma legal y continuada, durante más de diez años.

Pues bien, esta situación de doble nacionalidad “ajena al Convenio” trae como consecuencia que, en ocasiones, los ciudadanos ecuatorianos que se encuentran en nuestro país se enfrenten a dificultades derivadas de la necesidad de obtener la validez en Ecuador de las instituciones jurídico-familiares constituidas en España.

Valga como ejemplo el siguiente: marido y mujer de nacionalidad ecuatoriana contrajeron matrimonio civil en Ecuador y, desde hace más de diez años, residen habitualmente en España, de forma legal y continuada. Tienen dos hijos: una niña de quince años y un niño de veintidós años. La mujer quiere el divorcio. Se plantea la cuestión de determinar si ella puede interponer su demanda de divorcio ante los Tribunales españoles, qué Ley estatal aplicarán al mismo y si la sentencia española de divorcio se reconocerá en Ecuador²³.

Los Tribunales españoles pueden declararse competentes para conocer del divorcio, con arreglo al foro del artículo 3, apartado primero, del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, Reglamento *Bruselas II-bis*)²⁴, que establece: “En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges”.

En las relaciones jurídico-privadas de carácter transfronterizo, la determinación de la Competencia internacional de los Juzgados y Tribunales españoles en los procesos de divorcio se determina siempre con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento *Bruselas II-bis* y no según las normas de Competencia recogidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, con independencia de que los cónyuges ostenten la nacionalidad de un Estado miembro del Reglamento *Bruselas II-bis* o la nacionalidad de un tercer Estado²⁵.

Por tanto, los Tribunales españoles pueden entrar a conocer del asunto porque el matrimonio ecuatoriano tiene su residencia habitual en España. Es en nuestro país donde han elegido fijar, voluntariamente y con carácter estable, su centro social de vida desde hace más de diez años. En este contexto, a los solos efectos de que los cónyuges obtengan la disolución de su vínculo matrimonial, no es relevante que la pareja tenga la intención

²³ VAQUERO LÓPEZ, M. C., “Cuestiones prácticas sobre el sistema de Derecho internacional privado europeo en materia de disolución del vínculo matrimonial”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, Nº 17, 2018.

²⁴ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 («DOUE» núm. 338, de 23 de diciembre de 2003).

²⁵ SABIDO RODRÍGUEZ, M., “La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en Derecho internacional privado español”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 45, 2013, pp. 499-534.

de regresar a Ecuador. Lo importante es que España sea el país en el que los cónyuges residan, de manera efectiva y continuada, en el momento en el que se interponga la demanda de divorcio²⁶.

Los Tribunales españoles aplicarán al divorcio la Ley estatal designada por la norma de conflicto recogida en el Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial²⁷. El Reglamento 1259/2010 es el instrumento legal que se emplea para fijar la Ley aplicable a cualquier proceso de divorcio que se suscite ante las autoridades de los Estados miembros participantes en el Reglamento, con independencia de la nacionalidad de los cónyuges y/o del Estado en el que residan y de cuál sea la Ley del país que debe regular el divorcio²⁸: la Ley de un Estado miembro participante en el Reglamento 1259/2010, la Ley de un Estado miembro de la Unión Europea no participante en dicho Reglamento o la Ley de un tercer Estado (art. 4 Reg. 1259/2010)²⁹. En consecuencia, en la actualidad, los Juzgados y Tribunales españoles aplicarán siempre lo dispuesto en el Reglamento 1259/2010 a la hora de determinar la Ley aplicable a una relación jurídico-privada transfronteriza, en materia de disolución del vínculo matrimonial y no lo establecido en el Código Civil español³⁰.

El primer criterio que prevé el Reglamento 1259/2010 para determinar la Ley aplicable al divorcio es la autonomía de la voluntad conflictual limitada³¹. En concreto y

²⁶ Un profundo análisis sobre los aspectos más controvertidos del Reglamento Bruselas II-bis puede encontrarse en la obra de SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *El divorcio internacional en la Unión Europea*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013.

²⁷ Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial («DOUE» núm. 343, de 29 de diciembre de 2010).

²⁸ ESPINOSA CALABUIG, R., “El divorcio internacional en la Unión Europea: problemas de coherencia y coordinación normativa”, *Revista Boliviana de Derecho*, Nº. 22, 2016, pp. 208-233.

²⁹ El Consejo, reunido en Luxemburgo los días 5 y 6 de junio de 2008, concluyó que no había unanimidad sobre esta propuesta relativa al ámbito de la Ley aplicable en materia matrimonial y que existían dificultades insuperables que hacían imposible, en ese momento y en el futuro próximo, toda unanimidad. Observó que los objetivos de la propuesta no podían alcanzarse en un plazo razonable aplicando las disposiciones pertinentes de los Tratados. Por este motivo, Bélgica, Bulgaria, Alemania, Grecia, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia presentaron posteriormente a la Comisión una solicitud en la que manifestaban su intención de instaurar entre ellos una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable en materia matrimonial. El Consejo adoptó, el 12 de julio de 2010, la Decisión 2010/405/UE por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal (Cons. 5 a 7 Reg. 1259/2010).

³⁰ PALAO MORENO, G., “La ley aplicable al divorcio. El reglamento (UE) núm. 1259/2010, de 20 de noviembre (Roma III)” en HERAS HERNÁNDEZ, M. M (COORD.) *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 661-675.

³¹ DIAGO DIAGO, M. P., “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 66, nº 2, 2014, pp. 49-79.

siempre que cumplan determinados requisitos (véanse en este sentido los arts. 5 a 7 Reg. 1259/2010), los cónyuges pueden elegir, como Ley aplicable a su divorcio (art. 5.1 Reg. 1259/2010): a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro.

En el caso de que los cónyuges que sirven de ejemplo al litigio planteado elijan, como Ley aplicable a su divorcio, la Ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en el que se celebre el convenio (*vid.* art. 5.1.c) Reg. 1259/2010), se plantea si el asunto debe resolverse con arreglo a la Ley sustantiva española o según la Ley material ecuatoriana.

El matrimonio ostenta la doble nacionalidad ecuatoriana y española: los cónyuges son nacionales ecuatorianos por naturalización (*vid.* art. 8 de la Constitución de Ecuador) y también son nacionales españoles por residencia, puesto que son más de diez años los que llevan residiendo legalmente y de manera continuada en nuestro país (art. 22 Código Civil español).

Pues bien, el propio Reglamento 1259/2010 es el que da respuesta a la situación planteada al establecer que el tratamiento jurídico de los supuestos de múltiple nacionalidad debe regirse por la legislación nacional, respetando plenamente los principios generales de la Unión Europea (Cons. 22 Reg. 1259/2010). En concreto, el Código Civil español señala que, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas, se estará a lo que determinen los tratados internacionales y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida (art. 9 Código Civil español). Por tanto, los Juzgados y Tribunales españoles aplicarán la Ley sustantiva española a la disolución del vínculo matrimonial de los cónyuges dobles nacionales ecuatorianos y españoles que residen habitualmente en nuestro país.

A diferencia de ello, si el mismo matrimonio llevara residiendo en España, de forma legal y continuada, menos de diez años, la Ley aplicable al divorcio podría ser distinta. En el supuesto de que ambos eligieran, como Ley aplicable a su divorcio, la Ley del Estado cuya nacionalidad ostente uno de los cónyuges en el momento en que se

celebre el convenio (*vid.* art. 5.1.c) Reg. 1259/2010), éste se regularía por la Ley material ecuatoriana, la cual es muy diferente de la Ley sustantiva española³².

En concreto, el ordenamiento jurídico de Ecuador admite el divorcio por mutuo acuerdo y el divorcio causal (véanse en este sentido los arts. 105 a 130 Código Civil Ecuador), no existiendo este último en el ordenamiento jurídico español.

En el primer caso, los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales y ante el Juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges, entre otros datos, la voluntad de divorciarse, el nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio y los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos (art. 107 Código Civil Ecuador). El Juez de lo civil, transcurrido el plazo de dos meses y a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, le convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial (art. 108 Código Civil Ecuador).

En el segundo supuesto, se podrá disolver el vínculo matrimonial si concurre cualquiera de las nueve causas que recoge expresamente el Código Civil de Ecuador, entre las que pueden citarse, a título de ejemplo, que uno de los cónyuges cometa adulterio, que exista violencia contra la mujer o el caso de que un cónyuge amenace gravemente al otro o atente contra su vida (art. 11 de la Ley reformativa del Código Civil que viene a sustituir a la versión primigenia del art. 110 Código Civil Ecuador). Ahora bien, la acción de divorcio causal prescribe en el plazo de un año a contar desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento de la causa de que se trate o desde que se realizó el hecho, según la causa que motive la disolución del vínculo matrimonial (art. 124 Código Civil Ecuador).

Concluido el proceso judicial, el matrimonio que sirve de ejemplo a nuestro asunto litigioso obtiene una sentencia dictada por los Juzgados y Tribunales españoles en la que

³² El Reglamento 1259/2010 prevé que, en defecto de válida elección de Ley aplicable al divorcio por los cónyuges, éste se rija por la Ley del país en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de interposición de la demanda; en defecto del criterio anterior, se aplicará la Ley del Estado en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda; a falta del criterio anterior, se estará a lo dispuesto en la Ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de interposición de la demanda y, en defecto de todos los criterios anteriores, el divorcio se regirá por la Ley del Estado ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda (art. 8 Reg. 1259/2010).

se declara el divorcio, con arreglo a la Ley sustantiva ecuatoriana o española, según proceda. A partir de este momento, se plantea la cuestión de determinar si la sentencia española de divorcio puede reconocerse, como tal, en Ecuador y producir efectos jurídicos en ese país.

La respuesta es distinta, tomando como referencia la última reforma del Código Civil de la República de Ecuador de 20 de noviembre de 1970, aprobada por el Pleno de la Asamblea Nacional de Ecuador el 21 de abril de 2015³³.

El art. 129 del Código Civil de Ecuador, en su versión originaria, establecía que, si uno de los cónyuges era ecuatoriano, la nulidad y/o la disolución por divorcio del matrimonio contraído en Ecuador únicamente podía producirse por una sentencia pronunciada por jueces ecuatorianos. Ello traía como consecuencia una difícil situación jurídica para los ecuatorianos que residían en el extranjero y querían divorciarse. La norma del Código Civil ecuatoriano obstaculizaba que el matrimonio celebrado en Ecuador pudiera disolverse en el extranjero porque la sentencia extranjera de divorcio en ningún caso podría homologarse en Ecuador.

A diferencia de ello, después de la entrada en vigor de la Ley reformativa del Código Civil de Ecuador, la situación es algo distinta. En la actualidad, los jueces ecuatorianos serán, en exclusiva, competentes para dictar una sentencia de nulidad o de disolución por divorcio del vínculo matrimonial en el caso de que uno de los cónyuges sea ecuatoriano y existan hijos menores de edad o bajo su dependencia que residan en Ecuador (art. 18 Ley reformativa del Código Civil de Ecuador que viene a sustituir a la versión primigenia del art. 129 del mismo).

En consecuencia, la reforma debe valorarse de manera positiva porque, con carácter general, se permite en Ecuador la homologación de sentencias extranjeras de divorcios entre ecuatorianos. Sin embargo, excepcionalmente, no cabe la homologación si concurren, de manera cumulativa, las siguientes circunstancias: que, al menos, uno de los cónyuges ostente la nacionalidad ecuatoriana y que existan hijos menores de 18 años que residan en Ecuador.

³³ El texto de la Ley reformativa del Código Civil de la República de Ecuador puede consultarse en el siguiente enlace (Consultado el 29 marzo): http://www.registrodelapropiedad.quito.gob.ec/textos_normativa/TRANSPARENCIA_2015/DOCUMENTOS/AGOSTO/LEY%20REFORMATORIA%20AL%20CODIGO%20CIVIL%20-%20copia.pdf

Esta novedad encuentra su justificación en la propuesta del Grupo Parlamentario por los Derechos de las Personas en Movilidad Humana. De un lado, esta propuesta defiende que el acceso de los ciudadanos ecuatorianos a ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva porque los cónyuges sin hijos, con hijos mayores o no dependientes, o menores que no residan en Ecuador, podrán ver reconocida su sentencia extranjera de divorcio en su país de origen. De otro lado, se incorpora esa “excepción cumulativa” indicada con anterioridad con el objetivo de sea el Juez ecuatoriano y no otro el que proteja y garantice los intereses de los menores.

Conclusiones

La Constitución de la República de Ecuador afirma que las personas que ostenten la nacionalidad ecuatoriana (por nacimiento o por naturalización) y adquieran la nacionalidad del Estado en el que residen habitualmente, no perderán por la adquisición de la nueva, la nacionalidad ecuatoriana de origen (*vid.* art. 6 Constitución de Ecuador) .

Por tanto, los ciudadanos que ostentan la doble nacionalidad ecuatoriana y española no constituyen, en absoluto, un fenómeno aislado. Prueba de ello es la existencia de un Convenio de doble nacionalidad firmado entre la República de Ecuador y el Reino de España de 4 de marzo de 1964. Ahora bien, este Convenio únicamente se aplica a los sujetos que ostentan la nacionalidad española y ecuatoriana por nacimiento, excluyendo a aquellos ciudadanos ecuatorianos que adquirieron la nacionalidad ecuatoriana por naturalización.

Por este motivo, surge la necesidad de dar respuesta a aquellos supuestos en los que la persona ostenta la nacionalidad ecuatoriana por naturalización y adquiere la nacionalidad del Estado en el que reside habitualmente y la incidencia que este hecho tiene en las instituciones jurídico-familiares que pretenden constituirse en España. Tales casos son importantes porque suceden con asiduidad y no encajan en el perfil que protege el Convenio bilateral hispano-ecuatoriano de doble nacionalidad.

En consecuencia, esta situación de doble nacionalidad ajena al Convenio da lugar a que, en ocasiones, los ciudadanos ecuatorianos que se encuentran en nuestro país se enfrenten a dificultades derivadas de la necesidad de obtener la validez en Ecuador de las instituciones jurídico-familiares constituidas en España.

El ejemplo más claro es el siguiente: el no reconocimiento en Ecuador de una sentencia dictada por los Juzgados y Tribunales españoles sobre una pareja que contrajo matrimonio en Ecuador, trasladaron su residencia habitual a España y ahora pretenden divorciarse en nuestro país.

Antes de la última reforma del Código Civil de la República de Ecuador, si uno de los cónyuges era ecuatoriano, la disolución por divorcio del matrimonio contraído en Ecuador únicamente podía producirse por una sentencia pronunciada por jueces ecuatorianos. Ello traía como consecuencia una difícil situación jurídica para los ecuatorianos que residían en el extranjero y querían divorciarse. La norma del Código Civil ecuatoriano obstaculizaba que el matrimonio celebrado en Ecuador pudiera disolverse en el extranjero porque la sentencia extranjera de divorcio en ningún caso podía homologarse en Ecuador.

Ante esta situación, el ciudadano que ostentara la nacionalidad ecuatoriana por naturalización y deseara trasladar su residencia habitual a España, pudiendo por este motivo adquirir también la nacionalidad española, debía tomar conciencia de que era posible que la sentencia española que se pronunciara sobre su divorcio, no se reconociera, como tal, en Ecuador, su país de origen. Esta persona estaría divorciada en España y casada en Ecuador, lo que es muy grave.

A diferencia de ello, después de la última reforma del Código Civil de la República de Ecuador de 20 de noviembre de 1970, aprobada por el Pleno de la Asamblea Nacional de Ecuador el 21 de abril de 2015, la situación es algo distinta.

A partir de la misma, los jueces ecuatorianos serán, en exclusiva, competentes para dictar una sentencia de nulidad o de disolución por divorcio del vínculo matrimonial en el caso de que uno de los cónyuges sea ecuatoriano y existan hijos menores de edad o bajo su dependencia que residan en Ecuador.

La reforma debe valorarse de manera positiva por dos razones: la primera es que permite el acceso de los ciudadanos ecuatorianos a ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva porque los cónyuges sin hijos, con hijos mayores o no dependientes, o menores que no residan en Ecuador, podrán ver reconocida su sentencia extranjera de divorcio en su país de origen. La segunda razón es que se incorpora esa “excepción cumulativa” indicada con anterioridad con el único objetivo de sea el Juez ecuatoriano y no otro el que proteja y garantice los intereses de los menores.

No obstante lo anterior, el paso dado es importante aunque no definitivo porque, siendo Ecuador la tercera comunidad extranjera con mayor presencia en España, es necesario avanzar hacia una solución más decisiva, en la que los ciudadanos ecuatorianos que residen en nuestro país no se encuentren con las dificultades indicadas con anterioridad. Para ello, sería deseable que se incorporara una vía de solución convencional sobre la base de lo ya establecido en otros Tratados de doble nacionalidad firmados entre España y las Repúblicas Hispanoamericanas.

Desde este postulado, resultaría conveniente que las instituciones jurídico-familiares que los dobles nacionales ecuatorianos y españoles pretendan constituir en nuestro país (con independencia de que se acojan al Convenio, o no), puedan surtir efectos jurídicos en Ecuador, a menos que el reconocimiento de esta institución jurídico-familiar vulnere los principios en los que se inspira su orden público.

Bibliografía

- CADENA, C., “Pre diagnóstico sobre la apatridia en Ecuador”, *Revista Electrónica de Derechos Humanos*, N° 29, julio 2011, versión *on line*, pp. 1-40.
- CORDERO PONCE, S., “Estados plurinacionales en Bolivia y Ecuador. Nuevas ciudadanías, ¿más democracia?”, *Nueva Sociedad*, N° 240, 2012, pp. 134-148.
- DEL ÁGUILA, A., “Constituciones, ciudadanía y población indígena en los Andes: los casos de Bolivia, Ecuador y Perú”, *Politai: Revista de Ciencia Política*, vol. 5, N° 8, 2014, pp. 31-47.
- DIAGO DIAGO, M. P., “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 66, N° 2, 2014, pp. 49-79
- DIAGO DIAGO, M. P., “La prueba de la nacionalidad española y de la vecindad civil: dificultades en la determinación del régimen económico matrimonial legal”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 36, 2018, pp. 1-35
- GERSON HUAYAMAVE, G., “La Constitución ecuatoriana entre el multiculturalismo y la interculturalidad. Un análisis de su orientación”, *INNOVA Research Journal*, Vol. 2, N° 6, 2017, pp. 22-34.
- GONZÁLEZ MANRIQUE, L. E., “La inmigración latinoamericana: el caso de Ecuador”, *Economía exterior: estudios de la revista Política Exterior sobre la internacionalización de la economía española*, N° 50, 2009, pp. 93-106.
- MOYA TORRES, L. A., “Pluriculturalidad e identidad nacional en el Ecuador”, *Anuario de la Universidad Internacional SEK*, N°. 3, 1997, pp. 109-116.
- PALAO MORENO, G., “La ley aplicable al divorcio. El reglamento (UE)núm. 1259/2010, de 20 de noviembre (Roma III)” en HERAS HERNÁNDEZ, M. M (COORD.) *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 661-675
- SABIDO RODRÍGUEZ, M., “La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en Derecho internacional privado español”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 45, 2013, pp. 499-534.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *El divorcio internacional en la Unión Europea*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013.

VAQUERO LÓPEZ, M. C., “Cuestiones prácticas sobre el sistema de Derecho internacional privado europeo en materia de disolución del vínculo matrimonial”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, Nº 17, 2018.

UNA MIRADA REFLEXIVA A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO DEL RECONOCIMIENTO AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA NACIONALIDAD¹

*A REFLECTIVE LOOK AT THE CONSTITUTIONALIZATION OF INTERNATIONAL
LAW IN THE CONTEXT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO NATIONALITY*

John Eric Rhenals Turriago²
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

Este artículo pretende efectuar un análisis reflexivo a la denominada constitucionalización del Derecho Internacional, respecto a la nacionalidad o ciudadanía como derecho fundamental establecido en la Unión Europea y América, desde la corriente de la Filosofía del Derecho Constitucional, desarrollando en primer lugar un ejercicio de elucidación conceptual y, en el segundo nivel, un ejercicio de filosofía moral y política aplicada al fenómeno jurídico constitucional. Dinámica, que permitirá proponer desde lo filosófico y dogmático, escenarios para la liberación de las tensiones entre los regímenes de control y seguridad de los Estados y el reconocimiento y protección del derecho fundamental a la nacionalidad progresivamente consolidado por los sistemas constitucionales.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalización del Derecho Internacional, nacionalidad o ciudadanía, derecho fundamental .

ABSTRACT

This article intends to make a reflexive analysis of the so-called constitutionalization of International Law, with respect to nationality or citizenship as a fundamental right established in the European Union and America, from the current Philosophy of Constitutional Law, developing an elucidation exercise in the first place

¹ Artículo recibido el 10 de septiembre de 2018 y aprobado el 10 de enero de 2019.

² Doctorando del programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Rey Juan Carlos de España. Magister en Derecho de la Universidad del Norte de Barranquilla- Colombia. Ex decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Buenaventura de Colombia seccional Cartagena de Indias.

conceptual and, in the second level, an exercise of moral and political philosophy applied to the constitutional legal phenomenon. Dynamics, which will allow proposing from the philosophical and dogmatic, scenarios for the release of tensions between the regimes of control and security of States and the recognition and protection of the fundamental right to nationality progressively consolidated by the constitutional systems.

KEYWORDS: Constitutionalization of International Law, nationality or citizenship, fundamental right.

SUMARIO: Introducción. I. Justificaciones de la Filosofía del Derecho Constitucional II. La Iusfundamentalidad de la Nacionalidad : principales problematizaciones actuales de la teoría del derecho fundamental de la nacionalidad III. Los riesgos a la seguridad nacional frente a las restricciones del derecho a la nacionalidad y el derecho de los extranjeros. IV. La constitucionalización del derecho internacional: desde la filosofía del derecho constitucional como propuesta para liberar las tensiones y mantener los límites justos entre los regimenes de control a la libertad y la seguridad y el derecho fundamental a la nacionalidad. Conclusiones. Bibliografía.

* * *

Introducción

Cualquiera que sea la intención o enfoque que pretenda darsele a un estudio actual de los conflictos y tensiones entre los derechos fundamentales o humanos y su efectivo reconocimiento y protección, en el marco de la legislación internacional, requerirá de un metodico razonamiento que necesariamente deberá penetrar los orígenes y razones de aquellos fundamentos teóricos y demás referentes empíricos, que permitieron legitimar la vigencia de ordenes supranacionales que gradualmente han surgido desde el propio marco de los regimenes constitucionalistas domésticos, permitiendo el surgimiento de organizaciones que han dado cabida a la posibilidad de esquemas globales, que dan un importante crédito a la teoría de Habermas en relación a la existencia de “sociedades globales”, sin gobiernos globales” beneficiando el reconocimiento universal legítimo, válido y eficaz de los privilegios de la nacionalidad

como Derecho Fundamental Constitucional y Supranacional. Por otra parte, pese a que existen muchas tendencias que alegan la débil eficacia política, social y legal de los derechos fundamentales, en especial la nacionalidad, más allá de las fronteras soberanas de los Estados, otras corrientes son más enfáticas y optimistas en proponer que *“La falta de adaptación de la legislación interna a las obligaciones internacionales- cuando ello es necesario- genera la responsabilidad internacional del Estado” (...)* los derechos fundamentales, por ser los más vulnerables, requieren un mayor vigor operacional para alcanzar efectiva vigencia sociológica, por ende, en el plano interno -que es en el que se los materializa en última instancia- se fortalece la fuerza normativa de la Constitución que los alberga, cuando el Derecho Internacional *“acude en su auxilio a título de cobertura subsidiaria”*³

El tema central de este análisis, se enmarca en el abordaje de las *problematizaciones de la nacionalidad* como derecho fundamental, dado que hablar de la nacionalidad, en su naturaleza, alcances y nuevas nociones, es de cierta manera hacer referencia a todos los derechos humanos y fundamentales constitucionales, ya que en su totalidad lo tocan o llegan necesariamente a confluir en él. Sin embargo, se verificará como fue desde el *constitucionalismo democrático*, donde la nacionalidad, ahora más juiciosamente considerada desde una noción *universal de la ciudadanía*, ha venido logrando desde los procesos de integración regional y supranacional especialmente del modelo Europeo, decisivos precedentes de reconocimiento, protección y dignificación en favor del desarrollo legal del mundo en general.

I. Justificaciones de la Filosofía del Derecho Constitucional

Es prioritario desarrollar una reconstrucción argumentativa y articulada de orden filosófico, jurídico, político y social, frente al problema central propuesto en estas reflexiones -las tensiones entre el derecho fundamental a la nacionalidad y los regímenes de control y seguridad de los Estados y el reconocimiento y protección de las libertades individuales-, desde el origen, naturaleza, desarrollo y vigencia de una *teoría de los Derechos Fundamentales*, y para estas finalidades se hace necesario

³ Germán José Bidart Campos “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp.458.

apoyarnos, en una corriente científica que vertiginosamente ha ido adquiriendo un importante protagonismo y consolidación, en relación a las problemáticas filosóficas que surgen de los temas fundamentales del Derecho Constitucional como son las problematizaciones en torno a la nacionalidad que motivan este estudio. Estos problemas o nociones básicas, claramente han sido identificados por Fabra⁴, partiendo de cuestionamientos fundamentales tales como: “¿Que es una Constitución? ¿Cuándo es legítima?, ¿Qué tipo de normas tiene una Constitución? ¿Es solo posible pensar en la existencia de unas constituciones o normas constitucionales dentro y fuera del Estado-nación? ¿O podemos hablar hoy de un constitucionalismo transnacional o incluso global?”. Siendo precisamente, esta serie de interrogantes y otros núcleos problemáticos relacionados del cual se vienen ocupando significativos filósofos, teóricos y juristas realmente interesados por presentar una novedosa visión revitalizadora de la naturaleza del derecho y el Estado, lo que ha conllevado a demarcar estos escenarios bajo la denominación de una filosofía del Derecho Constitucional, propuestas determinantes frente al análisis que se propone.

Los aportes que realizan los tratadistas que se vinculan a una filosofía del Derecho Constitucional, configuran en su esencia el objeto de estudio del presente artículo respecto de la nacionalidad y sus vicisitudes, pretendiendo identificar los argumentos que desde este enfoque del derecho constitucional, conllevan a su reconocimiento y protección como privilegio vital del ser humano, desde lo que juiciosamente consideramos una “*visión trilematica*” retomando las nociones analíticas expuestas por Mejía Quintana (el debate trilemático entre legitimidad, lo político, la validez el derecho y la eficacia de lo sociológico) que necesariamente, implica la formulación de la siguiente hipótesis de trabajo, que las tendencias de la filosofía del Derecho Constitucional, perfectamente pueden llegar a conciliar en nuestro criterio :

“la problematización de las relaciones entre legitimidad, validez y eficacia” permitirían determinar democráticamente los medios de validez social e instrumental que finalmente propicien, en términos de integración social, la eficacia de los sistemas, esto es, del Estado democrático de derecho”⁵

⁴ Jorge Luis Fabra Zamora. Filosofía del Derecho Constitucional: Cuestiones fundamentales. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie versiones de autor. 2005, núm.4 pp. 1-13

⁵ Mejía Quintana. “Teoría política, democracia radical y filosofía del Derecho, legitimada, validez y eficacia en el pensamiento del contemporáneo. Editorial Temis S.A. Bogotá- Colombia 2005

En palabras del citado autor⁶, la hipótesis propuesta debe permitirnos interpretar como la “Legitimidad, validez y eficacia, de una parte, filosofía política, teoría del derecho y sociología jurídica, constituyen tres problemáticas y tres ámbitos disciplinarios que tienen que poder ser *articulados horizontal y verticalmente, estructural y sistémicamente desde una sola reflexión epistemológica*. Y aunque la autonomía epistemológica de cada cual es un reflejo de su autorreferencia societal, cada cual integra, como el derecho lo ha podido hacer desde el problema de la validez, las otras problemáticas, ámbitos y reflexiones con el objeto de lograr una observación de sí mismos y de sus respectivos entornos más amplia y, a través de ello, una adaptación más adecuada a la cada vez más creciente complejidad de la sociedad contemporánea”⁷.

De esta manera, la filosofía del Derecho Constitucional pretende desde su perspectiva transdisciplinar incorporar estas reflexiones al reconocimiento de los derechos fundamentales, en nuestro caso para el derecho a la nacionalidad o los privilegios de una *ciudadanía universal*, reestructurando y recuperando sus pilares desde lo que Alexy ha desarrollado como una *validez triádicamente*⁸: la validez tiene que ser concebida como validez jurídica, validez moral y validez social. Las tres dimensiones constituyen un concepto integral de derecho, sintetizando de tal forma una dimensión de justificación moral, de legitimidad y de eficacia que, aunque presentes en las reflexiones tempranas de la teoría jurídica, lentamente fueron desplazadas por el énfasis que se le diera al problema de la validez, concebido en términos meramente epistemológicos y no ontológico-sociales.

