



usma
universidad católica
santa maría la antigua

REVISTA ESPECIALIZADA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Segunda Época
Vol. 1 No. 1, 2020

IUSTITIA ET PULCHRITUDO

ED



En este número artículos
de: Alonso E. Illueca;
Idania M. Perigault; Andrés
Beck, Juan José Crespo;
Roberto Ogg Fábrega;
Corte Suprema de Justicia
de la República de
Panamá, Magistrado
Ponente Harley J. Mitchell
D; Gianfranco Smith

ISSN 1607-4319

Iustitia et Pulchritudo



**Revista Especializada en Ciencias Jurídicas, Forenses y Políticas
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad Católica Santa María La Antigua (USMA)**

ISSN 1607-4319

Segunda Época; Volumen 1, Número 1 (Julio-Diciembre de 2020)

Publicación semestral

Consejo Científico:

- Prof. Francisco Blanco** (Vicerrector Académico, Universidad Católica Santa María La Antigua),
Prof. Ana Matilde Gómez R. (Decana, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Católica Santa María La Antigua),
Dr. Carlos Guevara Mann (Director, Programa de Maestría en Rel. Intern., Florida State University),
Dr. Rigoberto Gonzalez (Procurador General de la Administración, República de Panamá),
Dra. Nelva Araúz, (Investigadora, Centro Internacional de Estudios Políticos y Sociales),
Dra. Carla Pousa (Profesora Asociada, Florida State University),
Dr. Salvador Sánchez (Director, Instituto de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral),
Dra. Idania Perigault (Jefa del Departamento de Ética y Gestión Pública, Procuraduría General de la Administración, República de Panamá),
Dr. Jorge Eduardo Ritter (Ex Canciller, Ex Ministro de Gobierno y Justicia, de Trabajo y del Canal de la República de Panamá),
Prof. Claire Nevache (Investigadora Asociada, Centro Internacional de Estudios Políticos y Sociales),
Dra. Ana Sánchez (Miembro del Comité de Asesor de la Organización Mundial de la Salud).

Equipo Editorial:

- Prof. Alonso E. Illueca** (Director-Editor)
Lic. Andrés Beck (Editor Asociado Ad Hoc)
Lic. Juan José Crespo (Editor Asociado Ad Hoc)
Mgtr. Ricardo Reyes (Oficial administrativo-financiero)
Lic. Amir Martínez (Diseñador gráfico)
Ing. Karen Carles (Oficial Informática)
Dr. Luis Wong Vega (Asesor Técnico)

Dirección postal:

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
(c/o Prof. Alonso E. Illueca, Director-Editor, Revista Iustitia et Pulchritudo)
Universidad Católica Santa María la Antigua
Apdo. postal 0819-08550
Panamá, República de Panamá
Teléfono (507) 269-1333 / 230-8265 / 230-8235 /
Correo electrónico: revista.iustitia@usma.ac.pa

Impreso en Panamá, Ciudad de Panamá.
Centro de Impresión de la Universidad Católica Santa María La Antigua.
Tiraje: 300 ejemplares

IUSTITIA et PULCHRITUDO
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Volumen 1, Número 1 (Julio - Diciembre de 2020)



ÍNDICE

Presentación	02
Palabras del Director – Editor	03
Conferencias	
• Alonso E. Illueca: La Declaración Universal de los Derechos Humanos: antecedentes y actualidad	05
• Idania M. Perigault: Una mirada a la estrategia de China, su posicionamiento en la región y el rol de Panamá como eje ante este nuevo escenario	19
Investigación	
• Andrés Beck y Juan José Crespo: La juridicidad del estado de emergencia y la suspensión de garantías fundamentales por Covid-19	44
• Roberto Ogg Fábrega: La protección internacional en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances y retrocesos del asilo y refugio	75
Jurisprudencia	
• Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá; Magistrado Ponente Harley J. Mitchell D.: Acción de Inconstitucionalidad presentada por la Firma Forense Vega & Álvarez contra el Decreto Ejecutivo No. 301 de 19 de noviembre de 2010, “Por el Cual se concede Asilo Territorial a la Señora María del Pilar Hurtado Afanador, ciudadana colombiana”, Entrada No. 1208-10	131
Análisis de Jurisprudencia	
• Gianfranco Smith: Contribuciones de la jurisprudencia panameña a la práctica en materia de asilo: comentarios a la sentencia de 23 de mayo de 2014	151
Instrucciones para colaboradores	156