⁶ Mejía Quintana, en su estudio titulado “La tensión epistemológica entre la filosofía del derecho y la teoría jurídica. Hacia una teoría crítica del derecho Revista Filosofía UIS, Vol. 15, No. 1, *enero-junio de 2016* pp. 107-136. Sobre este análisis, amplia lo siguiente: “En efecto, Habermas relaciona y articula de manera complementaria e integral tres dimensiones que la filosofía práctica y el pensamiento social habían disgregado: el de la legitimidad política (incluido en ella el de la justificación moral), la validez jurídica y la eficacia social. El estado democrático de derecho como categoría iusfilosófica supone tres momentos que deben ser considerados en su autonomía, por supuesto, pero también en su interdependencia recíproca. Por su posición omnimediatra en la sociedad moderna, el derecho es el único instrumento y el ámbito social exclusivo desde el cual replantear la integración social y reconstruir los presupuestos de legitimidad que fundamenten de nuevo el lazo social desintegrado”.

⁷ Mejía Quintana. “Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho.” Humanitas (No. 33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos (Universidad Autónoma de Nuevo León), 2006.

⁸ Robert Alexy: “La validez del derecho”, en *Concepto y Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994, pp. 87-122. “La validez del derecho implica, en primer lugar, una **validez jurídica** que supone que la norma es dictada por órgano competente y según un procedimiento previsto; en segundo lugar, una **validez moral**, que supone que la norma está moralmente justificada y el sistema posee una pretensión de corrección en caso de normas injustas, y, en tercer lugar, una **validez social**, que supone que la norma vale socialmente porque es obedecida, y en caso de desobediencia se aplica una sanción.”

Desde las acotaciones expresadas, entendemos que determinadamente el *derecho internacional viene asimilando un proceso de constitucionalización*, fenómeno factible de percibirse pedagógicamente, para poder construir desde los actuales escenarios de interacción del derecho global de las naciones, la inevitable exaltación de los derechos fundamentales constitucionales de los pueblos, mediante la verdadera validación del derecho, como acertadamente lo expuesta Alexy:

“La validez del derecho implica, en primer lugar, una validez jurídica que supone que la norma es dictada por órgano competente y según un procedimiento previsto; en segundo lugar, una validez moral, que supone que la norma está moralmente justificada y el sistema posee una pretensión de corrección en caso de normas injustas, y, en tercer lugar, una validez social que supone que la norma vale socialmente porque es obedecida y en caso de desobediencia se aplica una sanción”⁹

II. La Iusfundamentalidad de la Nacionalidad : Principales problematizaciones actuales de la teoría del derecho fundamental de la nacionalidad.

Determinada la identidad y pertinencia de una Filosofía del Derecho Constitucional como verdadera ciencia, cuyo objetivo es presentar las “*múltiples nociones iusfilosóficas que influirán en el modo de concebir y operar el derecho constitucional*”¹⁰ en lo concerniente al pragmatismo, legitimidad y moralidad que esta rama del derecho debe asumir, frente a las evidentes problemáticas que emergen entre el derecho nacional, internacional y los derechos fundamentales. Se hace apenas necesario, justificar a partir de este paradigma la vigencia y operatividad de una teoría de los derechos fundamentales dentro de su reconocimiento internacional o transnacional.

En el ámbito de la definición del derecho, las nuevas formulaciones del positivismo proponen repensar el concepto de derecho a partir de sus remisiones a la moral, introduciendo así en el seno del derecho el razonamiento en torno a valores. Por ejemplo, el llamado *soft positivism* –utilizando de forma genérica la terminología que

⁹ Robert Alexy, “La validez del derecho” en *Concepto y Validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 1994, pp. 87-122.

¹⁰ Santiago Carlos Niño: “Fundamentos del derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politólogo de la práctica constitucional. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, 1992.

acuñara Hart— señala la presencia en el derecho de *preceptos morales* que a su vez introducirían en el derecho el razonamiento propiamente moral¹¹.

En el desarrollo de estas tendencias, las *cartas constitucionales* progresivamente fueron incorporando otra naturaleza de contenidos en sus estructuras (verbigracia, temáticas relativas a la economía, al régimen de responsabilidades de los funcionarios, a los aspectos territoriales, las libertades individuales y colectivas, entre otras), sin perder de vista *los fundamentos básicos y articulación de los derechos fundamentales* de las personas, así como la segmentación de soberanía y la jurisdicción.

Los estudios expuestos por Carbonell¹², logran con amplia claridad explicar las importantes y concluyentes relaciones entre los institutos: *democracia, constitución, derechos humanos y derechos fundamentales*, valiéndose para ello del concepto “*juridificar*” indicándonos que: “Los derechos humanos son la expresión de valores tan democráticos como la igualdad, la libertad, la seguridad jurídica, los derechos de los pueblos, la tolerancia religiosa, etcétera. Al establecer en la Constitución una lista de derechos fundamentales, lo que en realidad estamos haciendo es “*juridificar*” la democracia: darle forma jurídica y otorgarle de esa manera sustancia y contenido. De esta visión, se puede afirmar que los conceptos de democracia y de constitucionalismo se nutren recíprocamente y depende uno de otro. El constitucionalismo juridifica la democracia y le da forma expresa a través de la normatividad jurídica. La democracia, por su parte, es el régimen que hace posible que se materialicen en la práctica los valores de libertad, igualdad y seguridad jurídica que conforman la columna vertebral del constitucionalismo.

Solo desde la óptica expuesta, puede asegurarse que *los derechos fundamentales* son límites frente al poder de decisión que tiene una mayoría social, transitoriamente en los poderes públicos representativos. El respeto a la autonomía de todos, que es uno de los valores más importantes que tutelan los derechos fundamentales, exige que la mayoría no traspase los límites y vínculos que fijan los derechos fundamentales. En esto se muestra con claridad la confluencia entre Constitución y democracia, una confluencia que desde luego puede generar tensiones y dilemas, pero que ofrece innegables ventajas para el

¹¹ Para ver de qué manera se produce esta remisión del razonamiento jurídico al razonamiento moral se hace necesario distinguir, en primer lugar, entre los distintos tipos de positivismo incluyente o incorporacionista a que ha dado lugar la teoría filosófico-jurídica.

¹² Miguel Carbonell: “Derechos fundamentales y democracia”. Primera edición. Instituto Federal Electoral México, D. F. 2013.

desarrollo de los proyectos de vida de todas las personas que estén en el territorio de los Estados constitucionales contemporáneos.

Como consecuencia de todo lo dicho, es menester reconocer y abordar algunas de las *actuales problematizaciones* que enfrenta la teoría del derecho fundamental de la nacionalidad y las tensiones con los regímenes de control y seguridad de los Estado, de las cuales destacamos los siguientes núcleos temáticos:

- La nacionalidad: ¿un estatus jurídico de la persona o un derecho inherente *per se* frente al instituto de la protección diplomática?

El hecho de tratar de abordar y analizar las implicaciones de considerar la nacionalidad como un verdadero *estatus jurídico* o un *derecho inherente* de cualquier persona natural o jurídica, conlleva necesariamente a la formulación de un primer cuestionamiento, que surge respecto a las relaciones y tensiones que han existido y existen en la actualidad, entre la teoría de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales Constitucionales, y el mecanismo de la protección diplomática. Proponemos este cuestionamiento en estos términos: ¿La protección diplomática, es un instrumento de poder para los Estados ricos y civilizados en contra de las naciones débiles? Helena Torrajo Mateu,¹³ nos informa en primea instancia que las relaciones internacionales fueron modulando y perfilando el contenido de esta institución, teniendo presente la tensión de dos intereses opuestos “*el del Estado del nacional que alega un derecho a proteger al particular y el del Estado que supuestamente, ha producido el daño*”.

Pero lo que en realidad pretendía, examinado históricamente este instituto, se resume en el interés de los Estado en proteger su soberanía e independencia. Resultando, precisamente de esta limitación los requisitos y condiciones que la costumbre internacional estableció como exigencia para poder activar este derecho (la existencia del vínculo nacionalidad del particular con la nación reclamante, el agotamiento de los recursos internos y la conducta correcta del particular). Solo hasta 1928, el árbitro *Max Huber* en su célebre fallo del 4 de abril del mismo año, al resolver el asunto de la Isla de Palmas, identificando la realidad de los alcances jurídico políticos del concepto de soberanía frente a la ineludible humanización de la figura, determinó como apertura de

¹³ Helena Torrajo Mateu. “El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática” Bosch editor, SL. Barcelona. España, 2007.

esta tensión que “ la soberanía implica derechos y deberes , y de ahí que la tensión dialéctica entre soberanía de los Estados, de una parte, y los derechos humanos, de otra, se resuelva hoy de la siguiente forma: *por ser soberanos, los Estados tienen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos respecto de la comunidad internacional en su conjunto* ¹⁴”.

El antecedente jurisprudencial anterior, permitiría que posteriormente, se encomendara al Comité de Expertos para la Codificación progresiva del Derecho Internacional (establecido en el marco de la Naciones Unidas en 1924) el estudio de la responsabilidad de los Estados por daños causados en sus territorios a la persona o bienes de los extranjeros, proceso liderado por el entonces Relator especial Guerrero quien para los efectos elaboró un informe que fue favorablemente acogido por la mayoría de Estados¹⁵.

Este orden de acontecimientos históricos, permiten hoy entender que la capacidad para reclamar la protección diplomática frente al reconocimiento de la personalidad internacional de los individuos es considerada ¿una legitimación activa solo a favor de los Estados, pese al reconocimiento actual de los derechos humanos universales de los sujetos y del reconocimiento de los Derechos Fundamentales dentro del constitucionalismo democrático? A lo largo del estudio del informe dado por el Relator, hemos considerado necesario, referirnos a este tema, del cual pese a existir en nuestra consideración, muy poco o nulo avance hasta nuestros días, es vital para entender la necesidad de concebir este mecanismo como elemento esencial de protección de los derechos humanos y fundamentales de los extranjeros y nacionales. El tema no es nuevo en las discusiones de las que hemos hecho mención, como el mismo informe del relator lo señala¹⁶, los antiguos juristas del Tribunal permanente de Justicia internacional Loder

¹⁴ Énfasis que hemos tomado del Laudo Arbitral de Max Huber en el caso de Isla Palma entre E.E.U.U. y los países bajos de abril 4 de 1928. Son precisamente estos los motivos, por los cuales el Derecho internacional contemporáneo ha hecho tránsito, en lo que refiere a la divulgación y protección de los derechos humanos, del principio ancestral de no intervención al principio opuesto del deber de injerencia de la comunidad internacional respecto de las situaciones de violaciones graves y masivas de derechos humanos fundamentales, al menos, al derecho de todos los grupos humanos que sufran la violación sistemática y grave de sus derechos fundamentales a la asistencia humanitaria por parte de la comunidad internacional.

¹⁵ Esta propuesta fue presentada en la Asamblea de la Sociedad de Naciones, el 13 de marzo al 12 de abril de 1930)

¹⁶ El mismo relator informa que la figura como tal si estuvo vigente, claro está que con otras particulares expresando: “En la proyectada Corte Internacional de Presas (1907) se permitía el acceso directo a los particulares dentro de los casos y condiciones previstos en la Convención 105. En la Corte de Justicia Centroamericana, que funcionó en Cartago, Costa Rica (1907-1917), los particulares de cualquiera de los

y de la Pradelle habían sugerido que se concediera competencia a esta instancia “para conocer de controversias entre Estados y particulares, y que se permitiera a éstos el acceso directo a dicho Tribunal.” Uno de los argumentos que se opusieron a la idea se refería al aspecto general de la cuestión: *las controversias internacionales son litigios entre Estados porque los particulares no son sujetos de derecho internacional*¹⁷.”

No obstante, hoy día es menester reconocer la transformación de la soberanía del antiguo concepto absolutista, a la noción presente relativista construida por la necesidad de las relaciones interestatales, prueba de esta realidad es la jerarquía adquirida de los tratados internacionales, respecto del derecho interno de cada estado parte de las convenciones. Por eso, es factible concluir que cualquier concepto actual de soberanía, debe estar necesariamente determinado por el desarrollo del sistema constitucional que categoriza la importancia del derecho a la nacionalidad y a una eventual ciudadanía universal, atendiendo a la proyección que el mismo tiene en el panorama internacional.

La conclusión expuesta encuentra fundamentos en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde en sentencia de 15 de febrero de 2017, donde el * caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador. Este Tribunal, declaró responsable internacionalmente al Estado del Ecuador por: i) la desaparición forzada de Jorge Vásquez Durand; ii) la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de Jorge Vásquez Durand, María Esther Gomero Cuentas, Jorge Luis Vásquez Gomero y Claudia Esther Vásquez Gomero, y iii) la violación del derecho a la integridad personal de María Esther Gomero Cuentas, Jorge Luis Vásquez Gomero y Claudia Esther Vásquez Gomero. Es decir, por crímenes del Derecho Internacional, que tienen su reconocimiento interno en la respectiva constitución política¹⁸.

cinco países podían "... iniciar cuestiones contra el gobierno de otro por violación de tratados o convenciones y en los demás casos de carácter internacional, sea que su propio gobierno apoyara o no dicha reclamación y con tal que se hubieren agotado los recursos que las leyes del respectivo país concedieran o se demostrare denegación de justicia". Pero la expresión más significativa de esta práctica la constituye el locus standi que se confirió a los particulares ante los tribunales arbitrales que se crearon de conformidad con los Artículos 297 y 304 del Tratado de Versalles (1919-1920), y especialmente la situación, mucho más independiente, en que se hallaron ante el Tribunal de Arbitraje para la Alta Silesia, creado por la Convención germano polaca de 15 de mayo de 1922.

¹⁷ Cita que reiteramos, hemos tomado textualmente por su importancia, del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, donde se informa que, en la Asamblea General de 7 de diciembre de 1953, de referencias bibliográficas y documentales hechas directamente por el Relator Especial. (en este punto especial cita a Arturo Ricci-Busatti, del Barón Des-amps y de Raúl Fernández, Procès-verbaux des séances du Comité des juristes (La Haya, 1920), págs. 208, 209 y 215, respectivamente).

¹⁸ De acuerdo al contenido de la citada sentencia. Los registros migratorios indican que el señor Vásquez Durand salió de Ecuador el 30 de enero e ingresó al Perú ese mismo día, sin que se hubiera registrado un posterior reingreso al Ecuador. No obstante, de acuerdo a información recibida por su esposa, el mismo 30

En aras, entonces de dar respuesta al cuestionamiento preliminarmente formulado, esto es, sí la nacionalidad es ¿un estatus jurídico de la persona o un derecho inherente *per se* frente al instituto de la protección diplomática? Podemos afirmar, que la institución de la protección diplomática ha sido una figura *eminente política*, sin desconocer la importancia de los precedentes judiciales que han intentado alejarla de esa influencia, de ese retrogrado concepto, que la enmarca exclusivamente sobre las nociones de *soberanía* y *seguridad*, para evitar la intervención de los otros estados en las situaciones domésticas de otras naciones. Esta concepción ha perdido vigencia, en razón a los abusos de los países poderosos que la han desgastado y menguado en su credibilidad.

- El derecho a la nacionalidad y la sentencia TC/0168/13 del Tribunal Constitucional del República Dominicana: un caso de privación arbitraria de la nacionalidad, principalmente a personas dominicanas de ascendencia haitiana (la *desnacionalización* y *apátrida* en República Dominicana).

El Informe Ejecutivo sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Doc. 45/15 del 31 diciembre 2015¹⁹ reportó textualmente lo siguiente:

“Dicha sentencia redefinió, con efectos retroactivos, el criterio para adquirir la nacionalidad por aplicación del principio de *jus soli*, al dar nueva interpretación al concepto de extranjeros en tránsito, equiparando este concepto con el de extranjero en situación irregular. (...) el Tribunal modificó retroactivamente la interpretación dada a los “extranjeros en tránsito” en las constituciones dominicanas vigentes entre 1929 a 2010, las cuales establecían dicha categoría como una limitación para adquirir la nacionalidad por *jus soli*. (...), el Tribunal determinó que a pesar de que la persona recurrente había nacido en territorio dominicano y de que había sido registrada por las autoridades competentes como tal en un momento en que la Constitución reconocía el *jus soli* como forma para adquirir la nacionalidad, la nueva interpretación de “extranjeros en tránsito” la privaba del derecho a la nacionalidad dominicana.”

de enero el señor Vásquez Durand cruzó nuevamente al Ecuador para trámites de migración e internación de su mercadería y, “en circunstancia de que se aprestaba a sellar su pasaporte en Migración [e]cuatoriana”, habría sido detenido por miembros del Servicio de Inteligencia ecuatoriana. Además de esta información, otro ciudadano peruano que también habría sido detenido durante el conflicto armado, declaró haber visto al señor Vásquez Durand “[b]astante decaído” en el cuartel militar Teniente Ortiz por lo menos hasta junio de 1995.

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana Doc. 45/15 del 31 diciembre 2015. Disponible en <http://www.oas.org>

El citado informe, da cuenta de los nocivos efectos contra los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales Fundamentales de una población de nacionales de esa República, que pese a contar con todos los documentos respectivos que acreditaban tal condición, por disposición supralegal pasaron a perder el estatus adquirido. La sentencia TC/0168/13 decreto sin más ambages, “el traspaso administrativo de todas las actas de nacimiento de personas nacidas en territorio dominicano hijos de “extranjeros en tránsito” desde 1929 a 2007 hacia libros de registro de nacimientos de extranjeros, despojando injustamente de su nacionalidad a un número muy significativo de personas que gozaban de la nacionalidad dominicana”²⁰, promoviendo esta decisión constitucional sin antecedentes, la situación de apátridas de esa población, al ser catalogados plenamente como extranjeros pese a ser oriundos de la nación dominicana y tener “legalmente” los documentos de identidad que así lo indicaban.

Este fenómeno también ha sido denominado por la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos como “*la desnacionalización y apátrida en República Dominicana*”. De otra parte, Amnistía Internacional en resumen ejecutivo de 2015²¹, catalogo este drama humanitario bajo la consigna “Sin papeles no soy nadie” personas apátridas en la república dominicana”, en este documento profundizando sobre los alcances de esta decisión expone el siguiente contexto:

“Aunque las autoridades dominicanas nunca hayan reconocido que la sentencia 168-13 ocasionó apatridia masiva, el presidente y otros cargos públicos han dado señales de cierto nivel de conocimiento de las graves repercusiones de la sentencia en la vida de los afectados. En mayo de 2014, el Congreso aprobó la Ley 169-14 en respuesta al aluvión de críticas que recibió dentro y fuera del país. Aunque fue un paso en la dirección correcta, no garantizaba la restitución automática de la nacionalidad dominicana a todas las personas que se habían visto privadas de ella arbitrariamente en aplicación de la sentencia 168-13.1 La Ley dividía a los afectados en dos grupos: las personas que en algún momento habían sido inscritas en el Registro Civil Dominicano (“Grupo A”) y aquellas cuyo nacimiento nunca había sido declarado (“Grupo B”). La Ley reconocía que las personas del Grupo A podían ser formalmente reconocidas como dominicanas, pero no sin antes someterse a un proceso administrativo que realiza la Junta Central Electoral, la

²⁰ *Ibidem*.

²¹ “Sin papeles no soy nadie” personas apátridas en la república dominicana. Amnesty International Publications. Publicado originalmente en 2015 por Amnesty International Publications International Secretariat. Disponible en <https://tbinternet.ohchr.org>

misma institución que en años anteriores intentaba impedir su acceso a los documentos de identidad.”²²

El origen de este conflicto, tiene su punto de inicio con la expedición de la nueva Carta Política Dominicana, cuya vigencia empezó a regir desde el 26 de enero de 2010, la Carta Magna aumento las restricciones para obtener la nacionalidad dominicana. Verbigracia, a los infantes naturales de esta nación, de inmigrantes irregulares se les negaba el derecho automático a la nacionalidad dominicana.²³ Antecedentemente, las únicas personas nacidas en el país que no tenían derecho a la nacionalidad dominicana eran los hijos de representantes de misiones diplomáticas y los hijos de “extranjeros en tránsito”.

Tendencias hermenéuticas de orden jurídico en la República Dominicana, que tomaron como referentes constituciones anteriores, optaron por limitar la categoría de extranjeros en tránsito a las personas que llevaban menos de 10 días de estancia en el país, en consecuencia los infantes nacidos en dicho Estado, hijos de progenitores haitianos reconocidos legalmente como ciudadanos y quienes se les había expedido certificado de nacimiento, cédula de identidad y pasaporte dominicanos, independientemente de la situación migratoria de sus progenitores, al menos en la inmensa mayoría de los casos les fue despojado este derecho humano y fundamental.

Sin admitir debate alguno, los Estados tienen derecho a instituir postulados respecto de los condicionamientos para obtener la nacionalidad, pero esta potestad o libertad debe ejercerse dentro de los lineamientos del derecho internacional, de los derechos humanos y las prerrogativas constitucionalmente y democráticamente reconocidas. De forma puntual, las leyes y prácticas del respectivo país, no deben infringir el principio a no sufrir discriminación ni el compromiso de evitar la apatridia, precedente claramente fijado en el caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana de la Corte interamericana de derechos humanos en la sentencia de 8 de septiembre de 2005²⁴.

²² *Ibidem*.

²³ Artículo 18.3 de la Constitución de la República Dominicana de 2010.

²⁴ Sobre el particular, se hace necesario referirnos al caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana de la Corte interamericana de derechos humanos en la sentencia de 8 de septiembre de 2005, en dicha sentencia como importante precedente la Corte determino: “La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos⁹⁵. Además, los Estados deben combatir las prácticas

Algunos seguramente, objetaran lo ilusorio de anterior ideal, no obstante, a pesar de la debilidad pragmática de la realidad universal de la protección internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en numerosos casos -como los que recordamos- la comunidad internacional, conmovida ante la gravedad de las violaciones y ante su propia impotencia (fruto de su inmadura estructura), ha logrado superar las diferencias interestatales, reconociendo que ciertos derechos del hombre tienen validez universal²⁵. Ello se da, tal como lo señala Martínez Paz, en el marco de la permanente reformulación de las coincidencias fundamentales, reformulación que garantiza la unidad, la integración y la continuidad necesaria para la existencia de la sociedad internacional. La construcción del mundo jurídico, presupone actitudes para la conquista de la justicia, lo que implica una revisión constante²⁶, permanente de las instituciones, con visión pluralista, abierta, pero en el caso bajo revisión, con un núcleo de valor no discutible reconocido: el valor de la vida humana.

III. Los riesgos a la seguridad nacional frente a las restricciones del derecho a la nacionalidad y el derecho de los extranjeros.

El legislador doméstico a la hora de establecer un determinado sistema de extranjería no está sometido, en principio, a ninguna mediatización por parte del legislador internacional. Nos movemos en este ámbito dentro de las competencias exclusivas del Estado consecuencia del principio de la *soberanía territorial*. La soberanía del Estado en la formación de un determinado ordenamiento de extranjería puede considerarse, así como la pieza maestra del sistema de fuentes en este sector. Ello obliga a admitir como punto de partida que no existe en esta materia una vinculación directa entre Derecho internacional público y Derecho de extranjería. No obstante, debe de admitirse también que la libertad del Estado no es absoluta pues, en el contexto de *la cooperación internacional*, el legislador ha de tener en cuenta a la hora de elaborar su

discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

²⁵ -Ello lo podemos observar, no sólo en los ejemplos de Namibia, Paquistán, Bosnia, Kosovo, precedentemente referidos, sino también en la voluntad de juzgar a los criminales de la Primer Guerra Mundial (de conformidad a los art. 227 a 230 del Tratado de Versalles de 1919) y la constitución del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg (de conformidad al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945). Debemos tener presente que los "Principios de Nuremberg" (art. 6 a 8 del Estatuto del Acuerdo de Londres de 1945 y la sentencia de 1 de octubre de 1946) han sido reconocidos como normas consuetudinarias de alcance general.

²⁶ Martínez paz, f.- *El Mundo Jurídico Multidimensional*, Advocatus, Córdoba, 1996, p. 20 y sgtes.

sistema los compromisos internacionales. Sentado esto, debemos de apresurarnos en señalar que existen numerosos obstáculos a la hora de precisar la existencia de una norma internacional que fije los límites exactos que cada Estado tiene en la elaboración de un sistema de extranjería.

Al admitir en su territorio a nacionales de otros Estados, el Derecho internacional general impone ciertas obligaciones al Estado en función de este hecho, de suerte que constituyen auténticas limitaciones a su soberanía legislativa. De esta forma, surge un bloque normativo denominado “*Derecho de extranjería*” que cuenta con una doble proyección, interna e internacional. En el plano interno el Derecho de extranjería comporta un conjunto de normas materiales por las cuales se atribuye al no nacional un determinado estatuto jurídico en el ordenamiento del Estado que lo acoge. Este estatuto jurídico se configura, sin embargo, con una notable intervención de las normas internacionales²⁷. Por ello, desde la perspectiva internacional, el Derecho de extranjería es el conjunto de normas que obligan al Estado a conceder un cierto trato a los extranjeros que se hallan en su territorio respecto a su persona, sus bienes y sus actos y relaciones jurídicas. Mas la acción del Derecho internacional general, estableciendo unos principios rectores que condicionan el obrar de los Estados no agota el ámbito de los límites del Derecho de extranjería.

Frente a los antecedentes anteriores, surge un nuevo escenario de problematizaciones respecto a las nociones del derecho fundamental a la nacionalidad, (paralelo a la temática de la cual hicimos referencia anteriormente, en lo relacionado con las Listas Internacionales Vinculantes (Lista Clinton o del tesoro nacional de los Estados Unidos), aunque no del todo reciente), se trata de los *continuos enfrentamientos entre el denominado principio de seguridad nacional y la nacionalidad como tal, llegando a involucrar a los derechos de los extranjeros*. Uno de estos casos, lo configura la experiencia de un sacerdote ortodoxo ruso que llevaba viviendo en Chequia más de dos décadas, quien en virtud de tal circunstancia solicitó dicho gobierno la naturalización checa. La petición le fue denegada argumentándosele razones de seguridad nacional. Ante la imposibilidad de apelar esta decisión, el ciudadano ruso llevó el caso al Tribunal Constitucional de República Checa. En su pronunciamiento final, el juez constitucional,

²⁷ Dentro de la literatura contemporánea sobre esta materia se destaca la obra de M. Tamburini, *Trattamento degli stranieri e buona fede nel diritto internazionale generale*, Pádua, Cedam, 1984.

determino que la ley de Nacionalidad contra la que protestaba el interesado se encontraba en orden y que, en consecuencia, no existían motivos para su modificación.

En otro caso distinto en sus motivos al anterior, pero similar en lo que refiere a la vulneración del derecho fundamental tanto a la ciudadanía, como a la propia nacionalidad, implicando el desconocimiento inclusive del derecho fundamental a un debido proceso dentro del propio territorio nacional, sucedido en el 2010, una niña de seis años descubrió que figuraba en la lista de sospechosos de terrorismo de EE UU cuando volaba junto a sus padres de Cleveland (Ohio) a Minneapolis y se le comunicó que no podía subirse al avión. La aerolínea Continental, informó a los padres de que su hija mayor, Alyssa Thomas, figuraba en la lista del Departamento de Seguridad Nacional de pasajeros a los que se prohíbe volar por tener posibles o probados vínculos con el terrorismo en todo el territorio de los Estados Unidos de Norteamérica. Perplejos, los padres de Alyssa argumentaron que no podía ser que una niña de seis años figurara en esa lista.

El gobierno estadounidense respondió luego en una carta a los padres de Alyssa que el infante seguirá figurando en la lista y que no proporcionará información sobre los datos que tienen sobre ella o sobre otra persona con el mismo nombre.

Los casos mencionados nos llevan a considerar lo expresado por Irwin Cotler, quien indica que de manera similar : *“la legislación ha sido caracterizada, sino algunas veces descaracterizada, en términos de seguridad nacional vs libertades civiles en análisis sum cero cuando lo que está envuelto aquí es la legislación “seguridad humana” que pretende proteger ambos seguridad nacional y libertades civiles”*²⁸ Si bien se reconoce que a raíz de los atentados del 11 de setiembre de 2001 –y los posteriores en Inglaterra y España– diversos países dieron mayor prioridad a la seguridad nacional y modificaron sus normas, especialmente en temas de terrorismo internacional. Cotler entiende que se debe tener un nuevo enfoque sobre el terrorismo que hoy tiene alcance global, ha trasgredido las fronteras y posee nuevas estrategias que difieren del terrorismo tradicional contra el cual se habían enfrentado los países; y que por lo tanto, se debe aprobar una nueva legislación capaz de enfrentar este nuevo fenómeno²⁹.

²⁸ COTLER; Irwin. Thinking Outside of the Box: Foundational Principles for a Counter-Terrorism Law and Policy. En: Daniels, Ronald; Macklem, Patrick; Roach, Kent (eds.). The Security of Freedom. Essays on Canada’s Antiterrorism Bill. Toronto: University of Toronto Press Incorporated, 2001, p. 112.

²⁹ Igualmente, no es posible olvidar que La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Convenio internacional sobre Derechos civiles y políticos, en la Convención Europea de Derechos

Cotler considera, además, que bajo el concepto de seguridad humana se puede permitir la emisión de normas contra el terrorismo, las cuales descansan en la seguridad que brindan a los ciudadanos, y por ello con dichas normas se protege implícitamente a los ciudadanos, en especial sus derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad. Esto nos lleva a la idea que no se podría enfrentar una colisión entre la seguridad nacional y los derechos humanos *que conlleve a la ponderación*. Sin embargo, en esta posición no se considera que con la emisión de estas normas se pueda afectar derechos fundamentales como el derecho a la privacidad, a la libertad de expresión, a la intimidad y tantos otros. Inclusive, con esta posición no se resuelve el conflicto entre los derechos fundamentales y la seguridad nacional, sino que se privilegia las normas sobre seguridad nacional y se busca justificar la acción del gobierno en este campo.

Cabe recordar, en adición a lo antes señalado, que cuando señalamos las características de un Estado de Derecho, una de ellas fue la plena vigencia de los derechos humanos. Y si bien se entiende que la seguridad nacional opera como un limitante a los derechos humanos, es necesario establecer criterios para actuar cuando procede este limitante o cuando no. De ahí la importancia de establecer criterios o pautas que nos ayuden a resolver este conflicto entre derechos y seguridad nacional.

IV. La constitucionalización del derecho internacional: desde la filosofía del derecho constitucional como propuesta para liberar las tensiones y mantener los límites justos entre los regímenes de control a la libertad y la seguridad y el derecho fundamental a la nacionalidad.

En el Estado constitucional tradicional es el pueblo el que establece la Constitución como ley superior a fin de hacer valer su suprema autoridad frente a la de los gobernantes, Por ello, y en virtud de su propia naturaleza, la titularidad del Poder constituyente corresponde al pueblo y *los poderes constituidos tienen su fundamento y*

Humanos y en la propia Carta Magna Colombiana de 1991, se encuentran en común los siguientes principios :

1. El Estado de Derecho, para merecer tal nombre, tiene la obligación de proclamar los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos y de crear las instituciones y procedimientos necesarios para que tales derechos y libertades sean respetados y puedan ejercitarse.
2. El Estado de Derecho debe garantizar a los ciudadanos un marco de seguridad razonable que haga posible el desarrollo de sus vidas y actividades en forma pacífica y que ampare con eficacia el ejercicio y disfrute de sus derechos y libertades.

legitimación en la Constitución. Se manifiesta entonces que la soberanía pasó del pueblo al constituyente y de éste a la Constitución. No obstante, a partir de la segunda mitad del siglo XX esta concepción de gobierno se renueva, a través de *la redistribución del poder y de las competencias que, de los Estados, pasan a colectividades supraestatales comunitarias que reciben una parte de los poderes soberanos.*

La integración se encaja, pues, en la fórmula política y determina la identidad constitucional. Puede entonces hablarse de un *principio de integración que acompaña ahora a los principios fundacionales del Estado constitucional.* Por ello, la efectividad del principio de integración menoscaba gravemente otros principios como el de la soberanía nacional o el de la supremacía constitucional³⁰. A partir de la aprobación de los tratados por los que los Estados se relacionan en Comunidades se supera el marco perimetral de lo nacional como espacio de desarrollo económico, social y cultural, lo que se percibe también en la política y en las nuevas fórmulas jurídicas por las cuales se ejecutan esos cambios. En este orden, los Estados le han otorgado a la Comunidad regional competencias de naturaleza explícitamente política, en cuestiones que pertenecían al dominio reservado de los Estados, por ser entendidos como atributos esenciales de la soberanía tales como la política económica y monetaria.

La integración implica la participación de los Estados nacionales en una estructura política superior que significa *la transferencia de competencias y facultades* y, por ende, una reducción de su soberanía y de esta transferencia emana una serie de instituciones políticas, con su debido fundamento jurídico. Se reitera, la creación de un *Derecho comunitario* a partir de los tratados de integración ha provocado que paralelamente se dé la generación de *organizaciones supranacionales* que importan necesariamente una atribución de competencias por parte de los respectivos Estados. Ello condujo a la necesaria previsión constitucional de las categorías jurídicas supranacionales.

Hasta este nivel del análisis formulado, es evidente *la influencia recíproca entre el derecho internacional,* y las prácticas que de este se derivan, *y el derecho constitucional de las naciones.* Este fenómeno, que va desde el marco interno o doméstico de los *Estados-nación al marco jurídico internacional,* algunas tendencias jurídicas han optado por denominarlo de la *“constitucionalización” a la “convencionalización”.* Sin

³⁰ Recomendamos ver, Canosa Usera. Raúl, *Integración europea y fórmula política de la Constitución,* Madrid, Universidad Complutense, 2003.

embargo, en aras a sustentar nuestros análisis, como lo hemos sustentado y desarrollo en todo estas reflexiones, consideramos más adecuado y propicio desde la línea de pensamiento desde el “cosmopolitismo” desarrollado por Habermas³¹ llamarlo la transnacionalización de los logros de Estado Constitucional en favor del reconocimiento de la ciudadanía *o nacionalidad*.

Ahora desde el contexto que hemos presentado, no cabe duda que una visión realista del derecho internacional frente al progresivo aumento de organizaciones privadas veda al derecho internacional clásico de uno de sus supuestos de poder, cual es *la autonomía operativa en importantes campos políticos*, situación que también se replica para las propias superpotencias. Por esto, en vista del creciente número de problemas que pueden ser resueltos sólo a través de la acción política conjunta, todos los estados se encuentran cada vez más forzados a cooperar. Por tanto, en concepto de Habermas³², “el centro decisionista del poder político se está quebrando en el crisol de los caudales de comunicación de las negociaciones y discursos transnacionales. Los estados no pueden más considerarse exclusivamente a sí mismos como sujetos contratantes soberanos, hoy, ellos ya incluso operan en ocasiones como miembros de la comunidad internacional”.

El punto esencial de todo este entramado de necesidades, realidades y deficiencias, sumado a *un creciente déficit democrático*³³ que se está incrementando en todos estos sectores, encontraría un escenario de liberación de estas tensiones, mediante la construcción de un modelo donde para Habermas³⁴ : (1) los cambios en la composición del medio jurídico y del ejercicio del poder político pueden ser explicados en términos de *la intrusión de elementos deliberativos en las relaciones internacionales* manejadas por el poder de una sociedad mundial que está sufriendo una globalización económica y una integración sistémica en general; (2) cuando *la inclusión de los ciudadanos en el proceso de decisión supranacional*, vaya al ritmo de la domesticación jurídica de la intensificada

³¹ Ver, Jurgues Habermas en “un alegato en favor de la constitucionalización del derecho internacional”. Capítulo VII del libro “Filosofía del Derecho Constitucional. cuestiones fundamentales.” Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie versiones de autor. 2005, núm.4. Disponible en <http://www.filosofiadelderechocolombia.net>.

³² *Ibidem*.

³³ Este concepto significa, la falta de participación democrática de los nacionales directamente afectados con las decisiones, dado que quienes en su mayoría adoptan las mismas son en realidad burócratas o otros actores que no reflejan el sentir y la funcionalidad de los derechos fundamentales en el escenario internacional.

³⁴ Jorge Luis Fabra Zamora. Filosofía del Derecho Constitucional: Cuestiones fundamentales. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie versiones de autor. 2005, núm.4 pp. 20-25.

cooperación entre los estados: (3) que pese a reconocerse una mejora en las funciones organizacionales que está empezando a lograrse en el ámbito supranacional a través de la cooperación entre los estados puede ser descrita como una tendencia hacia la *racionalización del ejercicio del poder político en el campo internacional*, no es factible cualificar, esta tendencia como un *proceso civilizatorio* mientras las organizaciones internacionales solo ejerzan sus mandatos sobre la base de tratados internacionales, por tanto *en forma* de derecho, pero no todavía *en conformidad con un* derecho *democráticamente generado* —es decir, de forma legítima ; (4) *La gobernanza global* es un término eufemístico para *el carácter no democrático* de la institucionalización de las relaciones internacionales de la que hemos sido testigos hasta ahora³⁵.

Volviendo al análisis esencial de este trabajo, el aporte central de Habermas para encontrar un *punto de equilibrio* entre los regímenes de control a la seguridad y libertad y los derechos fundamentales, preponderantemente la nacionalidad o ciudadanía, tiene su aspecto más relevante en la conquista efectiva de *la legitimación democrática que pueda extenderse a través de las fronteras nacionales*, a la comunidad política, más allá del *Estado-nación*. ¿Cómo lograrlo ?, configura el otro nivel de análisis, para entonces si poder aseverar que la constitucionalización tanto del Derecho Internacional, como del Derecho Fundamental a la nacional sean una realidad a la luz del *debate trilematico* planteado, desde el inicio de este artículo, para el razonamiento del tema (legitimidad, validez y eficacia).

La tesis Habermasiana, apoyándose y sintetizando en las bases teóricas de importante alcance y profundidad ,nos propone una solución, al tema central formulado, (I) mediante la combinación de una forma diferente de los tres bloques que son constitutivos de cada sistema democrático dentro de un sistema supranacional de múltiples niveles, (II) La constitución de una democracia supranacional que haría el papel de un poder constituyente conllevando a competencias más fuertes en la comunidad política constituida, (III) el análisis filosófico del concepto de solidaridad que pueda contribuir en algo a clarificar lo que está en juego. Textualmente argumentado por dicho autor así:

- Los tres bloques que son constitutivos de cada sistema democrático dentro de un sistema supranacional de múltiples niveles.

³⁵ *Ibidem*.

“(…) El proceso de legitimación democrática será capaz de extenderse a través de las fronteras nacionales a la comunidad política, más allá del estado nación (tal como la unión europea, por ejemplo), sólo cuando se vuelva posible combinar de una forma diferente los tres bloques que son constitutivos de cada sistema democrático dentro de un sistema supranacional de múltiples niveles. Los tres bloques constitutivos en cuestión son la “pueblo” como titular de la formación de la voluntad política, el “estado” como la organización que permite a los ciudadanos actuar colectivamente, y la “comunidad jurídicamente constituida de ciudadanos” como una asociación voluntaria de individuos libres e iguales. Sólo dentro del estado nación están estos tres bloques constitutivos alineados en el espacio social (...)”³⁶.

- La constitución de una democracia supranacional que haría el papel de un poder constituyente conllevando a competencias más fuertes en la comunidad política constituida.

“En otros sitios, he desarrollado la idea de que estos dos sujetos constitutivos-en construcción podrían participar en igualdad para constituir una democracia supranacional, esto es, los ciudadanos en su papel de miembros de una futura unión y esos mismos ciudadanos en su papel de miembros de estados ya constituidos, de los cuales la unión estaría compuesta. Esta idea provee el ímpetu para reflexionar sobre una variable geometría de los ya mencionados bloques constitutivos. Mientras entre la estructura de los estados federales, las unidades subnacionales (tales como estados, cantones, o “Länder”) aparecen sólo como los componentes *constituidos*, (constituidos, esto es, por una soberanía no dividida, la del pueblo) los estados miembro de una democracia supranacional harían el papel de un poder *constituyente* desde el principio (y como resultado retendrían comparativamente competencias más fuertes dentro de la comunidad política constituida). (...)”³⁷.

- Un árido análisis filosófico del concepto de solidaridad pueda contribuir en algo a clarificar lo que está en juego.

“En lugar de difundir la idea de una constitución política para una sociedad global sin un gobierno mundial, quisiera usar el ejemplo de la crisis de la unión europea para mostrar que tan difícil es el camino que conduce a dicha constitución. Estoy interesado

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*

en el escollo puesto por la falta de solidaridad política, por tanto, el horizonte estrecho dentro del cual, por el presente, también se puede requerir a los ciudadanos tomar también en consideración las perspectivas de sus conciudadanos. (...) la crisis nos ha enseñado que la unión monetaria europea no puede ser estabilizada en el plazo medio sin una política fiscal y económica conjunta que se extienda a otros campos de la política como la tributación y la política social. (...) no obstante, una profundización de la cooperación institucionalizada demandaría mayor democracia en Europa y un correspondiente cambio en los tratados. De hecho, estamos siendo testigos de un desarrollo que está alimentando los conflictos entre los pueblos. Europa está siendo succionada por una forma de tecnocracia que está atando a los estados miembros, sin la participación de su población, al formato de democracias “consolidadas”; esto es, de democracias ajustadas a los mercados no controlados. (...)

(...) cambiar esto requiere romper con la política de la auto-interpretación de los estados nacionales, según la cual cada estado miembro es formalmente soberano y toma decisiones en cuestiones de presupuesto, política social y economía, sin prestar atención a los efectos colaterales de otros estados miembros, por tanto, exclusivamente desde una perspectiva nacional. Con esta ficción de la soberanía nacional, los gobiernos de los así llamados países donantes están, sobre todo, evitando exigir a sus electorados que exhiban el grado requerido de solidaridad política. (...)

(...) tal vez incluso un árido análisis filosófico del concepto de solidaridad pueda contribuir en algo a clarificar lo que está en juego. Para exonerar a los llamados a la solidaridad de acusaciones de obstinación moral o buenas intenciones equivocadas, y de ser apolíticos—acusaciones que los “realistas” no desean que se hagan en contra de ellos—quisiera primero distinguir las obligaciones de mostrar solidaridad de los deberes morales y jurídicos. Mostrar solidaridad es un acto político que de ninguna forma reclama un tipo de altruismo moral que sería erróneo en los contextos políticos (...) “solidaridad” no es sinónimo de “justicia” ni en el sentido jurídico, ni en el moral del término. Llamamos a las normas jurídicas o morales “justas” cuando ellas regulan prácticas que son de igual interés para todos los afectados. Las normas justas aseguran iguales libertades para todos y un respeto igual para cada uno. (...)”³⁸

³⁸ *Ibidem.*

La fundamentación política, ética, jurídica y social formulada de in extenso, de manera textual a efectos de deslindarnos de su esencia ideológica y pragmática, en el curso de nuestros intereses de investigación, nos lleva a pensar dentro del diseño institucional que Habermas propone para un nuevo orden internacional, *la determinación de los principios de justicia transnacional o justicia global*, para el efectivo y equilibrado reconocimiento de los derechos fundamentales, relevantemente para el caso de la nacionalidad.

Este *rasgo cosmopolita* del modelo de Habermas sugiere que el respeto al pluralismo no tiene por qué conducir a una reducción drástica de las aspiraciones de justicia. De hecho, el modelo Habermasiano, la necesidad de reducir el extremo diferencial de riqueza en la sociedad mundial mediante la adopción de medidas redistributivas. Ahora bien, así como el caso doméstico dicha meta esta internamente conectada a las exigencias de justicia ancladas en los derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos, esta conexión desaparece en el caso internacional. Según Habermas las cuestiones económicas deben desconectarse de las obligaciones de justicia de la comunidad internacional e interpretarse como aspiraciones políticas que en cuanto tales, reflejan diferentes valoraciones y por tanto su realización debe depender de los compromisos negociados entre los valores e intereses encontrados de los diferentes poderes transnacionales. De este modo, las ambiciones de justicia generadas al aplicar el modelo deliberativo a las funciones adscritas a la comunidad internacional en una organización mundial reformada quedan contrarrestadas drásticamente al aplicar el modelo pluralista de negociación y compromiso a las funciones adscritas a los poderes transnacionales³⁹.

Estamos entonces, totalmente de acuerdo, en que la constitucionalización del derecho internacional tenga un interés normativo sobre todo logro de mayor justicia global, a la resolución de problemas ecológicos globales, etc. En el mismo sentido, también compartimos la necesidad de implementar desde el orden mundial, una estructura política heterarquica es preferible a un gobierno mundial, dado que minimiza los riesgos de una concentración excesiva de se minimizan mediante los habituales mecanismos de división de poderes, sistema de contrapesos, estructuras federales, etc.).

³⁹ Cristina Lafont. Justicia global en una sociedad mundial pluralista. Universidad de Northwestern. ISONOMÍA No. 31 / Octubre 2009. Disponible en <http://www.isonomia.itam>.

En consecuencia, y no siendo menos obvio, nos unimos a la necesidad del diseño específico de un sistema multinivel con diferentes unidades políticas en el plano supranacional, transnacional y nacional. Todo esto dentro de la visión y criterios político, ético y filosófico del ideal y pragmatismo de una participación conjunta en una red de relaciones sociales, fundada tanto en las expectativas demandantes de otra persona que pueden ir más allá de lo que el derecho y la moral ordenan, y la propia confianza en la conducta recíproca del otro, en caso de necesitarlo en el futuro.

Conclusiones.

La creciente dinámica de las crisis internas de los países tanto en Latinoamérica, como en el continente Europeo, centrada en distintos niveles que tienen como factor común los conflictos armados internos, los graves impactos de la economía, sumados inclusive al surgimiento de regímenes dictatoriales bajo la apariencia de estados constitucionales, junto a la propia globalización del terrorismo en sus diferentes manifestaciones, han conllevado al aumento del desplazamiento forzado transnacional representado en el éxodo masivo de nacionales que viven en carne propia la deshumanización de las políticas interestatales fronterizas, donde el derecho a la nacionalidad enfrenta su peor crisis y desafíos.

Las políticas de seguridad nacional y del derecho de los extranjeros frente a los propios derechos humanos y fundamentales exigen una urgente revisión en su interpretación y aplicación, dado que al parecer continúan sin solución de continuidad prevaleciendo más los supuestos intereses de los estados, de razas o tendencias religiosas o políticas, como si el ser humano en su esencia pudiera categorizarse y excluirse a sí mismo por referentes étnicos, culturales o sociales, al final siempre transitorios y que históricamente jamás promovieron beneficio alguno; pero que no varían ni nunca modificaran, el aspecto más determinante de esta realidad analizada, “todos seguimos siendo seres humanos por naturaleza y esencia”.

Está claro entonces, que el derecho *per se*, no le es posible alcanzar ni desarrollar en favor de la evolución del Derecho Internacional los medios para despertar la conciencia universal que alerte la importancia de ejercitar los valores de la igualdad, fraternidad y solidaridad desde la esfera de la diplomacia y las integraciones supranacionales en sus distintas expresiones, pese a que los problemas básicos del ser humano son los mismos

en todas las latitudes, como ya dijimos la preservación de “sí mismo” (*estado-nación*), olvidándose y limitando o contralando al “otro” (*extranjero o apátrida*)” no lograra el objetivo trascendental de cualquier comunidad humana civilizada que en términos de la corriente Habermasiana optamos por denominar la constitución del “Estado solidario” con la aspiración de superar los intereses particularistas que van más allá del territorio, el grupo étnico o la religión. El Estado solidario, como lo expuesto Habermas, es posible desde una conciencia dialógica que, partiendo de individuos a los que se les reconoce como interlocutores válidos, se establece una mediación política que pasa necesariamente por establecer relaciones de justicia (componente moral de una democracia avanzada).

Considerado de esta manera, hemos verificado y comprobado no solo a lo largo de la reflexionas expuestas, no solo la constitucionalización del Derecho Internacional desde la Filosofía del Derecho Constitucional, si no la prioritaria necesidad de desarrollar desde los diferentes enfoques y esquemas planteados una “teoría universal de la justicia” entorno a la nacionalidad o ciudadanía como derecho fundamental, donde el discurso de la acción comunicativa vinculada al contexto, es ampliado al incluir a individuos con competencia comunicativa más allá de nuestras propias formas de vida particular.

Por lo tanto, la solidaridad de la ética del discurso de Habermas pasa a constituir la capacidad de identificarse con el “otro”, quien debe tener las mismas posibilidades de articular sus necesidades y argumentos, al igual que exigimos que se nos otorgue a cualquier individuo. Expresado de otra manera, la solidaridad como valor de una legislación internacional que se nutre de evidente proceso de constitucionalización, desde una visión de la filosofía del fenómeno constitucional, puede se puede lograr al ir más allá de las costumbres de la propia comunidad, sin que eso significa que desconocer dicho vínculo. En otras palabras, la solidaridad se desprendería de su carácter etnocéntrico al pasar a ser parte de una *teoría universal de justicia*, donde el discurso de la acción comunicativa vinculada al contexto, es ampliado al incluir a individuos con competencia comunicativa más allá de nuestras propias formas de vida particular. Habida cuenta que, de esta forma, podemos superar el *nacionalismo* y alcanzar el *universalismo*, llegando a entender como siendo transcultural, lo que permite que la diferencia no se constituya en una dificultad, sino una potencialidad que mediante un *universalismo dialógico* se transforma en el sustento moral, el cual permite superar la diferencia y las situaciones de conflicto identificadas en el análisis abordado.

La propuesta esbozada entonces, formula un es antinacionalismo en el sentido positivo, es decir, cuando se asocia a la identidad con un patriotismo nacionalista, *versus* un universalismo en un contexto de una ciudadanía universal que supera una visión étnica de la nacionalidad, pero también el relativismo universal. Por lo mismo es que entiende que una verdadera mirada cosmopolita debe contemplar lo cultural, no eliminando las identidades culturales y teniendo como fondo el respeto a los derechos humanos y los derechos fundamentales como para el caso lo requiere la nacionalidad en toda su concepción y connotación.

Bibliografía.

- BIDART CAMPOS, G. “*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa.*” Ediar, Buenos Aires, 1995.
- FABRA ZAMORA, J. “*Filosofía del Derecho Constitucional: Cuestiones fundamentales*”. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie versiones de autor. 2005.
- NIÑO, SANTIAGO C. “*Fundamentos del derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politólogo de la práctica constitucional*”. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, 1992.
- CARBONELL, M. “*Derechos fundamentales y democracia*”. Primera edición. Instituto Federal Electoral México, D. F. 2013.
- MEJÍA QUINTANA, O. “*Teoría política, democracia radical y filosofía del Derecho, legitimidad, validez y eficacia en el pensamiento del contemporáneo*”. Editorial Temis S.A. Bogotá- Colombia, 2005.
- ALEXY, R.: “*La validez del derecho, en Concepto y Validez del Derecho*”. Barcelona: Gedisa, 1994.
- MEJÍA QUINTANA, O. “*La tensión epistemológica entre la filosofía del derecho y la teoría jurídica*”. Hacia una teoría crítica del derecho Revista Filosofía UIS, Vol. 15, No. 1, enero-junio de 2016.
- TORROJA MATEU, H. “*El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática*” Bosch editor, SL. Barcelona. España, 2007.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana Doc. 45/15 del 31 diciembre 2015. Disponible en <http://www.oas.org>
- AMNESTY INTERNATIONAL PUBLICATIONS. “Sin papeles no soy nadie” personas apátridas en la República Dominicana. Informe Ejecutivo. Publicado originalmente en 2015 por Amnesty International Publications International Secretariat. Disponible en <https://tbinternet.ohchr.org>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del caso de las niñas YEAN Y BOSICO VS. REPÚBLICA DOMINICANA del 8 de septiembre de 2005. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS* CASO VÁSQUEZ DURAND Y OTROS VS. ECUADOR SENTENCIA de 15 de febrero de 2017
Disponible en <http://www.corteidh.or.cr>

LINDE PANIAGUA, E. y MELLADO PRADO, P., *El sistema político de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Pirámide, 1999. CANOSA USERA. R. “Integración europea y fórmula política de la Constitución”. Madrid, Universidad Complutense, 2003.

LAFONT. C. “Justicia global en una sociedad mundial pluralista.” Universidad de Northwestern. *ISONOMÍA* No. 31 / Octubre 2009. Disponible en <http://www.isonomia.itam>.

LA INCAPACIDAD MENTAL Y EL ESTADO DE INTOXICACIÓN COMO EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD EN DERECHO INTERNACIONAL PENAL: UN ANÁLISIS DE SUS ELEMENTOS *SINE QUA NON* A LA LUZ DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL¹

*INSANITY AND INTOXICATION AS GROUNDS FOR EXCLUDING
RESPONSIBILITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW: AN ANALYSIS OF ITS
SINE QUA NON ELEMENTS IN THE LIGHT OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL
COURT'S STATUTE*

Christopher A. Servín Rodríguez²
Universidad Veracruzana

RESUMEN

La incapacidad mental y el estado de intoxicación, como eximentes de responsabilidad penal, se encuentran contempladas en los principales sistemas jurídicos del mundo, aunque están reguladas de forma disímil. Consecuentemente, la codificación de dichas eximentes de responsabilidad, en el artículo 31 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no fue una labor sencilla, pues se requirió la generación de consensos y la construcción de fórmulas jurídicas, a fin de armonizar tales diferencias. Sin embargo, a través de analizar los elementos *sine qua non* de estas eximentes de responsabilidad, es posible determinar, en primer término, que el nivel probatorio exigido para acreditar la incapacidad mental parece no estar apegado a la realidad y, en segundo aspecto, que para acreditar la intoxicación voluntaria no es indispensable demostrar un *dolus eventualis*, sino sólo un comportamiento imprudencial por parte del acusado.

¹ Artículo recibido el 27 de julio de 2018 y aprobado el 10 de enero de 2019.

² Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado, Derecho Penal Internacional y Práctica Forense Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana (México); miembro del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT (México); profesor visitante y miembro investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia (USA); Doctorado en Paz, Conflictos y Democracia por la Universidad de Granada (España); Master en Organizaciones Internacionales, Derecho Internacional Penal y Prevención del Crimen por la Universidad de Turín y el Instituto de Investigación de Naciones Unidas sobre Crimen Transnacional y Justicia (Italia); Master en Jurisdicción Penal Internacional por la Universidad de Andalucía (España); Maestría en Derecho Penal y Juicio Oral por la Universidad de las Naciones (México); Licenciatura en Derecho por la Universidad Veracruzana (México). alexis_servin24@hotmail.com

A mi ejemplar madre, por todo su amor...

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional Penal, Corte Penal Internacional, responsabilidad internacional penal, eximentes de responsabilidad penal, incapacidad mental, estado de intoxicación.

ABSTRACT

Insanity and intoxication, as defences in criminal law, are contemplated in the major legal systems of the world, although they are regulated differently. Therefore, the codification of these grounds for excluding criminal responsibility in Article 31 of the International Criminal Court's Statute, was not a simple task, as long as it was necessary to generate consensus and constructing legal formulas, in order to harmonize such differences. However, through analyzing the *sine qua non* elements of these defences, it is possible to determine, first, the standard of proof required in insanity cases seems to be unrealistic and, second, to accredit a voluntary intoxication defense it is not essential to prove a *dolus eventualis*, but only a negligent behavior of the defendant.

KEYWORDS: International Criminal Law, International Criminal Court, international criminal liability, grounds for excluding criminal responsibility, incapacity, intoxication.

SUMARIO: Introducción. I. La responsabilidad internacional penal del individuo y sus eximentes en Derecho Internacional Penal. II. La incapacidad mental como eximente de responsabilidad en Derecho Internacional Penal: análisis jurisprudencial. III. La codificación de la incapacidad mental en el Estatuto de Roma: ¿la exigencia de un estándar probatorio excesivo para su acreditación? IV. El estado de intoxicación como eximente de responsabilidad en Derecho Internacional Penal: análisis jurisprudencial. V. La codificación del estado de intoxicación en el Estatuto de Roma: ¿es indispensable la acreditación de un *dolus eventualis* en casos de intoxicación voluntaria? Conclusiones. Bibliografía.

* * *

Introducción

El presente estudio mantiene como objetivo central el análisis de la incapacidad mental y del estado de intoxicación, como eximentes de responsabilidad, en Derecho

Internacional Penal. Por lo que, inicialmente se desarrolla un estudio conceptual de las mismas y, en seguida, se examina su regulación (genérica) en tres de los principales sistemas jurídicos del mundo (*Common Law*, *Civil Law* y *Sharia*), con la finalidad de demostrar, en primer aspecto, que éstas se encuentran reconocidas en tales sistemas, pero no son reguladas de forma homogénea en ellos y, en segundo término, que dicha disimilitud dificultó su inclusión en el Estatuto de Roma, por lo que fue necesaria la construcción de fórmulas jurídicas que generan la armonización de tales diferencias.

Posteriormente, se examina cómo estas eximentes de responsabilidad han sido reguladas jurisprudencialmente por algunos de los tribunales internacionales que precedieron a la Corte Penal Internacional, en particular, por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg y por el Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia.

Por último, se analizan los elementos integradores de cada una de estas eximentes de responsabilidad y, derivado de ello, se sostienen dos hipótesis. Primero, que, para acreditar la incapacidad mental, el Estatuto de Roma parece exigir un nivel probatorio que no se encuentra apegado a la realidad, por demandar la comprobación de la pérdida total de la razón o de la incapacidad absoluta de una persona para auto-controlarse, al tiempo que se hace notar que el citado Estatuto es omiso en regular el tratamiento post-juicio que debe otorgarse a un acusado con incapacidad mental. Segundo, que para demostrar a la intoxicación voluntaria no es indispensable la acreditación de un *dolus eventualis*, sino sólo de un actuar imprudencial por parte del acusado, a fin de probar que éste sabía que, como consecuencia de su intoxicación voluntaria, existiría el riesgo de que pudiese cometer un crimen y, sin embargo, decidió ignorar dicho riesgo (siendo innecesario, por tanto, acreditar que el acusado estaba dispuesto a cometer ese crimen).