Presentación

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua, consciente de la importancia de la investigación para el pleno desarrollo de la práctica legal panameña ha decidido relanzar la revista *Iustitia et Pulchritudo* en su segunda época. Es el interés de la Facultad que la revista se reposicione como un espacio para la buena pluma y el desarrollo de debates académicos del más alto nivel, así como un semillero de doctrina para los estudiantes, los académicos, los profesionales del derecho y los operadores de nuestro sistema de justicia. En momentos difíciles como los que enfrenta el país y la humanidad, contribuciones con altos estándares se hacen necesarias para aportar a las discusiones en el foro nacional, espacio en el que ésta revista debe ser referencia obligada.

En esta nueva etapa, la revista aparte de compilar investigaciones del más alto nivel académico, publicará conferencias y ponencias de connotados expositores nacionales e internacionales. Igualmente, incorporamos a la revista, el estudio y el análisis de jurisprudencia relevante, la cual por su naturaleza debe dotar de una mayor consistencia al sistema de justicia panameño. La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua siente mucho orgullo en presentar este primer número de la segunda época de la revista *Iustitia et Pulchritudo*, reincorporándose con ello al debate académico nacional.

Lic. Ana Matilde Gómez Ruiloba
Decana
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Palabras del Director – Prefacio

La publicación del primer volumen de la segunda época de la revista *Iustitia et Pulchritudo* de la Universidad Católica Santa María La Antigua introduce a la comunidad académica en general a su nueva estructura. En este primer número se presentan investigaciones académicas y conferencias magistrales sobre la práctica legal panameña. También, como un aporte particular, se incluye una sección de jurisprudencia, la cual incluye la transcripción de un fallo relevante de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, acompañado de su respectivo análisis.

La revista inicia con una conferencia magistral de mi autoría sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el marco del septuagésimo aniversario de su adopción. En otra conferencia, la Dra. Idania Perigault analiza la estrategia de China en su posicionamiento en el ámbito latinoamericano a través del poder blando y nos comparte algunas consideraciones sobre el rol que puede asumir Panamá ante este nuevo escenario estratégico.

En el interés de reflexionar sobre el impacto que ha tenido la pandemia del COVID-19 en el ordenamiento jurídico panameño, este número de la revista contiene un análisis sobre la juridicidad de la declaratoria de un “estado de emergencia” por parte del Ejecutivo Nacional y la subsecuente suspensión de las garantías fundamentales consagradas en la Constitución Nacional. Los editores asociados, Andrés Beck y Juan José Crespo examinan las medidas adoptadas en el marco de la pandemia del COVID-19 y su apego al ordenamiento jurídico constitucional.

En la sección de artículos de investigación también se incluye el trabajo del Lic. Roberto Ogg Fábrega quien de forma minuciosa nos introduce a los avances y retrocesos del asilo y refugio dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Es preciso destacar que esta investigación fue seleccionada para su presentación ante la Organización de Estados Americanos en el marco del sexagésimo aniversario de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Esta edición de la revista también ofrece una sección de jurisprudencia en donde se recoge el fallo de la Corte Suprema de Justicia relativo a la acción de inconstitucionalidad contra la decisión del Estado panameño de conceder asilo territorial a María del Pilar Hurtado. En la sección subsiguiente, el Profesor Gianfranco Smith analiza el fallo en cuestión y nos ofrece algunas consideraciones sobre la práctica panameña en materia de asilo.

Este primer número de la segunda época de la revista *Iustitia et Pulchritudo* está dedicado a mi predecesor y gestor de este proyecto académico, el Profesor Laurentino Díaz (q.e.p.d.) quien durante cuarenta años dirigió y editó esta publicación. Desde que se publicó su primer número en 1976, la revista *Iustitia et Pulchritudo* se volvió referencia obligada para todos los estudiantes de la Universidad y de la comunidad jurídica en general. Ese primer número, que contó con el apoyo, además, del Dr. Víctor Florencia Goytía y del Dr. Bonifacio Diez Fernández, se focalizó en un estudio constitucional comparativo. El Profesor Laurentino Díaz ejerció la docencia en nuestra casa de estudios superiores durante 42 años, en los que dictó diversos cursos, incluyendo Derecho Internacional Público y Supranacional e Historia del Derecho. A lo largo de este período y en cada momento de su vida académica, el Profesor Laurentino Díaz se destacó como un intelectual de primera línea y como un abnegado y auténtico formador de juristas. Es precisamente la labor del Profesor Laurentino Díaz, en su rol de director de la revista y docente universitario, lo que inspira la nueva estructura de *Iustitia et*

Pulchritudo y los trabajos que hemos compilado para su publicación. A él nuestro más profundo respeto, agradecimiento y admiración.

Reconozco el enorme esfuerzo realizado por la Dirección de Investigación y Desarrollo de la Universidad para el relanzamiento de la revista en su segunda época, y en particular el apoyo brindado por su Director, el Profesor Dr. Luis Wong Vega, la Profesora Karen Carles y el Mgtr. Ricardo Reyes. Igualmente, celebro las contribuciones de mis colegas y editores asociados, Andrés Beck y Juan José Crespo, cuyo trabajo es apreciado grandemente. También quiero extenderle mi agradecimiento a la Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Ana Matilde Gómez Ruiloba, a la Directora de Escuela, Magaly Castillo, y al Señor Rector Ingeniero Juan Planells por la iniciativa de reactivar esta importante contribución a la incipiente comunidad jurídica panameña.

Profesor Alonso E. Illueca, LL.M.
Director

La declaración universal de los Derechos Humanos: Antecedentes y Actualidad*

Alonso E. Illueca^ψ

*Autor para Correspondencia. E-mail: aillueca@usma.ac.pa

Recibido: 12 de febrero de 2020

Aceptado: 06 de junio de 2020

Resumen

El presente trabajo ofrece un relato de los antecedentes históricos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la práctica internacional subsecuente a su adopción, planteándose su desarrollo evolutivo dentro del derecho internacional de los derechos humanos. Igualmente, se analiza su estatus jurídico actual como parte de la Carta internacional de los Derechos Humanos y su valor consuetudinario. Por último, se realizan una serie de recomendaciones para la República de Panamá en cuanto a la plena incorporación de la Declaración Universal dentro del ordenamiento jurídico nacional y su debida observancia por parte de las autoridades.

Palabras clave: Derechos humanos, declaración universal, Panamá, universalidad.

Abstract

This article provides an account of the historical background of the Universal Declaration of Human Rights and the international practice after its adoption, assessing its evolutionary development in International Human Rights Law. Also, its current legal status as part of the International Bill of Human Rights and its customary value, will be analyzed. Lastly, some recommendations for the incorporation of the Universal Declaration of Human Rights and its observance by national authorities in Panama will be given.

Keywords: Human rights, universal declaration, Panama, universality.

· Conferencia dictada el 13 de agosto de 2018 en la Procuraduría de la Administración de la República de Panamá en el marco del Ciclo de Conferencias en conmemoración del septuagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el cuadragésimo aniversario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ψ Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad Santa María La Antigua, *Magna Cum Laude*); Especialista en Docencia Superior (Universidad del Istmo, *Suma Cum Laude*); Maestría en Derecho (Columbia University, Certificado de Reconocimiento de la Escuela Parker por logros en derecho internacional y comparado). Profesor Asociado de Derecho Internacional (Universidad Santa María La Antigua); Profesor Adjunto de Derecho Internacional y Derechos Humanos (Universidad del Istmo). Cursos especializados en la Academia de La Haya de Derecho Internacional, la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, la Escuela de Leyes de la Universidad de Salzburgo y el Instituto Internacional de Derecho Humanitario en Sanremo.