I. La responsabilidad internacional penal del individuo y sus eximentes en Derecho Internacional Penal

En los orígenes del Derecho Internacional Penal³, la defensa del acusado jugó un papel marginal tanto en el plano normativo como en la práctica de los tribunales, pues su

³ El Derecho Internacional Penal tiene orígenes muy remotos; sus postulados más primigenios yacen en el Convenio de Ginebra de 1864. *Vid.* SERVÍN RODRÍGUEZ, C., *El Artículo 98 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Renuncia a la Inmunidad y Consentimiento a la Entrega. Los Acuerdos*

principal reto se centró en hallar las bases jurídicas para sustentar la responsabilidad internacional penal del individuo⁴, a fin de superar la Doctrina del Acto de Estado, defendida vigorosamente por Hans Kelsen⁵. Consecuentemente, los juicios de Núremberg pueden considerarse el certificado de nacimiento de dicha área del Derecho, pues con éstos se puso fin a la Doctrina de Acto de Estado⁶.

Sin embargo, ello no significa que el Derecho Internacional Penal niegue el derecho de defensa, por el contrario, históricamente lo ha reconocido y regulado, a través de establecer los supuestos que un acusado puede invocar a su favor, a fin de eximir su responsabilidad penal, aunque dicha regulación inicialmente se formuló prácticamente sólo de manera jurisprudencial, pues fue hasta la creación del Estatuto de Roma cuando por primera vez se estableció, en su artículo 31, un catálogo de dichas eximentes, que se ve complementado a través del contenido de los numerales 21, 32 y 33 de dicho Estatuto.

Así, las primeras eximentes de responsabilidad se plantearon durante los Juicios de Núremberg y éstas tuvieron que ser reguladas por vía jurisprudencial. Posteriormente, las mismas fueron ampliadas y analizadas con mayor profundidad, aunque también de forma jurisprudencial, por los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, así como por los Tribunales híbridos o mixtos, como el de Sierra Leona o Líbano, ya que en ninguno de los Estatutos de tales Tribunales se incluyó su regulación.

Bilaterales de E.E.U.U.: ¿Una Celada que Limita la Competencia de la Corte y Pone en Riesgo su Efectividad?, Universidad Internacional de Andalucía, Huelva, 2014, p. 12.

⁴ SERVÍN RODRÍGUEZ, C., "La Internacionalización de la Responsabilidad Penal del Individuo: El Principio Aut Dedere Aut Iudicare como Suplemento de los Ordenamientos Jurídicos Nacionales", en GARCÍA RAMÍREZ, S., *Derecho Penal. Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, II Proceso Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, 2004, pp. 229-249; SERVÍN RODRÍGUEZ, C., *La Paz: ¿Un Objetivo de la Corte Penal Internacional?*, Porrúa, Ciudad de México, 2013, pp. 4 y Ss.

⁵ La Doctrina de Acto de Estado sostenía que ningún Estado tenía jurisdicción sobre los actos de otro Estado y, por tanto, cuando un individuo actuando como órgano de Estado violaba normas de Derecho Internacional, dicho acto delictivo debía atribuirse sólo al Estado y no al individuo en sí, lo cual impedía su juzgamiento ante los tribunales de un Estado extranjero o ante un tribunal común implementado por varios Estados extranjeros y, por tanto, no debía ser hallado personalmente responsable por ese delito, salvo que el Estado, para el cual el individuo actuó como órgano de Estado, otorgara su consentimiento para tal efecto. Al respecto, consúltese: KELSEN, H., "Collective and Individual Responsibility for Acts of State in International Law", *Jewish Yearbook of International Law*, 1948, pp. 226-239; KELSEN, H., "Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?", *International Law Quarterly*, Vol. I, No. 2, 1947, p. 153- 171; KELSENS, H., "Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to Punishment of War Criminals", *California Law Review*, Vol. 31, No. 5, 1943, pp. 530-571; KELSEN, H., "The Rule Against Ex Post Facto and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, Vol. II, No. 3, 1945, pp. 8-12.

⁶ SERVÍN RODRÍGUEZ, C., *Más Allá de la Impunidad: Incorporando la Paz en las Funciones de la Corte Penal Internacional*, Universidad de Granada. Instituto de la Paz y los Conflictos, Granada, 2016, pp. 29-38, en particular, p. 33.

Por su parte, en el Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional Permanente de 1994, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, apenas se incluyó una corta disposición relacionada con el “Derecho Aplicable” que contempló el derecho de defensa⁷. En atención a ello, un grupo de *ius* penalistas desarrollaron un Proyecto alternativo de Estatuto durante 1995 y 1996, el cual contenía principios generales de derecho penal, incluidos los relacionados con las excluyentes de responsabilidad penal. Varias de estas propuestas fueron incluidas en el Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional de 1996⁸, y después de varias sesiones, el Comité elaboró el proyecto final del artículo 31 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cual, en 1998, fue sometido a la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios en Roma⁹, donde finalmente fue aprobado.

El artículo 31 del Estatuto de Roma representa un compromiso entre los principales sistemas jurídicos del mundo, pues basado en ellos, éste contempla la regulación de cuatro eximentes de responsabilidad penal, a saber: la incapacidad mental, el estado de intoxicación, la legítima defensa y la coacción; las dos primeras constituyen el objeto central de la presente investigación y, por ende, se analizan a continuación.

II. La incapacidad mental como eximente de responsabilidad en Derecho Internacional Penal: análisis jurisprudencial

La eximente de responsabilidad basada en la incapacidad mental se encuentra vinculada con la *mens rea* del acusado al momento de haber cometido el crimen. No obstante, a diferencia de otras eximentes de responsabilidad, como la legítima defensa, ésta no gira en torno a demostrar que el acusado actuó bajo una creencia o convicción específica que le exime de la responsabilidad de haber cometido cierta conducta ilícita, sino más bien se basa en demostrar que el acusado carecía de conciencia delictiva al momento de cometer el ilícito que se le imputa o de la capacidad para controlar sus actos,

⁷ NACIONES UNIDAS, Documento A/49/10 (F), Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional, artículo 33, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 46^a Período de Sesiones, celebrado del 2 de mayo al 22 de julio de 1994.

⁸ AMBOS, K., “Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code: Observations from an International Criminal Law Viewpoint”, *European Journal of International Law*, Vol. 7, No. 4, 1996, pp. 519-544, en particular consúltese pp. 519- 521.

⁹ NACIONES UNIDAS, Documento A/CONF.183/2/Add.1, Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional, artículo 31, Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 14 de abril de 1998.

a fin de evitar cometer dicho ilícito¹⁰. De esta forma, una persona que con éxito esgrime la incapacidad mental, debe ser eximida de la responsabilidad penal generada por los actos delictivos que cometió, debido a que actúa sin la capacidad para apreciar la ilicitud de su conducta o sin la capacidad para controlar los impulsos que lo guían a cometer esa conducta, a fin de no conculcar la ley.

Por siglos, la incapacidad mental ha sido considerada una eximente de responsabilidad penal¹¹; ésta se encuentra ampliamente reconocida por los Estados en el mundo, tanto por aquellos que mantienen el sistema jurídico del *Common Law*, como por los que poseen la tradición jurídica del *Civil Law* e, incluso, por aquellos que adoptan el sistema *Sharia*¹², pues ésta es un tema común en todas las sociedades, aunque su regulación no es homogénea¹³.

En el ámbito del Derecho Internacional Penal, la incapacidad mental como eximente de responsabilidad fue planteada por primera vez durante los Juicios de Núremberg, por los acusados Rudolf Hess y Julius Streicher, pese a que el Estatuto del citado Tribunal no reconocía de manera expresa ninguna excluyente de responsabilidad. Sin embargo, la interposición de esta eximente de responsabilidad no tuvo éxito, debido a que el Tribunal, en primer término, consideró en ambos casos que no existían elementos para posponer el juicio en contra de los acusados en razón de su condición mental y, posteriormente, concluyó que aunque pueda ser verdad que su estado mental se encontraba deteriorado durante el juicio, no existía evidencia que demostrara que éstos no comprendieran la naturaleza de los cargos formulados en su contra o que estuvieran incapacitados para defenderse a sí mismos y, principalmente, que no existía ninguna prueba que sugiriera que los mismos no estaban completamente sanos cuando cometieron los crímenes que les fueron imputados¹⁴.

¹⁰ GILBERT, J., "Justice not Revenge. The International Criminal Court and The Grounds to Exclude Criminal Responsibility-Defences or Negation of Criminality?", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 10, No. 2, 2006, pp. 143-160, en especial, p. 5.

¹¹ MOORE, M., "Legal Conceptions of Mental Illness", en BRODY, B. Y ENGELHARDT, T. (Ed.), *Mental Illness: Law and Public Policy*, D. Reidel Publishing Co., Boston, 1980, pp. 25-69, en particular p. 25.

¹² STUCKENBERG, C., "Comparing Legal Approaches: Mental Disorders as Grounds for Excluding Criminal Responsibility", *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 4, No. 1, 2016, pp. 48-64, en particular p. 51.

¹³ YEO, S., "Insanity Defense in Criminal Law of the Commonwealth of Nations", *Singapore Journal of Legal Studies*, diciembre, 2008, pp. 241-263, en particular, p. 242.

¹⁴ INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL (NUREMBERG), Judgment of 1 October 1946, in *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22nd August, 1946 to 1st October, 1946)*, pp. 13 y 105 (la traducción es propia).

Por su parte, ante el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente nunca fue esgrimida la incapacidad mental como eximente de responsabilidad; por lo que, éste no tuvo la oportunidad de emitir alguna resolución para pronunciarse sobre el tema¹⁵. En lugar de ello, dicho Foro sólo se pronunció sobre la incapacidad de mental del acusado Ókawa para defenderse en juicio¹⁶.

Posteriormente, el Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia contemplaba una base jurídica general que permitía la interposición de la incapacidad mental como eximente de responsabilidad, de acuerdo con los principios reconocidos por las naciones, tal como, de manera pionera, fue señalado por el entonces Secretario General de Naciones Unidas¹⁷. Además, dicha eximente de responsabilidad se incluyó en la Regla 67, apartado B, inciso i), sub-apartado (b), de las Reglas de Procedimiento y Prueba del citado Tribunal¹⁸.

Acordes con lo anterior, en 2001, la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia, al resolver el caso *Celebici*, se pronunció acerca de la incapacidad mental que fue planteada por la defensa. Así, Esad Landzo, uno de los cuatro imputados en dicho caso, empleando la regla de procedimiento y prueba número 67¹⁹, esgrimió ante la Sala de Juicio del referido Tribunal que padecía una “capacidad mental disminuida”²⁰, pero los jueces rechazaron su argumento y lo sentenciaron a quince años de prisión, por haber perpetrado graves violaciones al IV Convenio de Ginebra, tras causar dolosamente la muerte de tres detenidos en el Campo

¹⁵ WHITE, MARK, *The Insanity Defense. Multidisciplinary Views on Its History, Trends, and Controversies*, ABC-CLIO, LLC, Santa Barbara, 2017, pp. 23-60.

¹⁶ Sobre el tema consúltense: BOISTER, NEIL y CRYER, ROBERT, *The Tokyo International Military Tribunal – A Reappraisal*, 1ª Edición, Oxford University Press, Nueva York, 2008, pp. 240-241.

¹⁷ Al respecto el Secretario General de ONU señaló: “...*El propio Tribunal Internacional tendrá que pronunciarse respecto de qué argumentos personales podrán eximir de responsabilidad penal, por ejemplo, carecer de la edad mínima o encontrarse mentalmente incapacitado, basándose en los principios de derecho generalmente reconocidos por las naciones...*” *Vid.*, NACIONES UNIDAS, Documento S/25704*, Informe Presentado por el Secretario General de Conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, 20 de mayo de 1993, párrafo 58.

¹⁸ REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Documento IT/32/Rev.50, 8 de julio de 2015.

¹⁹ La regla 67, inciso A, fracción ii, establece: “...*Tan pronto como sea razonablemente posible y en todo caso antes del comienzo de los juicios: [...] la defensa notificará al Fiscal su intención de ofrecer: (a) el planteamiento de la coartada [...]; (b) cualquier defensa especial, incluida la de disminución o falta de responsabilidad mental; en cuyo caso, la notificación deberá especificar los nombres y direcciones de los testigos y cualquier otra prueba en la que el acusado pretenda apoyarse para establecer la defensa especial...*” *Vid.*, REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA, documento inicial adoptado el 11 de febrero de 1994.

²⁰ El término “capacidad mental disminuida” tiene sus orígenes en el Derecho Penal de Inglaterra y Gales. *Vid.*, KRUG, P., “The Emerging Mental Incapacity Defense in International Criminal Law: Some Initial Questions of Implementation”, *American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 2, 2000, pp. 317-335.

de Prisioneros de Celebici, por torturar a otros tres distintos detenidos en el mismo Campo, y por infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud de otras personas adicionales, lo que a su vez lo hizo responsable de violaciones a las leyes o costumbres de la guerra, como resultado de haber infligido tortura y tratos crueles a los antes referidos, así como por haber ocasionado su muerte²¹. No obstante, el acusado impugnó la resolución y argumentó, ante la Sala de Apelaciones, que la negativa de la Sala de Primera Instancia por definir la “defensa especial”, consistente en la responsabilidad mental disminuida argumentada por él, conculcó las leyes de la justicia natural y el principio de certeza en materia penal, así como violó su derecho a un juicio justo²². En respuesta, la Sala de Apelaciones señaló que la referencia a la disminución de la capacidad mental carecía de fundamento, pues no estaba contemplada en la normativa aplicable por el Tribunal²³. Además, con base en el Derecho Internacional Consuetudinario, dicha Sala destacó que la defensa basada en la enfermedad o deficiencia mental, contemplada como eximente de responsabilidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, es claramente diferente a la defensa de la capacidad mental disminuida argumentada por el acusado, pues mientras la primera se refiere a que el acusado, en el momento de la comisión del crimen, ignora lo que hace o es incapaz de formar un juicio sobre lo correcto o incorrecto de su actuar, la segunda descansa en la premisa de que, a pesar de reconocer la naturaleza ilícita de sus acciones, el acusado, en razón de su anormalidad mental, es incapaz de controlar tales acciones²⁴. Por consiguiente, la Sala de Apelaciones determinó que al invocar la incapacidad mental, la defensa debe demostrar que el acusado no pudo controlar su acción en el momento del crimen y que la enfermedad o deficiencia mental ha destruido su capacidad mental²⁵.

En lo que respecta al Tribunal Internacional Penal para Ruanda, si bien la incapacidad mental como eximente de responsabilidad fue regulada en el artículo 67,

²¹ TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Caso No. IT-96-21-T, Fiscal Vs. Delalic, Mucic, Delic and Landzo, sentencia de 16 de noviembre de 1998, p. 447 y ss.

²² TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Caso No. IT-96-21-A, Fiscal Vs. Delalic, Mucic, Delic and Landzo, sentencia de 20 febrero de 2001, párr. 573; TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Juicio, Fiscal Vs. Delalic, Mucic, Delic and Landzo, Orden sobre la Solicitud Formulada por Esad Landzo Relacionada con la Disminución o Falta de Capacidad Mental, 18 de junio de 1998.

²³ TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Caso No. IT-96-21-A, *Op. Cit.*, párr. 583.

²⁴ *Ibidem*, párr. 581 y ss.

²⁵ *Ibidem*, párr. 687. Consúltese también, de manera general: SPARR, L., “Mental Incapacity Defenses at the War Crimes Tribunal: Questions and Controversy”, *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 33, No. 1, 2005, pp. 59-70.

apartado A, inciso ii), sub-apartado (b) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de dicho Tribunal, lo cierto es que en la jurisprudencia emitida por este Foro no existen referencias a la incapacidad mental o a la capacidad mental disminuida²⁶.

En el ámbito del derecho interno de los Estados, distintas leyes y tribunales han reconocido la incapacidad mental como una eximente de responsabilidad mental, e incluso han reconocido la existencia de otras condiciones mentales anormales que pueden aparejar la determinación de una responsabilidad penal disminuida a favor del inculpado que padece tales condiciones²⁷. Así, en algunos Estados, particularmente en aquellos que pertenecen a la tradición jurídica del *Common Law*, entre los que destaca Inglaterra, la petición de reconocimiento de una responsabilidad penal disminuida, en caso de ser concedida, apareja una reducción en la gravedad del acto delictivo cometido, cuestión que, a su vez, conlleva a una reducción en la sanción a imponer²⁸.

III. La codificación de la incapacidad mental en el Estatuto de Roma: ¿la exigencia de un estándar probatorio excesivo para su acreditación?

Finalmente, la incapacidad mental como eximente de responsabilidad penal fue incorporada al Estatuto de Roma, en su artículo 31.1, inciso a), el cual a diferencia de las otras eximentes de responsabilidad contempladas en dicho artículo (estado de intoxicación, legítima defensa y coacción), no fue objeto de modificaciones desde el momento de su elaboración, por el Grupo de Trabajo sobre Principios Generales del Derecho Penal y Sanciones,²⁹ hasta la aprobación del Estatuto de Roma por el Comité Preparatorio³⁰. De esta forma, dicho artículo señala:

²⁶ SILVA SANTAULARIA, NATALIA, “Mental Insanity at the ICC. Proposal for a New Regulation”, en WHITE, MARK, *Op. Cit.*, pp. 307-366.

²⁷ CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, 2ª Edición, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 264.

²⁸ *Idem.*

²⁹ COMITÉ PREPARATORIO SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL, Grupo de Trabajo sobre Principios Generales de Derecho Penal y Sanciones, Motivos para la Exclusión de Responsabilidad Penal o para la Mitigación de la Sanción, Documento A/AC.249/1997/WG.2/DP.2, 21 de febrero de 1997; COMITÉ PREPARATORIO SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL, Grupo de Trabajo sobre Principios Generales de Derecho Penal y Sanciones, Documento de Trabajo presentado por Argentina, Canadá, Francia, Alemania, México, Portugal y Estados Unidos, Definición de Defensas, Documento A/AC.249/1997/WG.2/DP.3, 21 de febrero de 1997.

³⁰ NACIONES UNIDAS, Documento A/CONF.183/13(Vol.I), Conferencia Diplomática de Naciones Unidas de Plenipotenciarios sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma 15 de junio - 17 de julio 1998, Registro Oficial, Volumen I, Documentos Finales, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y Acta Final de la Conferencia Diplomática de Naciones Unidas de Plenipotenciarios sobre

1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:

*a) padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que la prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta, a fin de no transgredir la ley;*³¹

Partiendo de la regulación otorgada por el Estatuto de Roma, a continuación, se analizan los dos elementos que integran la incapacidad mental como eximente de responsabilidad, a saber:

a) Padecer una enfermedad o deficiencia mental (elemento biológico); y
b) Privación de la capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de la conducta o para controlar esa conducta (elemento psicológico).

a) Padecer una enfermedad o deficiencia mental (elemento biológico).

Este elemento está integrado por tres sub-componentes, pues el acusado debe sufrir (“padecer”) cierto deterioro (“enfermedad o deficiencia”) específicamente en su mente (“mental”). El primer sub-componente, es decir, el verbo “**padecer**”, alude a que el acusado, de manera individual, debe presentar un padecimiento no momentáneo (de una enfermedad o deficiencia mental), sino prolongado o con cierta duración³². Además, ese padecimiento puede ser tanto endógeno como exógeno, pues las causas que lo provocan pueden ser generadas por el propio cuerpo humano (por razones genéticas, o por cualquier deficiencia o enfermedad, como podrían ser tumores o infecciones), pero también por elementos externos a éste (por ejemplo, a causa de un golpe severo en la cabeza). Por su parte, el segundo sub-componente de la eximente de responsabilidad en comento, consistente en una “**enfermedad o deficiencia**”, puede ser interpretado en un sentido amplio, pues a través de éste no se exige que el acusado padezca una enfermedad o deficiencia (mental) específica y, por tanto, se deja abierta la posibilidad para que éste pueda argumentar padecer cualquier tipo de enfermedad o deficiencia (mental). El tercer

el Establecimiento de una Corte Penal Internacional [con un anexo que contiene la resolución adoptada por la Conferencia], p. 18, artículo 31.

³¹ ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Op. Cit.*, artículo 31, inciso a).

³² KNOOPS, G., *Defenses In Contemporary International Criminal Law*, 2a Edición, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, p. 114.

sub-componente, exige como requisito *sine qua non* que la enfermedad o deficiencia que se padece sea exclusivamente de naturaleza “**mental**” y no de otro tipo.

b) *Privación de la capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de la conducta o para controlar esa conducta (elemento psicológico).*

El segundo elemento de esta eximente de responsabilidad penal presenta una doble vertiente, que se produce a raíz de que la enfermedad o deficiencia mental que padece el acusado (la cual constituye el primer elemento integrador de la incapacidad mental) puede tener injerencia tanto en los impedimentos racionales o cognitivos, como en los emocionales o volitivos del acusado, pues la incapacidad “mental” se refiere, por una parte, a la incapacidad racional o cognitiva del acusado para **reconocer** la ilegalidad de su conducta y, por otro lado, a la incapacidad emocional o volitiva de éste para **controlar** los impulsos que lo guían a desplegar su actuar delictivo³³. Por lo tanto, este segundo elemento exige (que la enfermedad o deficiencia mental que padece el acusado genere) un grado específico de afectación, consistente en la destrucción total (“**privación**”) de la capacidad del acusado (para apreciar la ilicitud de la conducta cometida o para controlar esa conducta, a fin de no transgredir la ley), pues de esta

³³ La fórmula consistente en la “enfermedad o deficiencia mental” exigida por el artículo 31.1, inciso a), del Estatuto de Roma está basada en la sección 4.01. del Código Penal Modelo de Estados Unidos de 1962, el cual señala: “...Una persona no es responsable por su conducta delictiva si al momento de ocurrir ésta, como resultado de una enfermedad o deficiencia mental, ésta carece de la capacidad sustancial para apreciar la ilegalidad de su conducta o para adecuar su comportamiento a las exigencias de ley...” THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code, Official Draft and Explanatory Notes*, Filadelfia, 1985, p. 61, artículo 4.01, (la traducción es propia), visible en <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>, sitio consultado por última ocasión el 28 de junio de 2018.

El artículo 4.011 del Código Penal Modelo de Estados Unidos de 1962 se encuentra íntimamente relacionado con el llamado “*M’Naghten Test*”, el cual históricamente ha sido el punto de referencia en Estados Unidos para sustentar la eximente de responsabilidad penal consistente en la incapacidad mental. El citado examen recibió su nombre a raíz del juicio incoado en contra de Daniel M’Naghten (quien, en 1843, mató con arma de fuego a Edward Drummond), debido a que M’Naghten fue exonerado de toda responsabilidad penal por la comisión del delito de homicidio, pues tras la aplicación de un examen psicológico se determinó que éste padecía una incapacidad mental al momento de cometer el citado ilícito. Ahora bien, para diagnosticar el padecimiento de una incapacidad mental, el “*M’Naghten Test*” exige la acreditación de tres elementos: a) la presencia de una enfermedad o defecto mental; b) que como resultado de esa enfermedad o defecto, el acusado debe padecer un defecto de índole racional; y c) que dicho defecto de índole racional debe manifestarse en una ignorancia delirante que haga que el acusado no sepa lo que está haciendo. A su vez, el requisito de la ignorancia delirante puede satisfacerse, a través de dos opciones que pueden resultar de la aplicación del citado examen, a saber; 1) la ignorancia de la naturaleza y la calidad del acto ilícito cometido, o 2) la ignorancia de que el acto cometido es ilegal. Un ejemplo, elaborado en 1995, de un caso que satisface el “*M’Naghten Test*” versa sobre un hombre que cree que se encuentra exprimiendo limones justo en el momento en que se encuentra estrangulando a su esposa, o que cree que ese homicidio es un mandato de Dios. *Vid.*, SALTON, C., “Mental Incapacity and Liability Insurance Exclusionary Clauses: The Effect of Insanity upon Intent”, *California Law Review*, Vol. 78, No. 4, 1990, pp. 1027-1042, en particular pp. 1038 y 1039.

manera, la responsabilidad penal es eximida no sólo en atención a la falta de culpabilidad, de conformidad con artículo 31.1, inciso a), del Estatuto de Roma, sino eventualmente también por la ausencia de la intención exigida por el crimen (*mens rea*), tal como lo señala el artículo 32.1 del citado Estatuto.

Sin embargo, al exigir la destrucción total de la capacidad cognitiva (para apreciar la ilicitud de la conducta cometida) o de la capacidad volitiva (para controlar sus actos, a fin de evitar transgredir la ley), el Estatuto de Roma demanda la acreditación de una incapacidad mental del cien por ciento, lo cual implica la exigencia de un nivel probatorio excesivo, que parece no apegarse a la realidad, debido a que los trastornos mentales que frecuentemente padecen aquellas personas que participan en un conflicto armado no producen la pérdida total de la razón u orientación o la incapacidad absoluta para auto-controlarse³⁴. Así, por ejemplo, de los soldados y marines que en 2004 regresaron a Estados Unidos provenientes de la Guerra de Iraq, se observó que entre el 15 y 17 % de ellos experimentó algún tipo de problema de salud mental, pero sólo consistente en estrés agudo o trastornos de estrés post traumático³⁵.

A pesar de lo anterior, la exigencia de este elevado estándar probatorio, para acreditar la incapacidad mental como eximente de responsabilidad penal, parece estar confirmada por la regla 145.2, inciso a), fracción i, de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, que estipula que la Corte tendrán en cuenta como

³⁴ *Idem*; ESSER, A., "Grounds for Excluding Criminal Responsibility [Article 31 of The Rome Statute]", en TRIFFTERER, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2ª Edición, Baden-Baden: Nomos, Portland, 2008, pp. 863-893, en particular, p. 875.

³⁵ BRITT, T., "The Stigma of Mental Health Problems in the Military", *Military Medicine*, Vol. 172, No. 2, 2007, pp. 157-161.

El término de síndrome del estrés post traumático surgió con posterioridad a la Guerra de Vietnam y su estudio comenzó a desarrollarse sistemáticamente a partir de ese momento. Los trastornos de estrés post traumático pueden causar tres tipos de efectos en las personas que los padecen: a) de invasión o re-experimentación, b) de evitación, y c) de hiperalerta. El primero tipo consiste en experimentar los síntomas vividos durante un hecho traumático, a través de recuerdos invasores que aparecen en forma de imágenes, pensamientos, sueños y sensaciones que recuerdan el suceso traumático; estos recuerdos invasores muchas veces se acompañan de síntomas autonómicos como taquicardia, polipnea, temblor fino generalizado, cambios de temperatura, sudoración e incluso piloerección. El segundo tipo, por su parte, consiste en reducir o intentar eliminar la aparición de los efectos invasores, a través de adoptar cierto tipo de conductas con la finalidad de evadir esos efectos, por lo que, con frecuencia la persona comienza a aislarse socialmente y a evitar conversaciones en torno a su situación traumática, lo cual puede generar un estado depresivo o algún tipo de amnesia. Finalmente, el tercer tipo se puede manifestar a través de trastornos del sueño, fallas en la concentración, fácil irritabilidad, reacciones violentas, hiperestesia sensorial con respuesta de alerta exagerada y un estado de hipervigilancia. *Vid.*, CARVAJAL, C., "Trastorno por Estrés Postraumático: Aspectos Clínicos", *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, Vol. 40, No. 2, 2002, pp. 20-34, en particular, p.28; ALEJANDRO E., "Neuroticismo, Extraversión y Estilo Atribucional en Veteranos de Guerra: Una Aproximación desde el Estrés Postraumático", *Interdisciplinaria*, Vol. 21, No. 2, 2004, pp. 213-246, en particular, pp. 217-218.

aspecto atenuante de la pena, aquellas circunstancias que no lleguen a constituir una causa de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida.

Finalmente, coincidiendo con SCHABAS, llama la atención que el Estatuto de Roma es omiso en regular el tratamiento que debe otorgarse a la persona que haya demostrado tener una enfermedad o deficiencia mental³⁶; por lo que, ello tendrá que dilucidarse jurisprudencialmente por la Corte Penal Internacional.

IV. El estado de intoxicación como eximente de responsabilidad en Derecho Internacional Penal: análisis jurisprudencial.

El estado de intoxicación se refiere al estado en el cual la capacidad normal de actuar o la razón de una persona es inhibida por el consumo de alcohol o de cualquier otro tipo de narcótico o droga, incluidas aquellas obtenidas bajo prescripción médica³⁷. Así, de manera general, una persona intoxicada es incapaz de actuar como lo haría una persona ordinaria, prudente y precavida, en condiciones similares³⁸.

Ahora bien, no hay duda de la existencia de una profunda relación entre el estado de intoxicación y la comisión del delito. En lo que respecta al alcohol, la experiencia y los estudios científicos confirman que su consumo constituye un factor que se encuentra presente en un amplio y variado número de actos delictivos³⁹, al tiempo que está demostrado que el consumo de drogas psicodélicas puede causar efectos similares a los asociados con el alcohol, y que otras drogas pueden causar violencia, impulsos antisociales e, incluso, paranoia⁴⁰.

En reconocimiento a la existencia del estado de intoxicación, y en razón de las divergencias culturales que existen a lo largo del mundo en torno al tema del alcohol y

³⁶ SCHABAS, W., *An Introduction to the International Criminal Court*, 3a Edición, Cambridge University Press, Nueva York, 2007, p.227.

³⁷ DRESSLER, J., *Understanding Criminal Law*, 4a Edición, LexisNexis, Nueva Jersey, 2006, p. 345.

³⁸ ROACH, K. *et al.*, *Criminal Law and Procedure: Cases and Materials*, 9a Edición, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, 2004, p. 887.

³⁹ THE LAW COMMISSION, *Consultation Paper No. 127, Intoxication and Criminal Liability*, HMSO, Londres, 1993, p. 4.

⁴⁰ Consúltense de forma general: BENNETT, T. Y HOLLOWAY, K., *Understanding Drugs, Alcohol and Crime*, Open University Press, Nueva York, 2005; DINGWALL, G., *Alcohol and Crime*, Willan Publishing, Nueva York, 2006; MADDAN, S. Y WALKER, J., *Criminology and Criminal Justice. Theory, Research Methods, and Statistics*, Jones & Bartlett Learning, Massachusetts, 2011; HALL, J., "Intoxication and Criminal Responsibility", *Harvard Law Review*, Vol. 57, No. 7, 1944, pp. 1045-1084.

las drogas, y debido a la existencia de distintas tradiciones jurídicas en el globo, la regulación jurídica del estado de intoxicación difiere ampliamente de país en país. De esta forma, en términos generales, en los Estados que mantienen la tradición jurídica del *Common Law* o del *Civil Law*, el Derecho permite emplear el estado de intoxicación como una eximente de responsabilidad penal ante la comisión de un delito, debido a que se considera que el individuo intoxicado no posee el estado mental (*mens rea* o *specific intent*) requerido para cometer tal ilícito⁴¹. Sin embargo, en Estados pertenecientes al sistema jurídico *Sharia*, como consecuencia de la prohibición del consumo de alcohol y drogas por razones religiosas⁴², el estado de intoxicación, bajo ciertas excepciones⁴³, se considera una agravante del delito, que apareja como consecuencia el incremento de la sanción a imponer, como resultado de haber cometido ese delito⁴⁴.

Luego entonces, si la reglamentación del estado de intoxicación en los sistemas jurídicos internos de los Estados es controvertida, su regulación en Derecho Internacional Penal lo es aún más. En este sentido, algunos autores sostienen que el estado de intoxicación como eximente de responsabilidad es innecesario en esta área del Derecho, debido a que: su aplicación es absurda ante el genocidio y los crímenes contra la humanidad, por lo que sólo aplica en casos aislados que constituyan crímenes de guerra⁴⁵ o, en todo caso, sólo respecto de autores de bajo nivel que hayan cometido un delito

⁴¹ DIMOCK, S., "What are Intoxicated Offenders Responsible for? The Intoxication Defense Re-examined", *Criminal Law and Philosophy: An International Journal for Philosophy of Crime, Criminal Law and Punishment*, No. 1, 2010, pp. 1-20, en particular p. 1.

⁴² El Corán (como fuente de derecho penal) considera la embriagues como un gran pecado para los hombres, pues señala de forma textual que: "...Te preguntan acerca de los embriagantes y las apuestas. Diles: Son de gran perjuicio, a pesar de que también hay en ellos algún beneficio para la gente, pero su perjuicio es mayor que su beneficio..." GARCÍA, I., *Corán. Traducción Comentada*, Casas, Barranquilla, 2013, capítulo II, párr. 219.

⁴³ Ello sucede sólo cuando la intoxicación es involuntaria y no deriva de las intenciones de la persona que padece el estado de intoxicación. MALEKIAN, F., *Principles of Islamic International Criminal Law: A Comparative Search*, 2a Edición, BRILL, 2011, p. 17297; OWAYDHAH, K., "Justifications and Concepts of Criminal Liability in Shari'ah", *Humanities and Social Sciences Review*, Vol. 3, No. 2, 2014, pp. 55-71, particularmente, pp. 58-59.

⁴⁴ AFFI, A. y AFFI, H., *Contemporary Interpretation of Islamic Law*, Matador, Reino Unido, 2014, p. 34 y ss.

⁴⁵ Según AMBOS, ello se debe a que entre las delegaciones que negociaron el Estatuto de Roma existía la idea de que resultaría absurdo que el estado voluntario de intoxicación, como eximente de responsabilidad, se aplicara ante la comisión del genocidio y los crímenes contra la humanidad. *Vid.*, AMBOS, K., "Defences in International Criminal Law", en BROWN, B., (Ed.) *Research Handbook on International Criminal Law*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2011, pp. 299-329, en particular, p. 305. De igual forma, consúltese: NACIONES UNIDAS, Documento A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.1/Rev.1, Informe del Grupo de Trabajo sobre los Principios Generales del Derecho Penal, 2 de julio de 1998, p. 4, nota al pie de página 8. Sin embargo, de la lectura del artículo 31.1., inciso b), u de otra disposición aplicable, del Estatuto de Roma, no se advierte que la intoxicación voluntaria sólo deba aplicar a un cierto tipo de crímenes (crímenes de guerra); de ahí, que su aplicación a todos los crímenes de la competencia la Corte Penal Internacional parece factible.

(conducta subyacente) en el marco de un genocidio o de un crimen contra la humanidad⁴⁶, aunque ello rompa con el propósito que mantiene la Corte Penal Internacional de enjuiciar y sancionar penalmente a los principales autores de dichos crímenes⁴⁷ y, finalmente, en atención a que dicha eximente de responsabilidad proviene del derecho interno de los Estados y no del Derecho Internacional Penal⁴⁸. Sin embargo, también existen exponentes que sostienen que el estado de intoxicación como eximente de responsabilidad en Derecho Internacional Penal es de suma relevancia, en atención a que los miembros de las fuerzas armadas (militares), de manera frecuente, actúan bajo la influencia de ciertas drogas⁴⁹. Además, también debe tenerse presente que en el caso de los niños y jóvenes soldados es frecuente el consumo obligatorio de drogas, a fin de incrementar su disposición para matar o causar daño. Al respecto, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Liberia informó en 2009 que: “...miles de niños y jóvenes fueron obligados a consumir drogas, a fin de controlarlos y obligarlos a matar, mutilar y violar...”⁵⁰

Un ejemplo hipotético en el que podría tener éxito la argumentación de esta eximente de responsabilidad en Derecho Internacional Penal podría ser el caso de un soldado al cual le ha sido medicado, por un doctor, el consumo de un poderoso sedante o analgésico, que le produce una severa alteración de la capacidad mental y, como resultado de ello, dicho soldado priva de la vida o viola a un prisionero de guerra o a un civil⁵¹. Sin embargo, el estado de intoxicación como eximente de responsabilidad en Derecho Internacional Penal fue regulado por primera vez con la creación del Estatuto de Roma; por lo que, con anterioridad a ello, el estado de intoxicación sólo estuvo previsto en esta área del Derecho como un factor regulador de la pena, tal como se observa a continuación.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el caso más notorio relacionado con el estado de intoxicación de un acusado fue el caso de *Yamamoto Chusaburo*, quien fue juzgado por la Corte Marcial Británica establecida en Kuala Lumpur (Malasia). En

⁴⁶ ESSER, A., *Op. Cit.*, p. 876, párr. 31.

⁴⁷ SCALIOTTI, M., “Defences before the International Criminal Court: Substantive Grounds for Excluding Criminal Responsibility - Part 1”, *International Criminal Law Review*, Vol. 111, 2001, pp. 111-118.

⁴⁸ ZGAGA, S., “Intoxication and Criminal Liability in International Criminal Law”, *Law Journal of the Higher School*, Vol. 2, 2014, pp. 149-161.

⁴⁹ VAN SLIEDREGT, E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, Asser Press, La Haya, 2003, p. 253.

⁵⁰ TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF LIBERIA, Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Liberia, Vol. I: Findings and Recommendations, 2009. p. 51 (la traducción es propia).

⁵¹ CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, 2ª Edición, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 266.

dicho caso, el sargento Chusaburo, perteneciente al Ejército Japonés, fue acusado de cometer un crimen de guerra, tras matar a un civil que había robado arroz de un centro de abastecimientos militar. Por su parte, el acusado esgrimió, entre otras cosas, haber actuado bajo la influencia del alcohol. Sin embargo, la Corte rechazó dicho argumento, considerando que el estado de intoxicación fue voluntario, por lo que afirmó que:

*el estado de ebriedad en sí mismo no puede considerarse una eximente de responsabilidad, en un delito en el que la intención constituye la esencia de éste; el estado de ebriedad puede justificar el actuar de un Tribunal, a fin de imponer una sanción menor a la que correspondería por la comisión de dicho delito o podría servir para imputar un delito de menor gravedad*⁵².

Por su parte, el Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia, al resolver el caso *Fiscal Vs. Kvočka y otros*, señaló que sólo la intoxicación involuntaria puede ser aceptada como un factor mitigante de la pena y, en este sentido, afirmó:

*Cuando la capacidad mental se encuentra disminuida debido al consumo de alcohol o de drogas, se debe considerar si la persona se produjo voluntaria o conscientemente el estado de capacidad mental disminuida. Así, el estado de intoxicación puede constituir una circunstancia mitigante de la pena cuando éste haya sido provocado de manera forzada o bajo coerción. Sin embargo, la Sala de Juicio no puede aceptar el argumento esgrimido por el acusado Zigics, que afirma que el estado de disminución mental que fue producido intencionalmente puede conllevar a una reducción de la pena*⁵³.

Consecuentemente, el Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia, concluyó que el perpetrador no debe haberse intoxicado voluntaria o intencionalmente, pues “...*el consumo intencional de alcohol, en un contexto donde la violencia es la norma y las armas son portadas, puede ser un factor agravante de la pena, en vez de un factor mitigante...*”⁵⁴.

Por su parte, en el caso *Fiscal Vs. Vasiljević*, la defensa del acusado esgrimió, entre otras cuestiones, que éste padecía una psico-neurosis causada por alcoholismo crónico y fatiga, por lo que, la responsabilidad mental del acusado se encontró

⁵² UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. 3, Trial of Yamamoto Chusaburo, HMSO, Londres, 1946, p. 78 (la traducción es propia).

⁵³ TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Caso No. IT-98-30/1-A, *Fiscal Vs. Kvočka, Kos, Radic, Zigic y Prcac*, sentencia de 28 de febrero de 2005, párr. 707 (la traducción es propia).

⁵⁴ TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Caso No. IT-98-30/1, *Fiscal Vs. Kvočka, Kos, Radic, Zigic y Prcac*, sentencia de 2 de noviembre de 2001, párr. 706 (la traducción es propia).

significativamente disminuida. No obstante, el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia consideró que el acusado falló en demostrar la existencia de dicha responsabilidad mental disminuida⁵⁵.

En lo que respecta al Tribunal Internacional Penal para Ruanda, si bien ninguna de sus Salas de Juicio conoció de algún caso relacionado con el estado de intoxicación como atenuante o agravante de la pena, lo cierto es que dicho Foro compartió la Sala de Apelaciones con el Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia⁵⁶; por lo que, los criterios jurisprudenciales sustentados por ésta, actuando como Sala de Apelaciones del último de los tribunales antes nombrados, al parecer también pudieron constituir una guía sobre el tema para las Salas de Juicio del Tribunal Internacional Penal para Ruanda⁵⁷.

V. La codificación del estado de intoxicación en el Estatuto de Roma: ¿es indispensable la acreditación de un *dolus eventualis* en casos de intoxicación voluntaria?

Con el referente de los precedentes señalados en el apartado anterior, y debido a la heterogénea regulación del estado de intoxicación en los distintos sistemas jurídicos internos de los Estados, al momento de las negociaciones del Estatuto de Roma existió la opinión divergente acerca de considerar la intoxicación voluntaria como una eximente de responsabilidad penal. Al respecto, el Grupo de Trabajo sobre los Principios Generales del Derecho Penal señaló:

*Algunas delegaciones tenían dudas sobre la aceptación de la intoxicación voluntaria como causa de exención de la responsabilidad penal. Quedó entendido que la intoxicación voluntaria como causa de exclusión de la responsabilidad penal no se aplicaría generalmente en los casos de genocidio o de crímenes de lesa humanidad, pero podría aplicarse a actos aislados que constituyeran crímenes de guerra. Una delegación opinó que no se debía distinguir entre los diferentes tipos de crímenes*⁵⁸.

⁵⁵ TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Caso No. IT-98-30/1, Fiscal Vs. Vasiljević, sentencia de 2 de noviembre de 2001, párr. 706

⁵⁶ PETER, Chris, “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: Sancionar a los Asesinos”, Revista Internacional de la Cruz Roja, Vol. 22, No. 144, pp. 741-750.

⁵⁷ Sobre el tema, consúltese de manera general: KELLER, ANDREW, “Punishment for Violations of International Criminal Law: An Analysis of Sentencing at the ICTY and ICTR”, *International and Comparative Law Review*, Vol. 12, No. 1, 2001, pp. 54-74.

⁵⁸ NACIONES UNIDAS, Documento A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4/Add.1/Rev.1, *Op. Cit.*, p. 4, nota al pie de página 8 (la traducción es propia).

Así, la opinión de las delegaciones asistentes a la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios sobre el Establecimiento de la Corte Penal Internacional, en torno al tema de la intoxicación voluntaria, se dividió en tres posiciones: (a) aquellas delegaciones que consideraban que la intoxicación voluntaria era una eximente de responsabilidad penal, excepto cuando el perpetrador mantuvo la intención específica de cometer el crimen, que se ha producido; (b) las delegaciones que no aceptaban la intoxicación voluntaria como una eximente de responsabilidad (generalmente provenientes de Estados con sistemas jurídicos internos que prohíben el consumo de alcohol o drogas); y (c) las delegaciones que se encontraban preparadas para aceptar la intoxicación voluntaria como eximente de responsabilidad, excepto cuando la persona advierte que el hecho de intoxicarse implica un riesgo para la comisión de los crímenes⁵⁹.

Sin embargo, Argentina, Canadá y Estados Unidos generaron una propuesta conciliadora, a fin de incluir en el Estatuto de Roma, bajo ciertas excepciones, la intoxicación voluntaria como una eximente de responsabilidad⁶⁰. Dicha propuesta fue aceptada por los Estados y, a la postre, se constituyó en el texto final del artículo 31.1, inciso b), del Estatuto de Roma.

De esta forma, el artículo 31.1., inciso b) del Estatuto de Roma señala:

1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:

a) [...]

b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera;⁶¹

⁵⁹ LEE, R., *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. 207.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Op. Cit.*, artículo 31, inciso b).

La anterior definición coincide en gran medida con la regulación de la incapacidad mental contemplada en el Estatuto de Roma, ya que los elementos biológico y psicológico de ambas eximentes de responsabilidad son similares. Sin embargo, en el caso del estado de intoxicación, se exige un tercer elemento que, en términos generales, demanda la ausencia de culpabilidad.

A continuación, se analizan los tres elementos conformadores de esta eximente de responsabilidad, a saber:

- a) Encontrarse en un estado de intoxicación (elemento biológico);
- b) Privación de la capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de la conducta o para controlar esa conducta (elemento psicológico); y
- c) Que el estado de intoxicación no se haya ocasionado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de esa intoxicación, probablemente, se incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o se haya ignorado el riesgo de que ello ocurriera.

a) *Encontrarse en un estado de intoxicación (elemento biológico).*

Este primer elemento requiere que el perpetrador haya estado intoxicado al momento de cometer el acto delictivo que se le imputa⁶², y el mismo puede ser interpretado en forma bastante amplia, debido a que el estado de intoxicación puede generarse no sólo por el consumo de alcohol, sino de cualquier tipo de droga lícita o ilícita⁶³. De ahí que dicho elemento implique la existencia de una fuente exógena que genera, a través de su consumo, un impacto tóxico en el cuerpo humano; por lo que, a la luz de él, se descarta el estado de excitación o de euforia provocado en el cuerpo humano (de manera natural) por elementos endógenos.

b) *Privación de la capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de la conducta o para controlar esa conducta (elemento psicológico).*

De manera similar a la regulación de la incapacidad mental, como eximente de responsabilidad penal, a través de este elemento se exige que el estado de intoxicación cause un grado específico de afectación, consistente en la destrucción total (“privación”) de la capacidad del acusado para apreciar la ilicitud de la conducta cometida o para

⁶² VAN SLIEDREGT, E., *Op. Cit.*, p. 249.

⁶³ TRIFFTERER, O., *Op. Cit.*, p. 553.

controlar esa conducta, a fin de no transgredir la ley⁶⁴. Por tanto, para actualizar esta eximente de responsabilidad no es suficiente que la intoxicación produzca una mera disminución de la capacidad mental del acusado de apreciación o de control, pues para tal efecto se exige la total destrucción esa capacidad.

c) *Que el estado de intoxicación no se haya ocasionado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de esa intoxicación, probablemente, se incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o se haya ignorado el riesgo de que ello ocurriera.*

En vez de descartar la intoxicación voluntaria como eximente de responsabilidad penal, la misma fue incluida en el artículo 31.1, inciso b), del Estatuto de Roma, como ya se dijo. Sin embargo, los Estados negociadores del Estatuto, insertaron el principio *actio libera in causa*⁶⁵ en el último elemento que integra la regulación de esta eximente de responsabilidad, a fin de prevenir que la intoxicación voluntaria pudiese ser empleada de mala fe por un acusado, esto es, “a sabiendas” o “ignorando el riesgo” de cometer un crimen como resultado de dicha intoxicación.

De esta forma, en primer término, se elimina la posibilidad de que una persona pueda intoxicarse a sí misma de manera voluntaria, “**a sabiendas de que, como resultado de esa intoxicación, probablemente, incurriría en un crimen competencia de la Corte Penal Internacional**”; ello impide la generación de una auto intoxicación voluntaria para cometer un crimen o para hacerse del “valor” para cometerlo (“*Dutch courage*”)⁶⁶ y, posteriormente, esgrimir el estado de intoxicación como eximente de responsabilidad.

En segundo aspecto, se descarta la posibilidad de que una persona pueda intoxicarse a sí misma de manera voluntaria, “**ignorando el riesgo de que ésta pudiese cometer un crimen, como consecuencia del estado de intoxicación que se provoca**” y, posteriormente, argumente a su favor dicha eximente de responsabilidad. Sobre esta segunda opción, se ha señalado que la misma implica la demostración de un *dolus eventualis* que, a su vez, exige acreditar que la persona sabía que, como consecuencia de su intoxicación voluntaria, existiría el riesgo de que la misma pudiese cometer un crimen

⁶⁴ ZGAGA, S., *Op. Cit.*, p. 156.

⁶⁵ Sobre el principio *actio libera in causa* consúltese de manera general: CUERVO CRIALES, B., “Actio Libera in Causa”, Vínculos, Vol. 10., No. 2, 2013, pp. 7-22.

⁶⁶ REED, A. Y WAKE, N., “Potentiate Liability and Preventing Fault Attribution: The Intoxicated Offender and Anglo-American Dépeçage Standardizations”, *The John Marshall Law Review*, Vol. 41, No. 1, 2013, pp. 57-114, en particular pp.73-74.

y decidió correr dicho riesgo, estando dispuesto a cometer ese ilícito⁶⁷. No obstante, coincidiendo con AMBOS y ESSER, este sub-elemento, al parecer, no implica la indispensable demostración de un *dolus eventualis*, sino sólo la de un actuar imprudente o negligente⁶⁸, pues ello se desprende de la interpretación textual del enunciado: “...*haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriere...*”, contenido en la parte final del artículo 31.1, inciso b), del Estatuto de Roma, ya que éste alude a acreditar exclusivamente que la persona sabía que, como consecuencia de su intoxicación voluntaria, existiría el riesgo de que la misma pudiese cometer un crimen, y decidió ignorar dicho riesgo (siendo, por tanto, innecesario demostrar que la persona estaba dispuesta a cometer ese crimen).

Por consiguiente, es posible sostener que para acreditar la eximente de responsabilidad consistente en la intoxicación voluntaria no es indefectible demostrar la existencia de un *dolus eventualis*, pues para ello sólo basta acreditar que el acusado actuó imprudente o negligentemente, por estar consciente de que, como consecuencia de su intencional intoxicación, existiría el riesgo de que el mismo pudiese cometer un crimen, y decidió ignorar ese riesgo.

Conclusiones.

El Derecho Internacional Penal, en sus orígenes, se enfocó en el desarrollo normativo de la responsabilidad internacional penal del individuo, por ser ésta la base jurídica que, a la postre, legitimaría y haría factible el juzgamiento y la sanción penal de los principales responsables de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, los esfuerzos por sancionar a los responsables de tales vejaciones conllevaron, en general, a que normativamente el Derecho Internacional Penal regulara de manera asténica el derecho de defensa de un acusado y, en particular, a que las eximentes de responsabilidad penal no fueran codificadas.

Durante los juicios de Núremberg, las primeras eximentes de responsabilidad fueron esgrimidas a favor de distintos acusados; la ausencia de su regulación en el

⁶⁷ MERKEL, R., “Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 114, 2009, pp. 437-454, en particular p. 444.

⁶⁸ AMBOS, K., “Defences in International Criminal Law”, *Op. Cit.*, p. 306.

Estatuto del Tribunal Internacional Militar no fue un impedimento para que éste las regulara jurisprudencialmente.

Ya iniciada la década de los noventa y con posterioridad a la misma, tanto los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, como algunos de los Tribunales Mixtos o Híbridos, desarrollaron las eximentes de responsabilidad penal, pero también por la vía jurisprudencial, toda vez que en ninguno de los estatutos de estos Tribunales se incluyó su regulación.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional constituye el primer instrumento en Derecho Internacional Penal en codificar las eximentes de responsabilidad, tras incluir en su artículo 31.1, un catálogo de éstas, entre las que se encuentran la incapacidad mental y el estado de intoxicación.

Sin embargo, tras analizar los correspondientes elementos *sine qua non* de la incapacidad mental y del estado de intoxicación, a la luz de su regulación en el citado Estatuto, es posible advertir cuatro principales aspectos de especial trascendencia.

Primero, que la eximente de responsabilidad penal concerniente a la incapacidad mental, es distinta de la atenuante de la pena relativa a la capacidad mental disminuida, que fue regulada jurisprudencialmente tanto por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, como por el Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia.

Segundo, que el nivel probatorio exigido para acreditar la incapacidad mental es muy alto y parase no estar apegado a la realidad, pues para tal efecto se exige demostrar el padecimiento de una incapacidad mental del cien por ciento, lo que se traduce en acreditar la existencia de una destrucción total de la capacidad cognitiva (para apreciar la ilicitud de la conducta cometida) o de la capacidad volitiva (para controlar sus actos, a fin de evitar transgredir la ley); efectos que la gran mayoría de los trastornos mentales no producen en aquellas personas que son capaces de participar en un conflicto armado o en la comisión de crímenes internacionales.

Tercero, que el Estatuto de Roma es omiso en regular el tratamiento que, con posterioridad al juicio, debe otorgarse a un acusado que exitosamente acreditó padecer una enfermedad o deficiencia mental como eximente de responsabilidad. Por lo que, ello tendrá que ser normado jurisprudencialmente por la Corte Penal Internacional

Cuarto, que para acreditar la intoxicación voluntaria, como eximente de responsabilidad, no es necesario demostrar *a fortiori* un *dolus eventualis*, esto es, que el acusado sabía que, como consecuencia de su intoxicación voluntaria, existiría el riesgo de que el mismo pudiese cometer un crimen, y decidió correr dicho riesgo, estando dispuesto a cometer ese ilícito, pues para tal efecto sólo basta probar el actuar imprudente o negligente del acusado, es decir, que éste sabía que, como consecuencia de su intoxicación voluntaria, existiría el riesgo de que el mismo pudiese cometer un crimen, y decidió ignorar dicho riesgo.

Bibliografía.

AFFI, A. y AFFI, H., *Contemporary Interpretation of Islamic Law*, Matador, Reino Unido, 2014.

ALEJANDRO, E., “Neuroticismo, Extraversión y Estilo Atribucional en Veteranos de Guerra: Una Aproximación desde el Estrés Postraumático”, *Interdisciplinaria*, Vol. 21, No. 2, 2004.

AMBOS, K:

-“Defences in International Criminal Law”, en Brown, B., (Ed.) *Research Handbook on International Criminal Law*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2011.

-“Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code: Observations from an International Criminal Law Viewpoint”, *European Journal of International Law*, Vol. 7, No. 4, 1996.

BENNETT, T. y HOLLOWAY, K., *Understanding Drugs, Alcohol and Crime*, Open University Press, Nueva York, 2005.

BOISTER, Neil y CRYER, Robert, *The Tokyo International Military Tribunal – A Reappraisal*, 1ª Edición, Oxford University Press, Nueva York, 2008.

BRITT, T., “The Stigma of Mental Health Problems in the Military”, *Military Medicine*, Vol. 172, No. 2, 2007.

CARVAJAL, C., “Trastorno por Estrés Postraumático: Aspectos Clínicos”, *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, Vol. 40, No. 2, 2002.

CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, 2ª Edición, Oxford University Press, Nueva York, 2008.

COMITÉ PREPARATORIO SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL:

- Grupo de Trabajo sobre Principios Generales de Derecho Penal y Sanciones, Motivos para la Exclusión de Responsabilidad Penal o para la Mitigación de la Sanción, Documento A/AC.249/1997/WG.2/DP.2, 21 de febrero de 1997.

- Grupo de Trabajo sobre Principios Generales de Derecho Penal y Sanciones, Documento de Trabajo presentado por Argentina, Canadá, Francia, Alemania, México, Portugal y Estados Unidos, Definición de Defensas, Documento A/AC.249/1997/WG.2/DP.3, 21 de febrero de 1997.

CUERVO CRIALES, B., “Actio Libera in Causa”, *Vínculos*, Vol. 10., No. 2, 2013.

DIMOCK, S., “What are Intoxicated Offenders Responsible for? The Intoxication Defense Re-examined”, *Criminal Law and Philosophy: An International Journal for Philosophy of Crime, Criminal Law and Punishment*, No. 1, 2010.

DINGWALL, G., *Alcohol and Crime*, Willan Publishing, Nueva York, 2006.

DRESSLER, J., *Understanding Criminal Law*, 4a Edición, LexisNexis, Nueva Jersey, 2006.

ESSER, A., “Grounds for Excluding Criminal Responsibility [Article 31 of The Rome Statute]”, en TRIFFTERER, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, 2ª Edición, Baden-Baden: Nomos, Portland, 2008.

GARCÍA, I., *Corán. Traducción Comentada*, Casas, Barranquilla, 2013.

GILBERT, J., “Justice not Revenge. The International Criminal Court and The Grounds to Exclude Criminal Responsibility-Defences or Negation of Criminality?”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 10, No. 2, 2006.

HALL, J., “Intoxication and Criminal Responsibility”, *Harvard Law Review*, Vol. 57, No. 7, 1944.

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL (NUREMBERG), Judgment of 1 October 1946, in *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22nd August, 1946 to 1st October, 1946)*.

KELSEN, H:

- “The Rule Against Ex Post Facto and the Prosecution of the Axis War Criminals”, *The Judge Advocate Journal*, Vol. II, No. 3, 1945.
- “Collective and Individual Responsibility for Acts of State in International Law”, *Jewish Yearbook of International Law*, 1948.

- “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, *International Law Quarterly*, Vol. I, No. 2, 1947.
- “Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to Punishment of War Criminals”, *California Law Review*, Vol. 31, No. 5, 1943.

KELLER, Andrew, “Punishment for Violations of International Criminal Law: An Analysis of Sentencing at the ICTY and ICTR”, *International and Comparative Law Review*, Vol. 12, No. 1, 2001.

KNOOPS, G., *Defenses In Contemporary International Criminal Law*, 2a Edición, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008.

KRUG, P., “The Emerging Mental Incapacity Defense in International Criminal Law: Some Initial Questions of Implementation”, *American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 2, 2000.

LEE, R., *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, La Haya, 1999.

MADDAN, S. y WALKER, J., *Criminology and Criminal Justice. Theory, Research Methods, and Statistics*, Jones & Bartlett Learning, Massachusetts, 2011.

MALEKIAN, F., *Principles of Islamic International Criminal Law: A Comparative Search*, 2a Edición, BRILL, 2011.

MERKEL, R., “Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 114, 2009.

MOORE, M., “Legal Conceptions of Mental Illness”, en BRODY, B. y ENGELHARDT, T. (Ed.), *Mental Illness: Law and Public Policy*, D. Reidel Publishing Co., Boston, 1980.

NACIONES UNIDAS:

- Conferencia Diplomática de Naciones Unidas de Plenipotenciarios sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma 15 de junio - 17 de julio 1998, Registro Oficial, Volumen I, Documentos Finales, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y Acta Final de la Conferencia Diplomática de Naciones Unidas de Plenipotenciarios sobre el Establecimiento de una Corte

Penal Internacional [con un anexo que contiene la resolución adoptada por la Conferencia], Documento A/CONF.183/13(Vol.I).

- Documento A/49/10 (F), Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional, artículo 33, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 46ª Período de Sesiones, celebrado del 2 de mayo al 22 de julio de 1994.
- Documento A/CONF.183/2/Add.1, Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional, artículo 31, Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 14 de abril de 1998.
- Documento A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.1/Rev.1, Informe del Grupo de Trabajo sobre los Principios Generales del Derecho Penal, 2 de julio de 1998.
- Documento S/25704*, Informe Presentado por el Secretario General de Conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, 20 de mayo de 1993.

OWAYDHAH, K., “Justifications and Concepts of Criminal Liability in Shari’ah”, *Humanities and Social Sciences Review*, Vol. 3, No. 2, 2014.

PETER, CHRIS, “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: Sancionar a los Asesinos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 22, No. 144.

REED, A. y WAKE, N., “Potentiate Liability and Preventing Fault Attribution: The Intoxicated Offender and Anglo-American Dépeçage Standardizations”, *The John Marshall Law Review*, Vol. 41, No. 1, 2013.

REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Documento IT/32/Rev.50, 8 de julio de 2015.

ROACH, K., *et al.*, *Criminal Law and Procedure: Cases and Materials*, 9ª Edición, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, 2004.

SALTON, C., “Mental Incapacity and Liability Insurance Exclusionary Clauses: The Effect of Insanity upon Intent”, *California Law Review*, Vol. 78, No. 4, 1990.

SCALIOTTI, M., “Defences before the International Criminal Court: Substantive Grounds for Excluding Criminal Responsibility - Part 1”, *International Criminal Law Review*, Vol. 111, 2001.

SCHABAS, W., *An Introduction to the International Criminal Court*, 3a Edición, Cambridge University Press, Nueva York, 2007.

SERVÍN RODRÍGUEZ, C:

- *El Artículo 98 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Renuncia a la Inmunidad y Consentimiento a la Entrega. Los Acuerdos Bilaterales de E.E.U.U.: ¿Una Celada que Limita la Competencia de la Corte y Pone en Riesgo su Efectividad?*, Universidad Internacional de Andalucía, Huelva, 2014.

- “La Internacionalización de la Responsabilidad Penal del Individuo: El Principio Aut Dedere Aut Iudicare como Suplemento de los Ordenamientos Jurídicos Nacionales”, en GARCÍA RAMÍREZ, S., *Derecho Penal. Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, II Proceso Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, 2004.

- *La Paz: ¿Un Objetivo de la Corte Penal Internacional?*, Porrúa, Ciudad de México, 2013.

- *Más Allá de la Impunidad: Incorporando la Paz en las Funciones de la Corte Penal Internacional*, Universidad de Granada. Instituto de la Paz y los Conflictos, Granada, 2016.

SILVA SANTAULARIA, NATALIA, “Mental Insanity at the ICC. Proposal for a New Regulation”, en WHITE, MARK, *The Insanity Defense. Multidisciplinary Views on Its History, Trends, and Controversies*, ABC-CLIO, LLC, Santa Barbara, 2017.

SPARR, L., “Mental Incapacity Defenses at the War Crimes Tribunal: Questions and Controversy”, *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 33, No. 1, 2005.

STUCKENBERG, C., “Comparing Legal Approaches: Mental Disorders as Grounds for Excluding Criminal Responsibility”, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 4, No. 1, 2016.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code, Official Draft and Explanatory Notes*, Filadelfia, 1985, artículo 4.01, visible en <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>, sitio consultado por última ocasión el 28 de junio de 2018.

THE LAW COMMISSION, *Consultation Paper No, 127, Intoxication and Criminal Liability*, HMSO, Londres, 1993.

TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA:

- Caso No. IT-96-21-T, Fiscal Vs. Delalic, Mucic, Delic and Landzo, sentencia de 16 de noviembre de 1998.
- Caso No. IT-96-21-A, Fiscal Vs. Delalic, Mucic, Delic and Landzo, sentencia de 20 febrero de 2001.
- Caso No. IT-98-30/1, Fiscal Vs. Kvočka, Kos, Radic, Zigic y Prcac, sentencia de 2 de noviembre de 2001.
- Caso No. IT-98-30/1-A, Fiscal Vs. Kvočka, Kos, Radic, Zigic y Prcac, sentencia de 28 de febrero de 2005.
- Caso No. IT-98-30/1, Fiscal Vs. Vasiljević, sentencia de 2 de noviembre de 2001.
- Sala de Juicio, Fiscal Vs. Delalic, Mucic, Delic and Landzo, Orden sobre la Solicitud Formulada por Esad Landzo Relacionada con la Disminución o Falta de Capacidad Mental, 18 de junio de 1998.

TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF LIBERIA, *Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Liberia*, Vol. I: Findings and Recommendations, 2009.

UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 3, Trial of Yamamoto Chusaburo, HMSO, Londres, 1946.

VAN SLIEDREGT, E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, Asser Press, La Haya, 2003.

WHITE, Mark, *The Insanity Defense. Multidisciplinary Views on Its History, Trends, and Controversies*, ABC-CLIO, LLC, Santa Barbara, 2017.

YEO, S., “Insanity Defense in Criminal Law of the Commonwealth of Nations”, *Singapore Journal of Legal Studies*, diciembre, 2008.

ZGAGA, S., “Intoxication and Criminal Liability in International Criminal Law”, *Law Journal of the Higher School*, Vol. 2, 2014.

EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA POLÍTICA SOCIAL EN MÉXICO¹

*THE RECOGNITION OF THE SOCIAL RIGHTS AND THE CONSTRUCTION OF
THE SOCIAL POLITICS IN MEXICO*

Diana M. Verdiales López²
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

La construcción de la política social en México empezó a gestarse tímidamente tras de la promulgación de la Constitución de 1917, pero no se constituyó como un sistema de protección social sino hasta los años noventa. Sus inicios los podemos observar en la construcción del plan de estrategia social diseñado en los años cuarenta. Posteriormente, durante los años ochenta, hemos podido constatar como México desarrolló sus primeros programas sociales debido al aumento de la pobreza y la desigualdad, producto de las constantes crisis económicas. A pesar de ello, no es sino hasta los años noventa cuando México empieza a desarrollar una estructura social más sólida, con la implementación de los programas de tercera generación. Con la llegada del nuevo siglo, y producto del cambio democrático en la política nacional, el gobierno nacional intentó construir una nueva política social evitando incluir las estrategias asistencialistas utilizadas por los gobiernos anteriores. Sin embargo, la política social del gobierno del cambio no logró consolidar un nuevo sistema de protección social y, por ende, producir los cambios sociales que tanto requería el país. Esta situación conllevó que las instituciones sociales creadas hasta entonces, bases del desarrollo, presentaran enormes fracturas difíciles de reparar, obstaculizando con ellos los intentos en vano, para la construcción de una sólida estructura de bienestar social, dejando en su lugar, un débil sistema de protección social, que opera en la actualidad con enormes deficiencias.

¹ Artículo recibido el 13 de noviembre de 2017 y aprobado el 23 de marzo de 2018.

² Doctora en Derechos Humanos, Paz y Desarrollo Sostenible por la Universidad de Valencia, España. Maestría en Relaciones Económicas Internacionales y Cooperación Unión Europea-América Latina, por la Universidad de Guadalajara, México. Personal Docente Investigador de la Universidad Rey Juan Carlos. Responsable de Proyectos de Investigación y Cooperación del Centro de Estudios de Iberoamérica, URJC. diana.verdiales@urjc.es.

PALABRAS CLAVE: Política Social, derechos sociales, pobreza, programas sociales, democracia y Estado de Derecho.

ABSTRACT

The construction of social policy in Mexico began to gestate timidly after the promulgation of the Constitution of 1917, but it was not constituted as a system of social protection until the nineties. Its beginnings can be seen in the design of the social strategy plan done in the 1940s. Later, during the 1980s, we were able to see how Mexico developed its first social programs due to the increase in poverty and inequality, the result of the constant economic crises. In spite of this, it is not until the nineties when Mexico begins to develop a stronger social structure, with the implementation of the programs of third generation. With the advent of the new century, and the product of democratic change in national politics, the federal government tried to build a new social policy by avoiding the inclusion of the assistentialist strategies used by previous governments. However, the social policy of the Government of change failed to consolidate a new system of social protection and thus produce the social changes that the country so required. This situation ensured that the social institutions created until then, bases of the development, presented enormous fractures difficult to repair, hindering with them the attempts in vain, for the construction of a solid structure of social welfare, leaving instead a weak system of social protection, which currently operates with enormous shortcomings.

KEYWORDS: Social Politics, social rights, poverty, social programs, democracy and State of law.

SUMARIO: *Introducción. II. La construcción del pacto social en México. II.1 Período sustitutivo (1940-1980). II.2 Reformas liberales en la década de los '90. II.3 Alternancia democrática y transición política (2000-2012). II.4. Consolidación democrática o vuelta al pasado. III. Conclusiones.*

* * *

Introducción.

Los problemas más graves en México han sido y siguen siendo, la pobreza y la desigualdad social. Dichos problemas provocaron el levantamiento armado de gran parte de la población que demandaba, entre otras cosas, mejores condiciones de vida, dando paso con ello a la Revolución Mexicana en 1910³.

Uno de los logros más importantes de la Revolución Mexicana, fue el reconocimiento de los derechos sociales de la población, los cuales fueron plasmados en la Constitución Política Mexicana de 1917⁴.

Cabe recordar que tanto la Constitución Mexicana de 1917 como la Constitución de Weimar de 1919 fueron las primeras en reconocer los derechos sociales de su población, principalmente de sus trabajadores. Convirtiéndose en las Constituciones pioneras en el reconocimiento de los derechos sociales a nivel internacional. Aunque, con el paso del tiempo, la Constitución Alemana fue adquiriendo cada vez mayor fuerza en su aplicación, la Constitución Mexicana se fue quedando como mera referencia normativa, carente de fuerza jurídica y fuertemente influenciada por el sistema corporativista y clientelar creado durante el periodo postrevolucionario.

Los gobiernos postrevolucionarios fueron reconociendo la existencia de la pobreza al tiempo que reflexionaban sobre los efectos que ésta producía en la sociedad y, como consecuencia, en logro del desarrollo nacional. Por tal motivo, se comenzó a considerar la pobreza como un problema social y para mitigar los efectos provocados en gran parte de la sociedad, se dio paso a la construcción de las primeras instituciones y programas sociales, sobre todo en materia de seguridad social.

³ Es necesario señalar que la Revolución Mexicana de 1910 fue el medio de resolución entre el fracaso de la autorregulación del mercado y el reclamo tanto de las clases populares como de la burguesía nacional. Siendo ésta última la beneficiaria de la lucha armada y la encargada de instaurar un nuevo régimen liberal y un Estado de Derecho mediante la transformación de las estructuras económicas, políticas y sociales de la nación, producto de la necesidad de crecer como unidad nacional como requisito del contexto internacional. Por tanto, la Revolución Mexicana de 1910, es considerada por distintos analistas como una revolución burguesa, democrática, liberal, social y constitucional, que buscó eliminar los lastres políticos tradicionales que amenazaban el desarrollo del capitalismo mexicano. Ruiz (2000, pp. 83-84).

⁴ Los principales derechos sociales reconocidos en la Constitución Política Mexicana de 1917 son: Art. 1: Derecho a la igualdad y la no discriminación, Art. 3: Derecho a la Educación, Art. 4. Derecho a la Vivienda, a un Medio Ambiente adecuado, a la Alimentación, a la Protección de la Salud y la Igualdad de Género, Art. 123. Derecho al Trabajo y previsión social. Ruiz (2000, pp. 84-86).

Desde el período postrevolucionario hasta el fin del gobierno del Lic. Lázaro Cárdenas⁵, la política educativa y de salud (con la ampliación de la cobertura de los programas de salud) fueron los ejes principales de la política social. La seguridad social fungía como una política gubernamental de interacción entre el Estado postrevolucionario y la clase obrera.

Entre los avances más importantes que se presentaron en materia social⁶, durante el periodo postrevolucionario, fueron la creación de la *Secretaría de Educación Pública* en 1921, implementando desde su inicio un programa nacional de alfabetización a nivel primaria; la creación en 1929 de la *Ley de Seguro Social* con el objetivo de garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica así como las cuestiones relacionadas con las pensiones; la creación en 1930 de la *Ley de Planeación Democrática* con el propósito de coordinar y encauzar las actividades de las distintas dependencias del gobierno para conseguir el desarrollo material y constructivo del país; la fijación de un salario mínimo para los trabajadores, durante el gobierno de Abelardo L. Rodríguez así como la creación del *Código Sanitario* en 1933; la creación del *Comité Nacional de Defensa del Proletariado* en 1935, el *Instituto Politécnico Nacional* en 1936 y la *Secretaría de Asistencia Pública* en 1937; y ese mismo año, dentro de ésta Secretaría, el *Departamento de Asuntos Indígenas*⁷. Es necesario precisar que las políticas sociales del Presidente Lázaro Cárdenas concedieron la libertad de negociación y organización de los trabajadores, pero no les proporcionó un sistema de seguridad social integral como tal. A finales de los años treinta, los servicios de salud en México estaban a cargo de la beneficencia pública y privada, ya que el Estado no sentía la responsabilidad de hacerse cargo de ello.

⁵ Entre 1930 y 1970 se crean y amplían una serie de instituciones e instrumentos jurídicos, materiales, ideológicos y políticos que caracterizaron la política económica y social de México, tras el pacto posrevolucionario. Ruiz (2000, p. 88).

⁶ Las acciones del Estado estuvieron encaminadas hacia el aumento del gasto social, los subsidios, el impulso al empleo y la reforma agraria, generando una estructura institución con gran capacidad para garantizar el abasto de mercancías, la mano de obra, los insumos básicos, así como la creación de instituciones como la CONASUPO, NAFINSA, IMSS, BANOBRAS, CAPUFE, PEMEX, AHMSA, CFE, CNI, BNCA entre otros. Véase Ruiz (2000, p. 88).

⁷ CESOP (2006).

II. La construcción del pacto social en México.

La política social mexicana⁸, como bien señala el especialista en política social mexicana, Enrique Valencia, ha tenido tres objetivos fundamentales en materia política, social y económica del país, los cuales son: la mejora en las condiciones de la población, la legitimación del régimen político y el apoyo al proceso económico o al modelo económico vigente. Dichos objetivos se manifestaron en un pacto social (implícito), expresado de diversas formas, principalmente durante tres primeras etapas, las cuales se describen a continuación⁹:

II.1 Período sustitutivo (1940-1980).

Durante este período la política social de México fue de corte dualista. El pacto social estuvo vigente durante todo este período y sirvió como un elemento central del modo de regulación de los riesgos sociales.

México empezó a construir su sistema de protección social a partir de los años cuarenta durante el gobierno del Presidente Manuel Ávila Camacho (1940-1946), creando durante este periodo la mayoría de las instituciones de protección social¹⁰. En 1940 se crea la *Secretaría de Trabajo y Previsión Social* con el objetivo de responder a las demandas de los trabajadores. En 1943 se crea el *Instituto Mexicano de Seguridad Social* (IMSS) y la *Secretaría de Salubridad y Asistencia* (SSA), ambas consideradas como los pilares fundamentales de la seguridad social en México (CESOP, 2006). El IMSS además de estar dirigido a los grupos de la sociedad industrial urbana también establecía un nuevo pacto entre la industria, los obreros y el Estado en cuanto a la financiación de las prestaciones en materia de salud y seguridad social. Mientras que la Secretaría de Salubridad y Asistencia (SSA) debía hacerse cargo de la salud preventiva y de la asistencia pública de los más pobres los cuales no estaban cubiertos por la seguridad social. En materia educativa se inicia, en 1944, la cruzada nacional de alfabetización, impulsando con ello la universalización de la educación básica en el país. En materia política se promulgó, en 1946, la *Ley Federal Electoral* la cual promovía la formación de

⁸ Es necesario señalar otras opiniones que aseguran que la construcción de la base social en México se desarrolló durante cuatro periodos claves, como fueron: 1). 1917-1940. *Constitución de la Política Social. Caracterizado por un orden sociopolítico autoritario y corporativo*. 2). 1940-1982. *Articulación entre la Política Social y el Modelo de Sustitución de Importaciones*. 3). 1982-1988. *Crisis de articulación entre la Política Social y la Industrialización*. 4). 1988-a la fecha. *Cambio en el paradigma del bienestar*. Barba (2007, pp. 47-61).

⁹ Valencia (2006, pp. 82-94).

¹⁰ Barajas (2010) y CESOP (2006).

nuevos partidos políticos y permitía también el voto a los mayores de 18 años que estuviesen casados, así como la inclusión, por primera vez, de las mujeres para ejercer su derecho al voto en elecciones municipales y elecciones a diputados.

A principios de los años cincuenta se produce un cambio en la estructura de la sociedad, ya que se da un flujo masivo de la población rural a la ciudad, producto del deterioro en las condiciones de vida de los trabajadores agrícolas y del aumento de oportunidades de empleo que empezaban a surgir en las grandes ciudades. Lo que provocó que se hiciera más notoria la división de clases sociales, las cuales comenzaron a fraccionarse en clases alta, media y baja (obrera).

En términos económicos, la tasa de crecimiento en México entre 1950 y 1970 fue del 6%, representando un aumento del producto per cápita del país del 3% anual, lo que mantenía la confianza en la economía nacional. Sin embargo, en los años siguientes México experimentó diversas crisis que provocarían una desaceleración del crecimiento económico. Lo que ocasionó, que entre 1970 y 1994, el crecimiento tuviera una tasa anual de casi un 4%, siendo el peor periodo el comprendido entre 1981 y 1994 donde solamente se creció un 1.4%¹¹.

Para minimizar los efectos económicos producidos en los grupos más vulnerables, como son los niños, se creó en 1952 la *Oficina Nacional para los Niños* cuyo objetivo era atender de forma especializada la salubridad y atención materno-infantil a través de programas de guarderías, de la dotación de subsidios familiares y de programas de educación familiar. Pese a los esfuerzos realizados por dicha oficina no se terminó con los problemas de indigencia y desnutrición infantil, por lo que en 1961 se creó el *Instituto Nacional de Protección a la Infancia (INPI)* y en 1968 el *Instituto Mexicano de Atención a la Niñez (IMAN)* para la atención de niños y niñas huérfanos, abandonados, desvalidos, discapacitados o con ciertas enfermedades.

Otro aspecto importante a resaltar en materia de salud fue la creación, en 1960, del *Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado (ISSSTE)* el cual proveería de atención médica y prestaciones económicas, sociales y culturales a los funcionarios públicos del país¹². En 1972 se crea el *Instituto del Fondo Nacional de la*

¹¹ DOF (1995, p. 73).

¹² Uribe (2011) y Mariñez (2002).

Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT) para dar cumplimiento al derecho a la vivienda, emanado del Art. 4 de la Constitución de 1917.

A finales de la década de los setenta el modelo de protección social de México, basado en la seguridad social, sufrió un duro golpe producto de los efectos colaterales ocasionados por la crisis internacional de 1973. Dicha situación generó la necesidad de combatir los alarmantes niveles de pobreza y desigualdad mediante estrategias de creación de empleo¹³.

La implementación de un régimen de bienestar dual en México¹⁴ condujo a la fragmentación de las clases sociales, privilegiando a los trabajadores organizados, los cuales contribuían y garantizaban la estabilidad del régimen. Estos grupos organizados cercanos al poder, llamados comúnmente “charristas”, vivían de los favores de los dirigentes y mantenían privilegios personales a cambio de fungir como instrumento de control sobre algunas organizaciones sociales bajo métodos coercitivos y corruptos¹⁵.

El resto de la población, compuesto por los grupos de trabajadores por cuenta ajena, trabajadores del campo o población desempleada, quedaban fuera del sistema de protección social. Lo que evidenció más la ineficiencia en la cobertura del sistema de protección social creado hasta entonces.

Tal como nos indica el investigador Peter Ward, la población no podía exigir recursos como derechos propios sino que tenían que “intercambiarlos por apoyo político, buena conducta y obediencia a la autoridad... utilizando el bienestar social como un medio para aliviar la presión social¹⁶”.

La tensión social generada por el deterioro de las condiciones de vida de la población, se manifestó en movilizaciones sociales masivas, mismas que condujeron nuevamente al interés y preocupación por parte del Estado para favorecer dichas condiciones sociales. Diseñando para ello programas de combate a la pobreza, los cuales

¹³ El acceso a la seguridad social en 1970 era un privilegio de un bajo porcentaje de la población (23.1%). El corte clientelar fue entre asalariados y no asalariados. Valencia (2007, p. 9). Véase en Uribe (2011, p. 51)

¹⁴ El esquema dual tuvo rasgos universalistas que podían apreciarse únicamente en el discurso posrevolucionario el cual tenía un sentido de justicia social, sin embargo, en la práctica las políticas de bienestar beneficiaron a ciertos estratos de la población, sobre todo aquellos cercanos a las instituciones oficiales, a los sindicatos o a los grupos pertenecientes al Partido Revolucionario Institucional. Véase en Barajas (2010, p. 63); y en CESOP (2006, p. 13).

¹⁵ Ruiz (2000).

¹⁶ Véase en Ruiz (2000, p. 119) y en Mariñez (2002, p. 4).

se convertirían poco a poco en el sustituto de los servicios prestados por parte la seguridad social.

Los primeros programas de combate a la pobreza, los cuales se explicarán a detalle más adelante, fueron la *Coordinación General del Plan Nacional de Zonas Deprimidas y Grupos Marginados (COPLAMAR)*, el *Programa de Inversiones Públicas para el Desarrollo Rural (PIDER)*, el *Sistema Alimentario Mexicano (SAM)* y el *Programa de Nacional de Solidaridad (PRONASOL)*. A pesar de las objetivos estipulados en dichos programas para mejorar las condiciones de vida de la población más necesitada y generar desarrollo, estos programas de ayuda a los más necesitados no constituyeron una estrategia integral en la lucha contra la pobreza debido a que operaron de forma aislada y descoordinada repercutiendo negativamente en los resultados de reducción de la pobreza¹⁷.

El *Programa de Inversiones Públicas para el Desarrollo Rural (PIDER)*, fue una propuesta del gobierno para elevar la capacidad productiva de los campesinos rurales. Fue creado en 1973 bajo la administración de Luis Echeverría Álvarez con el propósito de apoyar las deficiencias detectadas en el sector rural, desarrollando obras de infraestructuras y otorgando servicios sociales a las zonas más marginadas del país. Asimismo pretendía generar fuentes permanentes de trabajo para que los campesinos se quedaran en sus lugares de origen y de esa manera se promoviera el desarrollo en el campo y frenara la migración de los campesinos a la ciudad¹⁸. Los resultados del PIDER fueron limitados¹⁹ debido a la falta de experiencia en la gestión de los programas sociales así como la falta de normativas y directrices claras para su efectiva gestión, afectando directamente la transferencia de los recursos. Sin embargo, podemos considerar que a partir de la aplicación de dicho programa se inicia una nueva dinámica de acciones dirigidas al combate a la pobreza, incorporando elementos nuevos, como la gestión administrativa y la descentralización de las funciones, a través del Convenio Único de Coordinación.

¹⁷ Palacios (s/f), Ruiz (2000, pp. 95-104) y CESOP (2006, p. 7).

¹⁸ Ruiz (2000, p. 101).

¹⁹ Su cobertura logró beneficiar a un 54% de la población en todo el territorio nacional. Los recursos destinados a este programa se distribuyeron en un 70% para la inversión productiva de la agricultura y la ganadería, 20% para el desarrollo de caminos secundarios y electrificación, un 9% para infraestructura social (agua potable e infraestructura para educación) y un 1% para la evaluación de proyectos. Leco y Bollain (2013, p. 191).

La *Coordinación General del Plan Nacional de Zonas Deprimidas y Grupos Marginados* (COPLAMAR) fue creada en 1977 como parte de la política social nacional del gobierno de José López Portillo, con el objetivo de llevar a cabo una investigación sobre la situación de los grupos marginados y las zonas más deprimidas del país, que elevara la eficacia en la realización de las acciones destinadas a estos. Este programa incorporó por primera vez el término “marginado” para dirigirse a todas aquellas personas que no tuvieran acceso a una vida digna, incluyendo, además de los campesinos, a la población en estado de indigencia, desempleada y grupos indígenas²⁰. A través de dicha investigación, se obtuvo por vez primera información sobre la situación de las regiones más pobres del país y se trabajó en establecer criterios sobre mínimos básicos de bienestar. Dicha investigación sentó las bases para la elaboración de diagnósticos geográficos y sociales sobre la pobreza en México. Sus principales acciones fueron asegurar una oferta abundante de alimentos y servicios sociales; promover la creación de fuentes de empleo en las zonas más marginadas mediante el uso de los recursos públicos y privados; elevar la eficacia en el aprovechamiento de los recursos naturales de zonas marginadas mediante tecnologías modernas; e invertir recursos en materia de alimentación, salud, educación y vivienda para los estratos más bajos de la población. Sin embargo, los objetivos estipulados por la COPLAMAR desde su inicio quedaron como meras intenciones debido a que la falta de recursos y el excesivo nivel de burocracia que hicieron inviable la permanencia y efectiva gestión de dicho programa.

Pese a los esfuerzos realizados por el Estado con la implementación de dichos programas de combate a la pobreza, éstos se vieron opacados por la crisis alimentaria provocada por el déficit en la producción de maíz, trigo y frijol. Teniendo que recurrir a la importación de alimentos. Para dar solución a dicha crisis alimentaria el gobierno creó, en 1980, el *Sistema Alimentario Mexicano (SAM)*, con el objetivo de lograr la autosuficiencia alimentaria nacional, incidir en la organización de los campesinos, distribuir el ingreso a favor de los pequeños productores facilitando créditos e insumos, generar empleos rurales y apoyar la agroindustrialización y apoyar la agricultura temporal, entre otros²¹. Todo ello orientado hacia la reducción de la dependencia en la importación de alimentos y la reorientación de las prioridades del gobierno hacia el sector rural. Con el análisis e identificación de las necesidades alimentarias de las regiones más

²⁰ Ruiz (2000, pp. 102-103) y Leco y Bollain (2013, p.180)

²¹ Véase en Ruiz (2000, pp. 103-104) y en CESOP (2006, p. 12).

críticas del país, se definió en 1979 la *Población Objetivo Preferente* la cual representaba la realidad de 13 millones de personas de zonas rurales y la de 6 millones de personas en áreas urbanas²². Pese a contar con características innovadoras, como la expansión de la producción mediante el incremento del rendimiento del temporal de los pequeños productores agrícolas, este programa sufrió una brutal decadencia con el cambio de gobierno en 1982 hasta su total desaparición en 1983²³.

Como consecuencia de ello, en 1985, se determinó que el consumo básico del 50% de los hogares mexicanos era deficiente. Por tal motivo se creó en 1989 el Programa de Ayuda Alimentaria Directa para Grupos de Riesgo de Comunidades Indígenas en Extrema Pobreza, para tratar de disminuir la desnutrición en niños y mujeres lactantes o embarazadas, incentivando la producción agrícola local. Su fracaso también se debió a las condiciones económicas por las que atravesaba el país, producto de las constantes crisis económicas. Obteniendo resultados simbólicos y de bajo impacto.

Recordemos que la economía mexicana, durante los años setenta y ochenta principalmente, sufrió grandes desequilibrios derivados de las contantes crisis económicas que hicieron necesaria la solicitud de ayuda financiera internacional, teniendo que recurrir a instituciones como el Fondo Monetario Internacional o al Banco Mundial²⁴. Dichas instituciones otorgaron préstamos a México condicionadas a la implementación de reformas económicas bajo políticas de austeridad y restricción social. Bajo este contexto económico y tras varias macro devaluaciones de la moneda mexicana, el gobierno de Miguel de la Madrid se propuso implementar una serie de programas de contención y estabilidad económica a finales de 1982²⁵. Con este tipo de medidas México inició la transformación del modelo económico vigente hacia un nuevo modelo económico con enfoque más neoliberal. Dichas reformas económicas provocaron que las políticas sociales elaboradas durante esa década estuvieran fuertemente condicionadas

²² Ruiz (2000, p. 104).

²³ Este programa dejó de operar en 1983 debido, principalmente, al cambio de modelo económico, el cual pasaría a ser de mayor apertura económica y comercial, producto de las recomendaciones hechas por el FMI y el BID. Para obtener mayor información sobre las medidas implementadas por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en América Latina, véase en Williamson, John (2002), "What Washington Means by Policy Reform", Charpert 2 from Latin American Adjustment: How much has happened?, Peterson Institute for International Economics

²⁴ El diseño, la implementación y la evaluación de las políticas sociales y sus programas, a partir de los años noventa, tenían como objetivos principales el reemplazamiento del sistema de seguro social y no interrupción en el funcionamiento del mercado. Véase en Barba, Carlos (2007, p. 35).

²⁵ El Programa Inmediato de Reordenación Económica (PIRE) en 1982, el Programa de Aliento al Crecimiento (PAC) en 1986, el Pacto de Solidaridad Económica (PSE) en 1987 y el Pacto para la Estabilización y crecimiento económico (PECE) en 1989.

por la política económica vigente, disminuyendo el gasto social producto de las políticas de austeridad implementadas. Estos ajustes hicieron que los avances realizados en materia social en los años anteriores, se vieran fuertemente afectados, produciendo un malestar generalizado en la sociedad, la cual reclamaba no solamente una mejora en las condiciones sociales sino también un verdadero cambio democrático de las instituciones político-administrativas, tras varias décadas de autoritarismo, abuso del poder y corrupción²⁶.

Por lo que el sistema corporativista mexicano, creado hasta entonces, se vio fuertemente afectado por las políticas de austeridad implementadas, reduciendo con ello la participación de los charristas y las conductas clientelares. Dejando espacio para la creación y participación de organizaciones civiles, las cuales iban cobrando mayor importancia, tanto en su capacidad de organización como de actuación en la esfera social.

La sociedad entonces paso a cuidarse a sí misma a través de acciones colectivas basadas en la solidaridad, recuperando con ello su potencial de movilización y pasando de ser pasiva y dependiente a ser más participativa, heterogénea, autónoma e informada²⁷.

Tras estos acontecimientos económicos, políticos y sociales, el gobierno de Miguel de la Madrid puso en marcha una serie de medidas legislativas que se vieron reflejadas en la reforma a la Constitución, mediante la incorporación del derecho a la salud y a la vivienda digna en el Artículo 4º. Con dicha reforma no sólo se buscaba la mejora en las condiciones de vida de la población, sino mantener el equilibrio político y social, calmando los niveles de tensión existentes en la sociedad y el resto de los partidos políticos²⁸.

Durante las dos últimas décadas del siglo XX, México emprendió dos grandes reformas: *la económica*, a través de la apertura y desregulación comercial, la eliminación de subsidios, la liberalización del mercado y la privatización del sector público; y *la social* la cual se vio reflejada en la descentralización de la educación básica y los servicios de salud asistencial, (mediante la privatización de las pensiones, el recorte a los subsidios de alimentos y de fomento a la vivienda), entre otros²⁹.

²⁶ Ruiz (2000).

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ Mayer-Serra (2007) y Uribe (2011).

²⁹ Valencia y Ordóñez (2006).

Con la llegada a la presidencia de Carlos Salinas de Gortari en 1988, la sociedad demandaba mejoras en las condiciones sociales debido al desgaste político, económico y social en el que se encontraba el país. Entre las principales demandas se encontraba el mitigar los efectos de las continuas crisis económicas en la población, avanzando en la satisfacción de sus necesidades básicas y acrecentando sus capacidades de desarrollo.

Para ello creó una serie de estrategias³⁰ enfocadas a mejorar el nivel productivo y con ello las condiciones de vida.

El programa social estrella durante la presidencia de Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) fue el *Programa Nacional de Solidaridad (PRONASOL)*, el cual fue creado en 1988 y tuvo como objetivo coordinar y definir las políticas, estrategias y acciones emprendidas en la administración pública para combatir los bajos niveles de vida de la población rural y urbana mediante seis componentes básicos: alimentación, salud, vivienda, empleo, proyectos productivos y educación³¹.

El PRONASOL se consideró un programa integral al incluir estrategias de combate a la pobreza extrema a la vez que incluía programas de fomento a la vivienda, la infraestructura urbana, la salud y la educación, haciendo partícipes no sólo al gobierno federal, sino a las autoridades estatales y a la población beneficiaria. Fue el primer programa social en incorporar a la población beneficiara, participando mediante aportaciones en especie o de mano de obra. Lo que propició una nueva forma de hacer política social, incorporando conceptos como descentralización, focalización, transferencias condicionadas, competitividad, manejo del riesgo social entre otros. Todas ellas promovidas por el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial con el objetivo principal de “reducir la intervención del Estado en las cuestiones sociales³²”.

Su fracaso se debió, principalmente, a la inestabilidad económica por la que atravesaba el país, producto de las constantes crisis económicas y a la excesiva intervención presidencialista, al ser utilizado como un medio de propaganda y control político. Los incrementos en la deuda externa y, sobre todo, las recomendaciones de los organismos internacionales financiadores de la dicha deuda, orientaron la política social

³⁰ La creación de empleos y la protección al salario de los trabajadores, La atención a las demandas prioritarias de bienestar social, La protección al medio ambiente, La erradicación de la pobreza extrema. Ruiz (2000, p. 126).

³¹ Mariñez (2002, p. 6); Cogco et al (2010, p. 6-7); CESOP (2006, p. 8); Palacios (s/f, p. 5); Ruiz (2000, p. 126); y Uribe (2011, p. 54).

³² Uribe (2011).

mexicana hacia una más restrictiva y sujeta a los ajustes presupuestarios. Por lo que, como los programas anteriores, sus resultados fueron deficientes y de corto alcance, al cerrar el sexenio con la peor crisis económica registrada en el país, incrementando considerablemente el número de personas en estado de pobreza³³.

Si bien podemos afirmar que los nuevos discursos y prácticas sobre la Política Social México se empezaron a introducir durante los años ochenta, no fue hasta los años noventa cuando se consigue que la protección social empiece a priorizar estrategias de focalización para los más necesitados, trayendo consigo nuevas formas de entender la pobreza³⁴. Con todo ello podemos enfatizar que la política social en México tenía un papel secundario en el modelo de desarrollo, ya que el gobierno federal consideraba que el bienestar de la población se daría sólo gracias al crecimiento económico, sin incluir estrategias para asegurar una buena distribución de los ingresos.

Adicional a los problemas económicos y políticos, debemos recordar que México experimentó un crecimiento poblacional desmedido, pasando de 3.6 millones de hogares en 1930, a 4.8 millones en 1960 y a 18.1 millones para 1992³⁵.

Por lo que con las constantes crisis económicas y el crecimiento poblacional desmedido, la pobreza extrema se hizo aún más notable y llegó a representar a cerca de 14 millones de mexicanos en 1994, y a 52,4 millones de personas en pobreza patrimonial³⁶.

II.2 Reformas liberales en la década de los '90.

La política social mexicana durante los años noventa fue asistencialista y focalizada. El pacto social creado hasta entonces empezó a debilitarse sin generarse un

³³ Al final del sexenio del presidente Carlos Salinas de Gortari (1994), el número de mexicanos en condiciones de pobreza alcanzaba los 52,4 millones de personas. Mientras que los efectos colaterales de dicha crisis tuvieron su mayor registro en el año 1996, durante la presidencia de Ernesto Zedillo, registrando un considerable aumento en los indicadores de pobreza, representando a 69 millones de personas.

³⁴ La pobreza durante los años noventa pasó de ser un problema relacionado con la distribución, a ser un problema relacionado con la incapacidad para incorporarse a las dinámicas del mercado (Uribe, 2011).

³⁵ CESOP (2006).

³⁶ Cabe recordar que la pobreza por ingresos en México se mide en función de los valores monetarios de las personas en las líneas *alimentarias*, *de capacidades* y *de patrimonio*. La *pobreza patrimonial* representa a todas aquellas personas que tienen insuficiencia del ingreso para adquirir la canasta alimentaria, así como todos aquellos gastos relativos a la salud, vestido, vivienda, transporte y educación, aunque la totalidad del ingreso del hogar fuera utilizado exclusivamente para la adquisición de estos bienes y servicios. CONEVAL, "Medición de la pobreza" <http://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/Glosario.aspx>

modelo alternativo. Siendo hasta mediados de los años noventa, cuando se inicia una nueva etapa hacia la consolidación y evaluación de las políticas sociales en México.

La preocupación por dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de desarrollo humano y derechos humanos, hizo posible que, durante el gobierno de Carlos Salinas de Gortari, se iniciara una serie de reformas (1990-2011) para incluir en la legislación interna los compromisos internacionales en esta materia. Iniciando con la reforma, en 1990, del Artículo 1º de la Constitución Política Mexicana enfatizando que todas los mexicanos gozaran de los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en tratados internacionales suscritos; y posteriormente con la creación, en ese mismo año, de la Comisión Nacional de Derechos Humanos³⁷ para asegurar el cumplimiento de los compromisos adquiridos internacionalmente.

Con estas reformas, los derechos sociales en México se ponían en primera plana de la Agenda Política Nacional. La inclusión de los derechos y obligaciones internacionales en la legislación nacional constituyó el primer paso para su promoción y garantía de su cumplimiento en todo el territorio nacional. Para dar sustento a dichas obligaciones el gobierno mexicano adoptó el principio de “pro personae” o de la “interpretación conforme”, la cual garantiza la prevalencia de la norma que más favorezca a la persona. Con ello se produjo una necesaria unificación del sistema nacional con el internacional en materia de protección de derechos humanos y un avance importante hacia la consolidación de un sistema de bienestar social.

A partir de ahí, se inicia una etapa de los llamados programas sociales de tercera generación, representados por los programas Progresá y Oportunidades, los cuales incluían conceptos nuevos como la focalización, la descentralización de las acciones de las instituciones públicas y la co-responsabilidad.

Durante el periodo de gobierno del Presidente Ernesto Zedillo (1994-2000), se llevó a cabo la implementación de una serie de políticas de austeridad en materia económica y social, debido a la severa crisis económica en la que se encontraba el país,

³⁷ La CNDH fue constituida como el órgano encargado de vigilar y proponer el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa de los derechos humanos. La CNDH formaba parte del equipo de trabajo de la Secretaría de Gobernación, aunque fungía como un órgano descentralizado. En posteriores reformas se le dotó de autonomía presupuestaria y de gestión. La reforma Constitucional facultó a la CNDH para que estableciera mecanismos de prevención, atención y coordinación de los derechos de los nacionales y extranjeros en territorio nacional. Para mayor información sobre la creación de la CNDH, ver decreto de creación en el siguiente enlace:
http://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=200653&pagina=3&seccion=0

requiriendo para ello, el desarrollo de estrategias de descentralización administrativa y la continuación de la descentralización de estrategias fiscales iniciadas desde 1983.

Tras estas reformas de austeridad, basadas en estrategias neoliberales, la política social se vio fragmentada, producto de los errores de inclusión y exclusión de la población objetivo, por la estrategias de focalización implementadas; el privilegio de sectores corporativos como parte de la legitimación social; el apoyo al sector financiero como parte del nuevo proceso económico, mediante estrategias de ahorro forzoso; y la implementación de políticas salariales que apoyaban el modelo de competitividad y favorecían la liberalización del mercado laboral.

La creación del *Programa de Educación, Salud y Alimentación (PROGRESA)*, introdujo un nuevo esquema de operación en los programas sociales, implementando estrategias de focalización, bajo el principio neoliberal de atender a los más pobres entre los pobres. Dicho programa cambió el concepto utilizado por las anteriores administraciones federales de una política social de subsidios a la oferta por una política social de subsidios a la demanda, mediante la focalización dirigida a incrementar el desarrollo humano.

Al final de su operativa, en 1999, PROGRESA había beneficiado a 2.6 millones de familias que representaban un 40% de las familias rurales. Operando en cerca de 50 mil localidades, en más de 2.000 municipios en los 31 Estados de la República. Los resultados fueron de claro oscuros, ya que, si bien redujo un 15% los niveles de pobreza, (superando una de las mayores crisis económicas), dejó a un 53% de la población mexicana en condiciones bastante desfavorables.

II.3 Alternancia democrática y transición política (2000-2012).

Durante este período la política social se caracterizó por tener una mezcla entre el asistencialismo hacia los más pobres, heredado de los antiguos regímenes, y un intento de universalismo en el sistema de protección de salud como propuesta de la nueva forma de gobierno.

El comienzo del nuevo siglo y el cambio de partido político en el gobierno federal, con la llegada del Presidente Vicente Fox Quesada del Partido Acción Nacional (PAN) al gobierno (2000-2006), trajeron consigo los cambios necesarios no sólo en términos de

democracia y participación ciudadana sino en la administración de una nueva gestión de las políticas públicas.

La pobreza y la desigualdad seguían siendo los problemas más acuciantes del gobierno mexicano³⁸. Por lo que, a partir de 2001, se emprendieron medidas, lideradas por el gobierno federal, para establecer una metodología nacional que permitiera establecer, con mayor precisión, la medición de los índices de pobreza de aplicación en todo el país. Para ello se creó un Comité Técnico de Medición de la Pobreza (CTMP), compuesto por un grupo de expertos en la materia, procedentes de instituciones nacionales de educación e investigación³⁹.

Los resultados del CTMP se presentaron al Gabinete Presidencial de Desarrollo Social en el 2002, clasificando la pobreza según sus ingresos. Por su parte la SEDESOL propuso que la pobreza fuera clasificada en tres líneas distintas⁴⁰: *pobreza alimentaria*, la cual representa a aquella población que no puede cubrir sus necesidades básicas de alimentación al tener como ingreso entre 1.7 y 2 dólares diarios por persona; *pobreza de capacidades*, la cual representa a la población que además de no poder cubrir sus necesidades básicas en alimentación, tampoco les es posible cubrir sus necesidades en salud y educación al tener por ingresos diarios por persona entre 2.0 y 2.7 dólares; y *pobreza de patrimonio*, representa a toda aquella población que además de no poder cubrir sus necesidades básicas de alimentación, salud y educación, tampoco puede hacerlo sobre sus necesidades de vivienda y transporte al contar con ingresos diarios por persona de entre 3.0 y 4.5 dólares.

Uno de los cambios más importantes producidos en materia de desarrollo social fue la publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, en el año 2000, de la primera Ley de Desarrollo Social, la cual sería la encargada de regular, coordinar y definir los criterios de la Política Social implementados en el Distrito Federal.

³⁸ En 1996, tras los efectos producidos por la crisis económica de 1994, la cifra de pobreza patrimonial en México alcanzó los 69 millones de personas. Para el año 2000, el porcentaje de la población en estado de pobreza era de un 53%.

³⁹ Véase en CONEVAL (s/f), y en Bracamontes Nevares, (2013, p. 208).

⁴⁰ Para obtener mayor información acerca de la metodología utilizada para la medición de la pobreza en México ver en CONEVAL (2009), "Metodología para la medición multidimensional de la pobreza en México", México, D.F., o visitar: <http://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Metodologia.aspx>

A nivel nacional, se creó en el 2004 la *Ley General de Desarrollo Social (LGDS)*, con el objetivo de avanzar hacia la formalización de los programas sociales en México⁴¹.

Tras la creación de la LGDS, los trabajos realizados por el CTMD sobre la medición de la pobreza encontraron un respaldo institucional elevando a rango constitucional los lineamientos que permitiesen la evaluación y el diagnóstico periódico de las distintas dimensiones que afectan las condiciones de vida de la población. Dichas acciones serían apoyadas por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL).

Tanto la LGDS como las leyes nacionales promulgadas en México en materia de desarrollo social tienen como objetivo principal reducir la pobreza, la exclusión y la desigualdad económica y social, mediante la regulación de las políticas públicas y la garantía de los derechos sociales.

Por su parte, la Ley General de Desarrollo Social (LGDS) establece como derechos sociales la educación, la salud, la vivienda, alimentación, un medio ambiente sano, el trabajo y la seguridad social y los relativos a la no discriminación contenidos en la Constitución Política Mexicana⁴².

Los objetivos centrales de la LGDS son⁴³: Garantizar el pleno ejercicio de los derechos sociales consagrados en la Constitución Mexicana; señalar las obligaciones del gobierno, establecer las instituciones responsables del desarrollo social y definir los principios y lineamientos de generales a los que deben sujetarse la Política Nacional de Desarrollo social; establecer un Sistema Nacional de Desarrollo Social en la que participen los gobiernos estatales y municipales; regular y garantizar los servicios sociales contenidos en los programas sociales; determinar las bases para la participación social y privada; y fomentarla; establecer mecanismos de evaluación y seguimiento de los programas y acciones de la Política Nacional de Desarrollo Social; promover el establecimiento de instrumentos de acceso a la justicia, a través de la denuncia popular en materia de desarrollo social; entre otros.

⁴¹ Boltvinik (2013).

⁴² Véase en DOF (2004, p. 3); Acosta (2010, p. 155); Valencia, et al (2011, p. 7-8); y Cogco et al (2010, p.19).

⁴³ DOF (2004, p. 1).

Los principios bajo los cuales se rige la Política Nacional de Desarrollo social, según el Artículo 3º del Capítulo de la LGDS son los siguientes⁴⁴: Libertad, Justicia distributiva, Solidaridad, Integridad, Participación social, Sustentabilidad, Respeto a la diversidad, Libre determinación de los pueblos indígenas y sus comunidades, Transparencia y la Perspectiva de género⁴⁵.

Para el desarrollo óptimo de los objetivos y principios arriba descritos, la LGDS creó una serie de instituciones encargadas para el desarrollo e implementación de los mismos. Entre las cuales podemos mencionar el *Sistema Nacional de Desarrollo Social*, la *Comisión Nacional de Desarrollo Social*, la *Comisión Intersecretarial de Desarrollo Social*, el *Consejo Consultivo de Desarrollo Social* y finalmente el *Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL)*⁴⁶, el cual sería el encargado de revisar periódicamente el cumplimiento de los objetivos sociales de los programas, metas y acciones de la Política de Desarrollo Social, con el propósito de corregirlos, reorientarlos, adicionarlos o suspenderlos según sea necesario. Fue creado en el año 2006, como el organismo máximo encargado de la evaluación de los planes y programas de desarrollo social implementados en México. Por tanto, es el mayor referente sobre la evaluación de la Política Social mexicana. Actualmente evalúa los planes y programas sociales implementados en todo el territorio nacional y emite los informes correspondientes sobre la situación de pobreza en el país.

Asimismo, es importante señalar, que dicha Ley incluye un apartado de Denuncia Popular, en su Capítulo VII, Artículo 67 y 68, los cuales establecen que toda persona u organización puede presentar una denuncia por cualquier hecho o acto que produzca o pueda producir algún daño al ejercicio de los derechos establecidos en dicha Ley, especificando los pasos necesarios para realizar dicha denuncia.

Es decir, según este párrafo de la LGDS, los derechos sociales de los mexicanos son, por primera vez, exigibles y denunciables. Debiendo los beneficiarios recibir un trato respetuoso, oportuno y de calidad, con acceso a la información y privacidad de la información personal. Dicho apartado especifica también las sanciones a las cuales podrán ser sometidos los funcionarios públicos que incumplan con lo establecido en dicha Ley, ya sea por omisión o mal uso de información. Asimismo, señala, en su Artículo 18º,

⁴⁴ DOF (2004, p. 2).

⁴⁵ Fracción reformada DOF (2012).

⁴⁶ Véase en DOF (2004, p. 16); y en Acosta (2010, p. 155).

que el gasto destinado a los programas de desarrollo social no podrá ser menores en términos reales que los del año anterior inmediato y deberán incrementar en función al incremento del producto interior bruto. Evitando con ello la desaparición de los programas por falta de presupuesto por factores económicos ya sea internos o externos del país⁴⁷.

Por todo lo anteriormente expuesto podemos señalar que la LGDS constituye un cambio positivo y significativo en la mejora de los procedimientos para la elaboración e implementación de las políticas sociales en México. Para autores como Félix Acosta son dos las razones por las cuales la LGDS constituye dicho cambio tan significativo en las políticas sociales en México, las cuales se detallan a continuación⁴⁸:

1.- La política social ha sido elevada a rango de precepto legal, lo cual representa un paso importante para constituirse como una política de Estado, dando mayor certidumbre a todos los actos públicos y sociales al lograr que sus objetivos trasciendan por las distintas administraciones públicas del Estado.

2.- Al ser aprobada por unanimidad por todos los partidos políticos, establece la premisa de que la política social en México puede ser conceptualizada y analizada como un conjunto de creencias valorativas compartidas.

La creación tanto de la Ley General de Desarrollo Social en el año 2004, como del CONEVAL en el 2006, han contribuido a la formalización legal y administrativa de la política social en México, la cual ahora puede ser vista como parte de las políticas centrales del gobierno federal. Es por ello que consideramos tanto a la Ley General de Desarrollo Social como al CONEVAL los ejes fundamentales en los cuales debe basarse y apoyarse la Política Social en México.

Posterior a la creación de la LGDS y al CONEVAL, durante el gobierno de Felipe Calderón Hinojosa (2006-2012), del Partido Acción Nacional (PAN), se dieron

⁴⁷ El Artículo 19 señala expresamente como programas prioritarios y de interés público, los siguientes: los programas de educación obligatoria, las campañas de prevención y control de las enfermedades transmisibles y programas de atención médica, los programas dirigidos a las personas en condición de pobreza, marginación o en situación de vulnerabilidad, los programas dirigidos a zonas de atención prioritaria, los programas y acciones públicas para asegurar la alimentación y nutrición materno-infantil, los programas de abasto social de productos básicos, los programas de vivienda, los programas y fondos públicos destinados a la generación y conservación del empleo, a las actividades productivas sociales y a las empresas del sector social de la económica y a los programas y obras de infraestructura para agua potable, drenaje, electrificación, camino y otras vías de comunicación, saneamiento ambiental y equipamiento urbano. Art. 18 y 19 del Capítulo III, Del Financiamiento y el Gasto. DOF (2004, pp. 5-6).

⁴⁸ Acosta, (2010, p. 167).

importantes cambios y reformas en materia de desarrollo social y derechos humanos, con la intención de seguir trabajando en la consolidación de un sólido sistema de bienestar social. Por lo que, durante los primeros años de gobierno de Calderón, se continuó con el mismo esquema de desarrollo social implementado durante el gobierno de Vicente Fox Quesada. Manteniendo el programa social Oportunidades, bajo el lema de “Vivir mejor”. Con la incorporación de algunos programas específicos como: Seguro Popular para una Nueva Generación, 70 y más, Estancias Infantiles, Escuela Digna, Becas para Educación Superior Pronabes, entre otros.

Sin embargo, a la mitad de este sexenio México puso a prueba su sistema de protección social al experimentar nuevamente una crisis económica internacional, registrada en el 2009. Los riesgos de perder el empleo, de tener acceso a la salud o educación de calidad, así como de engrosar el porcentaje de pobreza fueron muy altos⁴⁹ para la mayoría de la población mexicana. Si bien, las acciones políticas y económicas lograron reconducir la situación, logrando un avance en materia de política social al final del sexenio, los retos siguieron siendo la baja calidad y cobertura de los servicios de salud y educación así como los graves problemas de pobreza⁵⁰ y desigualdad.

En lo que respecta a las reformas a la Constitución en materia de desarrollo social y derechos humanos⁵¹, y como hemos mencionado anteriormente, ésta alcanzó su total desarrollo en 2011. Siendo la Reforma más importante realizada en materia de derechos humanos, la cual representa un avance en la armonización del orden jurídico nacional con el derecho internacional de los derechos humanos. A pesar de éstas reformas, las políticas de protección y desarrollo social continuaron presentando serias deficiencias en parte por su escasa vinculación con los derechos sociales.

⁴⁹ Aunque el porcentaje de hogares sin cobertura de programas sociales ni seguridad social había disminuido considerablemente entre 1992 y 2010, pasando del 89% al 22%, todavía seguía existiendo un amplio porcentaje de la población vulnerable ante los cambios económicos y sociales. CONEVAL (2012), “Avances y Retos de la Política de Desarrollo Social en México, 2012”, México, D.F. p. 47.

⁵⁰ Según datos del CONEVAL, en el año 2000 el número de mexicanos en condiciones de pobreza ascendió a 42,9 millones, mientras que para el año 2006 el número de personas en estado de pobreza había aumentado a 51,6 millones. Mientras que el Coeficiente de Gini en 2014 fue del .503.

⁵¹ (2000). Reforma del Artículo 4 para dar paso al reconocimiento de un grupo de derechos específicos para la niñez. (2001). Reforma del Artículo 1 y 2 para dejar expresamente prohibido cualquier forma de discriminación (Art. 1) y reconocer el derecho de los pueblos indígenas (Art. 2). (2002). Se reforma el Artículo 3 para ampliar los niveles de educación básica obligatoria y gratuita, desde preescolar hasta secundaria. (2005). Reforma al Artículo 18 relativo al sistema de justicia para adolescentes.

II.4. Consolidación democrática o vuelta al pasado.

Durante el periodo de transición política podemos observar avances importantes en materia de derechos humanos y políticas sociales en México. Como hemos mencionado anteriormente durante el gobierno de Vicente Fox y Felipe Calderón (Partido Acción Nacional), se llevaron a cabo importantes reformas en materia de derechos humanos, alcanzando una total armonización de los derechos adquiridos en los tratados internacionales con la legislación nacional. Sin embargo, la práctica difiere bastante de las cuestiones legislativas en México. Por lo que la guerra contra el narcotráfico⁵² y el aumento de la pobreza y la desigualdad⁵³, dejaron en entre dicho los avances legislativos en materia de protección de derechos de la población mexicana. En relación a la política social, ésta continuó siendo asistencialista y focalizada, evidenciando su falta de conexión con los derechos sociales contenidos en la Constitución.

Durante el gobierno del Presidente Enrique Peña Nieto (2012-2018), hemos podido observar un retroceso en las prácticas de protección y respeto de los derechos humanos, así como una continuidad en los programas sociales. De igual manera se ha registrado un aumento en los niveles de pobreza⁵⁴, pese al constante crecimiento económico⁵⁵.

En cuanto a la política social del Presidente Peña Nieto, el Informe de Evaluación de la Política de Desarrollo Social del CONEVAL (2016) señala la necesidad urgente de que las políticas de desarrollo social vayan más allá de las estrategias de combate a la pobreza y que incorporen un enfoque de inclusión más universal, que incorpore al resto de los grupos sociales para que todos tengan la oportunidad de “competir

⁵² Según datos de la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública, el 24 % de la población, mayor de edad, fue objeto de asalto, robo, extorsión, fraude, amenazas, lesiones u otros delitos. Se registraron 12 millones de víctimas de violencia (27 mil homicidios dolosos en 2011), representando una tasa de violencia de 18 asesinatos por cada 100 mil en el 2011 (Irak registró una tasa de 12 asesinatos por cada 100 mil en el mismo año). Según estimaciones de esa Encuesta 12 de cada 100 ilícitos se denuncian, de los cuales 26 de cada 100 se concluyen, quedando un 98% de los delitos impunes.

⁵³ Los niveles de pobreza en el año 2006 alcanzaron a representar a 42,9 millones de mexicanos (la más baja registrada en los últimos 26 años), llegando a representar en el 2012 a 52,3 millones de mexicanos.

⁵⁴ Según datos del CONEVAL (2016), el número de mexicanos en condiciones de pobreza de patrimonio en el año 2012 ascendía a 52,3 millones de personas, mientras que para el año 2016 se llevan registradas 52,9 millones de personas. Representando un incremento de 3.9 millones de personas pobres entre el 2008 y el 2016. Asimismo, en este último año, el 85.1% de las mujeres indígenas de las zonas rurales eran pobres, mientras que 68,4 millones sufrían alguna carencia de acceso a la seguridad social.

⁵⁵ El crecimiento económico tuvo un promedio anual del 2.4% entre 1999-2016. CONEVAL (2018). La tasa inflacionaria tuvo un alza del 6.77% en el 2017, provocando que pese al crecimiento económico el poder adquisitivo disminuyó un 10,6% entre el 2005-2017.

satisfactoriamente en los ámbitos económicos, políticos y sociales⁵⁶”. Para ello es necesario la vinculación de los programas y políticas sociales con los derechos emanados en la Constitución mexicana. Y sobre la incorporación y puesta en marcha del enfoque de derechos en los programas sociales, tal como lo señala el Plan Nacional de Desarrollo (2013-2018), para dotar a los ciudadanos de las herramientas necesarias para la exigibilidad de sus derechos.

La política social ha mantenido los mismos programas que los gobiernos anteriores con pequeñas variaciones en la gestión administrativa de los mismos. Pero estos programas no han ayudado a aumentar la calidad de vida de la población más vulnerable, sino que han generado estados de dependencia y marginación en un amplio sector de la población. Por lo que los derechos sociales continúan siendo un ideal para muchos mexicanos que sueñan con una vida digna y mejor.

Conclusiones

Los programas sociales de lucha contra la pobreza, desarrollados de manera continuada durante los últimos 40 años en México, siguen sin cambiar las condiciones de vida de cerca de 65 millones de personas (la mitad de la población mexicana) que actualmente vive en condiciones de pobreza. Los resultados siguen siendo muy limitados, insuficientes y de corto plazo.

Pese al reconocimiento formal de los derechos sociales en la Constitución Política de México, no existen las garantías individuales para que dichos derechos sean ejercidos con seguridad e igualdad.

Los resultados de las políticas sociales implementadas en los últimos 40 años, reflejadas en el aumento en los indicadores de pobreza y desigualdad, nos hacen constatar la necesidad de reorientar el débil sistema de bienestar actual hacia nuevas alternativas de bienestar. Alternativas que incluyan la redefinición del modelo social actual por un modelo que incluya políticas sociales más activas y participativas, no sólo dirigidas a la población más marginada, sino enfocadas hacia el conjunto de la sociedad en su totalidad, promoviendo la equidad, la justicia social y la corresponsabilidad en todos los niveles sociales. Para ello, las políticas sociales deberán ir más allá de la simple transferencia de

⁵⁶ CONEVAL (2016, p. 17-18)

recursos humanos y capitales. Deberán transformar su enfoque hacia la investigación de las nuevas necesidades que la sociedad demanda y asegurar que la cobertura de dichas necesidades se realice bajo el enfoque de derechos humanos, es decir, garantizando la titularidad universal de los derechos sociales de todos y cada uno de los mexicanos, así como los mecanismos que aseguren su efectivo ejercicio.

Por consiguiente, consideramos que para que se dé un verdadero cambio en el diseño e implementación de las Políticas Sociales en México es necesario, en primer lugar, cambiar el actual modelo económico de corte neoliberal por uno más equitativo, que promueva la independencia presupuestaria de la política social, para asumir decididamente la erradicación de la pobreza como objetivo primordial del Estado, implicando y coordinando a todos los sectores del gobierno en ese empeño, y sobre todo acabar con las prácticas de corrupción. En segundo lugar, resulta imprescindible que los programas sociales se diseñen bajo el enfoque de Derechos Humanos con el objetivo de incorporar en la práctica las normativas y los principios de los derechos humanos tales como la paz, la justicia y la libertad, considerando los bienes básicos como contenidos de derechos sociales fundamentales de todos los ciudadanos que deben respetarse y garantizarse.

En definitiva, el reto que debe afrontar el nuevo gobierno de México tras las próximas elecciones es enorme, ya que por un lado deberá consolidar un acuerdo político interno que permita una negociación efectiva del Tratado de Libre Comercio con los socios del norte así como una firme política exterior frente a los intereses migratorios y económicos del actual Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica. Por otro lado, es necesaria la construcción de un verdadero sistema de protección social, basado en el reconocimiento y garantía universal de derechos económicos, sociales y culturales, como único medio para construir una sociedad más igualitaria basada en el respeto y la promoción de los derechos humanos.

Bibliografía

- ACOSTA, F. (2010). “La evaluación de la política social en México: avances recientes, tareas pendientes y dilemas persistentes”, *Papeles de Población* Vol. 16, N.64, pp. 155-188.
- BARAJAS MARTÍNEZ, G. (2010). “Políticas de bienestar social del Estado posrevolucionario: IMSS, 1941-1958”, *Revista Política y Cultura*, Núm. 33, pp. 65-66.
- BARBA SOLANO, C. (2007). “Claroscuros de la reforma social en México y América Latina”. *Revista Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad*, Vol. XIII No 39, Guadalajara, México, pp. 47-61.
- BOLTVINIK KALINKA, J. (2013). “Necesidad de reformar la Reforma Social Neoliberal en México a partir de los años noventa”, en Centro de Investigación en Alimentación y Desarrollo, A.C., Hermosillo, Sonora, México, *Alternativas en la crisis para la transformación de las Políticas Sociales en México*, capítulo 10, pp. 279-308.
- BRACAMONTES NEVARES, J. (2013). “Una evaluación de impacto del programa Oportunidades y el problema de focalización en México, 2002-2008”, Centro de Investigación en Alimentación y Desarrollo, A.C., Hermosillo, Sonora, México, capítulo 10, p. 208.
- CESOP, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública (2006). “Antecedentes”, en *Desarrollo Social*, cit., p. 12.
- CESOP, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública (2006). “Antecedentes”, en *Seguridad Social*, p. 1.
- COGCO CALDERÓN A., RODRÍGUEZ VARGAS, M. y PÉREZ CRUZ, J. (2010), “Un análisis de la Política Social en México a través de los programas implementados por la Secretaría de Desarrollo Social y su relación con la descentralización de funciones: una mirada desde lo local”, *Iberofórum, Revista de Ciencias Sociales* de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, pp.1-35.
- CONEVAL, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (2009). “Metodología para la medición multidimensional de la pobreza en México”, México, D.F.

- CONEVAL, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (s/f).
¿Cómo se logró construir la medición de Pobreza del Coneval?, México, D.F.
- CONEVAL, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (2012).
“Avances y Retos en la Política de Desarrollo Social en México, 2012”, México,
D.F., p. 143.
- CONEVAL, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (2016).
“Informe de Evaluación de la Política de Desarrollo Social 2016”, México, D.F.,
p. 118.
- CONEVAL, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (2018).
“Informe de Evaluación de la Política de Desarrollo Social 2018”, México, D.F.,
p. 300.
- DOF, Diario Oficial de la Federación (1917). “Constitución Política de los Estados
Unidos Mexicanos”, Cámara de Diputados, México, D.F.
- DOF, Diario Oficial de la Federación (1995). Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000,
Cámara de Diputados, D.F., p. 98.
- DOF, Diario Oficial de la Federación (2004). “Ley General de Desarrollo Social”,
Cámara de Diputados, D.F., Título Primero, Capítulo I, Art. 3 p. 21.
- MAYER-SERRA, C. E. (2007). “El derecho a la protección de la Salud”, *Revista Salud
Pública de México*, Vol. 49, Núm. 2. pp. 144-155, Instituto Nacional de Salud
Pública.
- HELLER, H. (2006). “El Derecho Constitucional de la República de Weimar”. *Derechos
y deberes fundamentales*, Mosqueda, Escritos Políticos, Ed. Palestra, Lima.
- LECO, C. y BOLLAIN, E. (2013). “La Política Social en México, 1970-2013”,
INCEPTUM, Vol. VIII, No. 15. Julio-Diciembre, pp. 177-212.
- MARIÑEZ NAVARRO, F. (2002). *La Política Social en la transición mexicana*,
Ponencia presentada en el XVth ISA World Congress of Sociology “Issues in
pro-poor policies in Non-OECD countries”, Brisbane, Australia, p. 13.
- PALACIOS ESCOBAR, Á. (s/f). “Características de la Política Social en México”.
Facultad de Economía, Centro de Estudios del Desarrollo Económico de
México, (CEDEM), UNAM, México, D.F.

- RUIZ VELÁZQUEZ, N. (2000). *La Política Social en México hacia el fin de siglo*. Instituto Nacional de Administraciones Públicas, A.C., México, D.F. ps. 189
- URIBE GÓMEZ, Mónica (2011), “Enfoques contemporáneos de política social en México”, *Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad*, Vol. XVIII, No. 52. Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad de Guadalajara, México, pp. 37-75.
- VALENCIA LOMELÍ, E., FOUST, D. y TETREAULT, D. (2011). “Sistema de protección social en México a inicios del siglo XXI”. Sistema de protección social en México a inicios del siglo XXI”. *ASDI, Colección Documentos de Proyectos*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL.
- VALENCIA LOMELÍ, E., ENRÍQUEZ, R., ROMÁN, I. y ORDÓÑEZ, G. (2006). “Alternativas, Políticas sociales y Desarrollo Regional en México”, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente ITESO y la Universidad de Guadalajara, México, Hermosillo, Sonora, México, p. 265.
- VALENCIA LOMELÍ, E. (2006). “La política social de Vicente Fox: contexto histórico y balance”, México: transiciones múltiples y reformas pendientes. *Asian Journal of Latin American Studies*, Vol. 19 Número 1, p. 82.

4. RECENSIONES:

ANA MANERO SALVADOR, Los tratados de libre comercio de Estados Unidos y de la Unión Europea, Bosh Editor, Barcelona, 2018, 367 páginas.

Cástor Miguel Díaz Barrado

Es de agradecer que la doctrina española realice estudios en el ámbito del “Derecho Internacional Económico” que, sin duda, constituye en la actualidad uno de los pilares del ordenamiento jurídico internacional. Pero, sobre todo, produce satisfacción que se elaboren obras monográficas, como la que ahora reseño, en la que se abordan con intensidad no sólo situaciones prácticas sino también, conceptos que han de ser útiles a la hora de ir perfilando el contenido de nuestra disciplina. La Profesora Ana Manero proporciona a los eventuales lectores un trabajo que destaca por su rigor y sencillez y que, en modo alguno, defrauda las expectativas que María J. Pereyra, Consejera de la OMC, anuncia en el Prólogo cuando proporciona una visión real de la situación en la que se encuentra y el interés que despierta el comercio internacional. La obra de la Dra. Manero Salvador es, por lo tanto, de imprescindible lectura para quienes quieran conocer el estado del comercio en el orden internacional y, en particular, la situación normativa que vive una de las realidades más atractivas en lo económico, como es la creación de espacios de libre comercio en todo el planeta. La decisión de conducir el relato a través de la práctica de la Unión Europea y de los Estados Unidos debe calificarse de acertada puesto que sitúa los énfasis en dos de los actores que tienen mucho que decir en esta materia y que, por ahora, aunque estimo que es puramente coyuntural, se encuentran enfrentados en algunas posiciones políticas al respecto.

Una de las principales virtudes de este trabajo radica, con seguridad, en la sistemática que se sigue y que va deslizándose la mirada del lector desde lo general a lo particular a través de análisis estrictamente jurídicos en los que, sin embargo, no se renuncia en ocasiones a expresar las bases políticas que han llevado a la celebración de los acuerdos que se analizan. Como señala la propia autora el objetivo no es otro que “analizar la nueva realidad comercial a través de la práctica de estos dos sujetos, una organización internacional con la capacidad para celebrar acuerdos de libre comercio (...) y un Estado muy poderoso, probablemente el más, no sólo a nivel político, sino también

comercial” (p. 30). La elección de los actores es, en consecuencia, adecuada así como de la materia objeto de estudio en la que ambas partes tienen una rica experiencia normativa e institucional. Ahora bien, quiero destacar que la lectura de esta obra resulta fácil porque está bien sistematizada siguiendo, si se me permite decirlo así, “la tradicional sistemática francesa” a pesar de que deduzco (aunque sólo es una suposición) que la autora dispone de una formación más de tipo anglosajón en razón de la bibliografía más utilizada. La sencillez y la ausencia de complejidad son dos excelencias de un trabajo de investigación y la decisión de la autora de incluir tres capítulos bien ordenados camina en esta dirección. En esencia, se percibe que el trabajo, antes de leer su contenido, cuenta con solidez doctrinal que provoca dos consecuencias: primera, resulta atractivo para su lectura y, segunda, desprende la intención de proporcionar bases para comprender el fenómeno del comercio internacional y, en concreto, los entresijos del libre comercio en perspectiva jurídica.

El regionalismo ha sido durante largo tiempo uno de los fenómenos más característicos de la comunidad internacional y ha tenido, y tiene, no sólo implicaciones de carácter económico sino también una nítida dimensión política. Por ello, antes de penetrar en la práctica de la Unión Europea y de los Estados Unidos en el ámbito de los acuerdos de libre comercio parece necesario situar normativamente la cuestión y reflexionar sobre el papel que el regionalismo debe cumplir en el orden internacional. Lo “regional” y lo “universal” deben convivir en una sociedad, como la internacional, profundamente fragmentada y en la que los procesos de globalización apuntan cada vez componentes de mayor regionalización. El repaso histórico en óptica jurídica que la Dra. Manero Salvador realiza de las relaciones entre el regionalismo o, si se quiere, “los regionalismos” y las normas que rigen la Organización Mundial del Comercio presta la oportunidad para una reflexión profunda. Cabría preguntar si cabe una noción única de libre comercio e, incluso, si existe una visión compartida de las reglas mínimas que deben regir el comercio internacional. La autora detalla, con precisión, las relaciones entre lo que denomina los acuerdos regionales y el marco multilateral, siempre con fundamento en normas aceptadas por la mayoría de los Estados y que son resultado de destacadas Conferencias internacionales en la materia. Entiendo que esto es una buena técnica para abordar la práctica particular y deducir consecuencias del comportamiento de los Estados y las Organizaciones internacionales que apostaron por el libre comercio. La conclusión a la que llega la Profesora Ana Manero en este ámbito, y que constituye el primer

Capítulo, me parece idónea porque propone, aunque sin convicción de que vaya a suceder, que sería deseable, y estimo que útil para la seguridad internacional de las relaciones internacionales, “la articulación entre el marco multilateral y los acuerdos regionales” en el campo del comercio (p. 58).

La relación de los acuerdos de libre comercio celebrados por los Estados Unidos no es descriptiva sino analítica y bien ordenada. Los dos criterios de clasificación que emplea la autora pueden ser discutibles pero, al menos, subrayan los principales espacios en los que Estados Unidos ha desarrollado su política en materia comercial. Por un lado, básicamente países del continente asiático (exceptuando Australia) y, por otro lado, como cabría esperar, en el espacio americano, sobre todo una vez que fracasa la iniciativa de establecer un Área de Libre Comercio de las Américas, en la reunión de Mar del Plata (Argentina), en 2005. El examen del contenido de todos estos acuerdos es que el libre comercio siempre es posible, o por lo menos más fácil, entre Estados que comparten una orientación ideológica pero, sobre todo, que tengan una voluntad política real de expandir el libre comercio como pieza esencial de la política exterior. Así, la práctica de la política exterior de China confirma que prima lo segundo, aunque en el caso de los Estados Unidos los supuestos prácticos no oscurecen la necesidad de que se compartan valores y principios que son comunes. En cualquier caso, la narrativa de los acuerdos de libre comercio que recoge la autora lleva a pensar que los acuerdos celebrados son tan sólo el anticipo de una sucesión de acuerdos que llevarían a expandir el libre comercio como una regla esencial del ordenamiento jurídico internacional. Así lo recoge la Dra. Manero Salvador cuando indica, teniendo en cuenta los acuerdos celebrados y los que se están (o estaban) en proceso de negociación, que se trataría de una “política comercial global, que superara la visión netamente seguidista de las prioridades políticas” (p. 62). Esto es así, el libre comercio discurriría a buen ritmo en su conformación como “principio esencial” del orden internacional. Por esto, resultan aclarativos los dos últimos puntos del Capítulo 2, concernientes a las expectativas de futuro de las relaciones comerciales de los Estados Unidos y a las características de esta política.

La irrupción de la Administración Trump representa un cambio en la percepción que tienen los Estados Unidos en casi todos los ámbitos y hubiera sido extraño, por ende, que no se hubiera producido en el ámbito comercial. Me atrevo a decir, sin embargo, que las posturas actuales de esta Administración suponen tan sólo un paréntesis en la “tradicional” política de los Estados Unidos y, sobre todo, en relación con la ambición

que demostró la Administración Obama en materia de libre comercio y que queda bien descrita y analizada por la autora. Es lógica la posición precavida que adopta la Dra. Ana Manero, al decir, que “habrá que estar atentos a su evolución pero no parece que el panorama permita ser optimistas en relación con el papel que Estados Unidos pueda jugar en este ámbito” (p. 124). No obstante, estimo, quizá con temor a equivocarme, que las posturas proteccionistas no tienen tanto recorrido y que “más pronto que tarde” el libre comercio irradiará hasta constituirse en principio consuetudinario. Por esto, hace bien la autora en recalcar que no se “puede menospreciar este acervo normativo” (p. 129). La amplia práctica de los Estados Unidos en acuerdos de libre comercio no parece posible que se deshaga y evapore porque, en el fondo, sirve a los intereses del Estado.

El examen de la realidad comercial en la Unión Europea exige una perspectiva distinta. Esto es lo que hace precisamente la Dra. Manero Salvador y escoge, para ello, el enfoque de los rasgos que definen la política comercial de este esquema de integración. Uno de los aciertos más notable de la autora es la capacidad para sintetizar en la obra una materia que constituye uno de los aspectos esenciales de las políticas de la Unión. Cada uno de los apartados que integran el tercer Capítulo ha recibido el trato que le corresponde sobre la base de que esta Organización internacional es, como nos recuerda, “la primera potencia comercial del mundo” (p. 131) y que, además, “los acuerdos de libre comercio y de unión aduanera están en el ADN del proceso de integración europea” (pp. 140-141). De ahí deriva la importancia del análisis puesto que la práctica de la Unión presta innumerables herramientas para delimitar el campo conceptual del libre comercio y su proyección en el orden internacional. Especial atención merece, por lo tanto, el estudio de los acuerdos de libre comercio que han sido clasificados por la Dra. Manero Salvador en función de áreas geográficas, siempre segura para la investigación, y que se han ido perfilando también en función de acuerdos de este tipo, como es el caso de tratados celebrados con los países África-Caribe-Pacífico. La lectura del trabajo confirma una percepción que siempre ha estado presente en la política comercial de la Unión Europea y que no es otra que la preferencia por establecer espacios de libre comercio en relación con ámbitos regionales y subregionales y si es preciso con carácter bilateral. Esto se aprecia, con toda nitidez en el espacio africano y en gran parte en el espacio euroasiático. Ahora bien, la Unión Europea todavía tiene alguna tarea pendiente que realizar y que la autora sitúa, en el campo de los “acuerdos megarregionales”. En este sector quizá convenga pensar en la cooperación con la Unión Económica Euroasiática. Pero la autora

no descuida tampoco las relaciones comerciales con América Latina y sitúa el énfasis en lo que realmente sucede, es decir, que “la prioridad en los acuerdos de asociación se identifica con lo netamente comercial” (p. 260). Tan es así que, en este caso, el relativo fracaso de los acuerdos con las subregiones latinoamericanas contrasta con el éxito de los acuerdos bilaterales con países de la zona.

En resumen, un trabajo bien hecho que proporciona un panorama bastante completo del papel que debe jugar el libre comercio en la sociedad internacional contemporánea. Pero, sobre todo, que percibe las principales tendencias en materia de comercio y los problemas que quedan por resolver. Sólo el fortalecimiento del regionalismo permitiría que las relaciones comerciales y, en concreto el libre comercio, se plasmaran como puntos claves en este ámbito. Sin embargo, como bien apunta la Dra. Manero Salvador, parece que está ganando terreno la bilateralización y en muchos casos se comprueba la eficacia de acuerdos de este tipo. Para comprender todo esto y mucho más resulta necesaria la lectura de esta obra, resultado de una sólida y profunda investigación.

Cástor Miguel Díaz Barrado
Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad Rey Juan Carlos

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., La justicia transicional en Brasil. El caso de la guerrilla de Araguaia, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2017, 195 pp.

Ana Manero Salvador

Las violaciones de derechos humanos cometidas durante las dictaduras en América Latina han supuesto auténticos retos en las transiciones a la democracia. Los mecanismos de la impunidad, donde han destacado las leyes de amnistía, han dificultado enormemente la rendición de cuentas y que las obligaciones de verdad, justicia y reparación, intrínsecas a todo proceso de transición a la democracia en el contexto de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, fueran cumplidas.

La dictadura brasileña, iniciada con el golpe de estado de 31 de marzo de 1964, se extendió durante más de 20 años, hasta la vuelta a la democracia en 1985. Durante este periodo de tiempo se cometieron graves violaciones de derechos humanos, que en las postrimerías de la dictadura pretendieron quedar impunes, gracias a la Ley de amnistía de 1979. El análisis jurídico de la incompatibilidad de esta norma con las obligaciones internacionales asumidas por Brasil en el marco regional americano es objeto de la muy interesante obra que aquí se reseña.

El profesor Berdugo Gómez de la Torre es un referente entre los penalistas a nivel mundial, un reconocido jurista, que lleva a cabo un brillante análisis de una sentencia clave, contextualizándola en un marco complejo, en el que están presentes las resoluciones judiciales internas y procesos transicionales de lucha contra la impunidad. El corazón de este libro lo constituye la contraposición de tesis y de argumentos jurídicos de la Sentencia de la Corte Suprema de Brasil 153 de 2010 y la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gomes Lund y otros (Guerrilla do Araguaia) contra Brasil, de 24 de noviembre de 2010, así como los logros de la Comisión Nacional de la Verdad.

En la primera de ellas la Corte va a considerar la Ley de amnistía como una “consecuencia de una determinada circunstancia histórica y que este origen debe condicionar la interpretación de su contenido” (p. 86), sin siquiera entrar en la compatibilidad de esta norma con la Constitución de 1988, al considerar que “la Constitución no afecta a leyes a la medida que la habían precedido” (p. 87).

Acertadamente, el profesor Berdugo señala que “equivocadamente, la Corte aplica, en este caso, el clásico argumento de la doctrina penal para la determinación de la vigencia de las leyes temporales, que sus efectos solo pueden ser modificados por una ley que regule la misma situación” (p. 87).

Frente a esta sentencia, está la de la Corte Interamericana aludida *supra*, centrada en la responsabilidad del Estado en relación a violaciones graves -detenciones arbitrarias, tortura, desapariciones forzadas- consideradas crímenes contra la humanidad, cometidas entre 1972 y 1975 por actuaciones del ejército brasileño y de las que fueron víctimas campesinos y miembros del Partido Comunista de Brasil. En consecuencia, y dada la gravedad de los ilícitos, la Corte va a considerar la Ley de amnistía como una “grave violación de derechos humanos”, de manera que es incompatible con las obligaciones de Brasil, a las que se sumaría el incumplimiento del derecho a la verdad.

En este sentido, va a ser bienvenida la creación de la Comisión Nacional de la Verdad, que es considerada por el Dr. Berdugo como “una pieza clave en la justicia transicional en Brasil”, en tanto que “implica la culminación de una demanda, propugnada por amplios sectores de la sociedad brasileña, de conocer la realidad de un periodo de su historia que no podía cerrarse en falso” (p. 98).

La labor desarrollada por la Comisión Nacional de la Verdad en Brasil es, ciertamente, extraordinaria. Los dos volúmenes publicados también en castellano por la Universidad de Salamanca, dan cuenta de ello. Sus conclusiones, en las que se constata el carácter sistemático y generalizado de las graves violaciones de derechos humanos cometidas, la existencia de crímenes contra la humanidad, las violaciones de normas imperativas de Derecho Internacional y la persistencia del cuadro de violaciones, son prueba de su valor, lo que hay que agradecer a sus miembros y al trabajo desarrollado bajo la dirección del profesor Dallari, comprometido y prestigioso iusinternacionalista.

Tras la sentencia de la Corte y el informe de la Comisión Nacional de la Verdad se va a abrir paso el programa de justicia transicional en Brasil. La relevancia jurídica de estos elementos es analizada por el profesor Berdugo en la última parte de esta obra. En ella, aborda la consideración de los ilícitos cometidos -desapariciones forzadas, tortura, ejecuciones extrajudiciales y ocultación de los cadáveres- como crímenes de lesa humanidad, que, a su vez, pueden ser considerados “como conductas penalmente relevantes al ser incluíbles en distintos artículos de los códigos penales” (p. 131), las

implicaciones jurídicas de la Ley de amnistía, y el análisis del principio de legalidad y prescripción, donde el autor sostiene la nulidad de la norma y la no prescripción de los hechos son los elementos claves de análisis.

Estamos ante una obra de enorme interés. Las implicaciones penales e internacionales de los procesos de transición a la democracia se manifiestan en toda su intensidad en el caso brasileño, país sobre el que se ciernen siniestras sombras en su futuro próximo. No obstante, hay que reconocer el valor y la decisión en los avances en la justicia transicional, a pesar de los obstáculos existentes a nivel interno. Estas cuestiones se ponen de manifiesto en el libro del doctor Berdugo, insisto, de enorme interés para juristas fascinados por estos apasionantes temas.

Ana Manero Salvador
Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad Carlos III de Madrid

CAMARILLO GOVEA, LAURA ALICIA, Acceso directo del individuo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tirant lo Blanch, col. Justicia Interamericana, nº 5, Ciudad de México, 2018.

Félix Vacas Fernández

Esta monografía de la doctora Laura Camarillo, profesora de Derecho en el campus de Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC - México), es el resultado de la Tesis doctoral que la profesora Camarillo realizó y leyó en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Toledo de la Universidad de Castilla-La Mancha (España), obteniendo la más alta calificación. Ello supone una excelente carta de presentación, siempre, de una obra cuya seriedad, calidad y rigurosidad científicas quedan así y *ab initio* evidentemente garantizadas. A partir de este elevado punto de partida, el libro no sólo responde a dichas altas expectativas, sino que las supera con creces, y por varias razones.

Así, en primer lugar, estamos ante un estudio que, en parte, pero sólo en parte, utiliza la metodología comparada al realizar, en la línea de otros estudios –cada vez más numerosos, y necesarios-, un ejercicio de comparación entre los sistemas regionales europeo e interamericano de protección de derechos humanos sobre uno de los temas centrales en los mismos: la cuestión del *ius standi* de los individuos ante los tribunales internacionales de derechos humanos.

La idea de analizar de forma comparada las jurisdicciones regionales de protección de derechos humanos europea e interamericana no es, claro está, nueva; aunque no se trata de un terreno tan transitado como debiera, ni por la doctrina ni por los propios tribunales, en eso que se ha venido a denominar como diálogo ente tribunales; en especial por el Europeo, mucho más cerrado y receloso ante posibles novedades o buenas prácticas desarrolladas por otros tribunales regionales. Y, sin embargo, el diálogo entre ellos, en especial en materia de derechos humanos, no debe ni verse con recelo ni descartarse con displicente superioridad, demasiado a menudo ni merecida ni realmente existente.

Y aunque algunos de esos estudios suelen caer en la –muy errónea, por superficial y perversa en mi opinión- patología de la autocomplacencia (europea) y/o complejo de inferioridad (latinoamericano) de lo que podríamos denominar estudios comparados *de*

vía única –partiendo siempre de la estación, muy sobrevalorada, del sistema europeo, que pivota en torno al Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia, tomándolo como ejemplo *primigenio, insuperable y sin mácula* y por ello *incuestionado y necesario*, con llegada en él, ya se sabe, *imitador, derivado pero aun así imperfecto* sistema interamericano ...- , ese no es en absoluto el caso de la obra que comentamos. Muy al contrario, la Dra. Camarillo ni se limita en su estudio a comparar sistemas, ni toma el europeo como paradigma de “deber ser”, que debería servir, punto por punto, de ejemplo a imitar. Veámoslo más despacio.

La autora parte, en un muy necesario Capítulo I, realizado además de manera rigurosa y amplia, con un muy acertado recorrido histórico en torno a la subjetividad del individuo en Derecho Internacional, tanto del lado activo como pasivo, desde los antecedentes que cabe identificar en el periodo clásico del Derecho Internacional hasta la configuración paulatina de una subjetividad realmente reconocida por el Derecho Internacional contemporáneo, pasando por el muy interesante en este ámbito –como en otros- periodo de transición que denominamos Entreguerras. Aquí quedaría tan solo por referir el importante precedente de *Tribunal Internacional contra el Terrorismo* ideado bajo la égida de la Sociedad de Naciones a través de la adopción de sendos tratados en 1937: la *Convención para la prevención y represión del terrorismo* y la *Convención para la creación de un Tribunal Penal Internacional*, con competencias para enjuiciar a individuos acusados de terrorismo. Ausencia, por lo demás, del todo comprensible dado que ambas Convenciones, adoptadas, no llegaron sin embargo a entrar en vigor, puesto que, firmadas por 24 Estados –entre ellos España-, el estallido de la Segunda Guerra Mundial las enterraría antes de nacer.

El Capítulo II se centra ya, en efecto, en el análisis del sistema europeo de protección de derechos humanos en el marco del Consejo de Europa y en el estudio del acceso directo del individuo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero no lo hace desde una posición complaciente, sino crítica (en sentido kantiano): analizando en profundidad el Protocolo 11 y su puesta en práctica, también y especialmente, desde las consecuencias de su aplicación, tratando de identificar las fortalezas, pero también las debilidades, de todo ello. Llegando a preguntarse: ¿puede morir de éxito el Tribunal Europeo a raíz del Protocolo 11? (pp. 146 y ss.).

Pero, en segundo lugar, sobre todo, y principalmente a mi modo de ver, se trata de un estudio propiamente del sistema interamericano de protección de derechos humanos. En efecto, a partir de las mencionadas necesarias aproximaciones histórica y comparada desarrolladas en los dos primeros capítulos, la autora centra la segunda parte de la obra en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, estudiando en el Capítulo III, la posición jurídica del individuo en el sistema y, sobre todo, ante la Corte de San José, y la evolución que la misma ha ido experimentando en la regulación de los sucesivos Reglamentos de la Corte así como a partir de su jurisprudencia; sin dejar de abordar la nada simple –por no ser unívoca, por compleja, en fin– cuestión de la relevancia del importante papel que juega la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *versus* un deseado, pero ¿deseable?, reconocimiento de *ius standi* directo de los individuos ante la Corte de San José sacrificando a la Comisión, a imagen de lo ocurrido en Europa.

Para, en fin, en el Capítulo IV desarrollar una propuesta, muy bien elaborada y fundamentada, para el acceso directo de los individuos a la Corte Interamericana, que ni suponga la eliminación de la Comisión, ni caiga en los demás problemas experimentados en Europa. Ello conducirá a la autora a realizar una propuesta que, en efecto, sobrepasa la aparentemente limitada cuestión del acceso directo del individuo ante la Corte, y cuyo alcance llega a la propia estructura de la Corte, del sistema interamericano mismo, diría, pues incluye propuestas tanto para la Comisión como para la Corte y sus respectivas funciones y competencias, en un nuevo escenario de acceso directo del individuo a la Corte.

Se trata, en definitiva, de una obra que contiene aportaciones de enorme relevancia no sólo en el estudio del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, de manera especial, para analizar las perspectivas de reforma progresiva del sistema; sino también en relación al paulatino reconocimiento y ampliación de la subjetividad internacional del individuo en Derecho Internacional. Una obra, en fin, de referencia obligada para todos aquellos, estudiantes y especialistas, que quieran profundizar en los entresijos y perspectivas de futuro de la Corte de San José, que demuestra la consistencia y solidez de, *a fuer* de joven, una gran especialista en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, con unos muy sólidos fundamentos de Derecho Internacional.

Félix Vacas Fernández
Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,
Universidad Carlos III de Madrid

5. DOCUMENTACIÓN:

1. Declaración de Guatemala: COMPROMISO IBEROAMERICANO POR EL DESARROLLO SOSTENIBLE. Secretaria General Iberoamericana.
2. LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. Ley 27449, Argentina.