Introducción

La conmemoración del septuagésimo aniversario de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 217 (III) del 10 de diciembre de 1948, es la ocasión propicia para reflexionar sobre los antecedentes, el desarrollo y el alcance jurídico actual de este instrumento internacional de carácter universal. Este ejercicio se hace necesario, pues a la fecha, todavía existen dudas sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta presentación tiene como propósito central documentar y probar mediante antecedentes históricos, acuerdos ulteriores, práctica subsecuente, doctrina y decisiones judiciales, que la Declaración Universal de los Derechos Humanos contiene una serie de principios y derechos que, basados en los estándares de derechos humanos consagrados en otros instrumentos internacionales, son jurídicamente vinculantes para todos los Estados. Igualmente, se expondrá que una porción considerable de los publicistas considera que la Declaración Universal de los Derechos Humanos forma parte integral de la Carta de las Naciones Unidas, que la misma se ha incorporado al derecho internacional consuetudinario, y que por ende es de obligatorio cumplimiento. Muchos Estados están de acuerdo con esta postura y han procedido a adaptar la Declaración Universal como legislación vinculante a nivel de derecho interno.

Al efecto, esta conferencia se organiza de la siguiente manera: primero, un relato de los antecedentes históricos inmediatos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo cual permitirá esclarecer la intención de los Estados miembros de las Naciones Unidas al momento de adoptar la Declaración; segundo, un análisis de la práctica internacional subsecuente a la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el desarrollo evolutivo del que fue objeto el derecho internacional de los derechos humanos en los últimos setenta años; tercero, un análisis del estatus jurídico actual de la Declaración Universal de Derechos Humanos como parte integral de la Carta de las Naciones Unidas y su incorporación al derecho internacional consuetudinario; y como cuarto y último punto, una serie de comentarios y recomendaciones para la República de Panamá en el marco del septuagésimo aniversario de este instrumento jurídico.

I. Antecedentes históricos

Uno de los primeros, si no el primer antecedente a los Derechos Humanos se encuentra en el denominado Cilindro de Ciro, una tabla de arcilla con proclamaciones inscritas en lenguaje acadio¹. En el año 539 a.C., Ciro “el Grande” o Ciro II, rey y fundador del Imperio aqueménida persa, tras conquistar la ciudad de Babilonia, en un gesto sin precedentes, proclamó en este “cilindro” o documento antiguo, la liberación de todos los esclavos, el reconocimiento del derecho de las personas a escoger su propia religión y la igualdad racial². A partir de este documento la idea arcaica de los derechos humanos se expandiría a la India, Grecia y a Roma.

¹ GORDON LAUREN, Paul (2013): “Foundations of Justice and Human Rights in Early Legal Texts and Thought” en SHELTON, Dinah (edit.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (Reino Unido, Oxford University Press), pp. 166-67.

² Ídem.

Los derechos humanos tienen una relación intrínseca con el derecho natural o *ius naturalismo*, ampliamente desarrollado por los romanos en la antigüedad y con amplias raíces teológicas³. El derecho natural tendría entre sus más grandes exponentes a Hugo Grocio, uno de los padres del derecho internacional, quien sostenía que el derecho se deriva del instinto racional del hombre y definió el derecho natural como un “dictado de la recta razón, que indica que una acción, por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral y, por consiguiente, está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza”⁴.

El movimiento en favor de los derechos humanos alcanzaría pasos importantes con la adopción de documentos que afirmaban derechos individuales como la Carta Magna (1215), la Petición de Derechos (1628) y el Acta de Habeas Corpus (1679). Igualmente, otros aportes de la cultura occidental al concepto contemporáneo de derechos humanos se harían plenamente visibles con la Declaración del Buen Pueblo de Virginia (1776), considerada por muchos como la primera declaración de derechos humanos en la historia moderna, que también serviría de inspiración a Thomas Jefferson para la párrafos iniciales de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776); y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), adoptada por la Asamblea Constituyente Francesa y que sería uno de los documentos fundamentales de la revolución al definir ciertos derechos personales, comunales y universales⁵. Posteriormente, los Estados Unidos de América adoptaría el *Bill of Rights* o Carta de Derechos (1791) en forma de diez enmiendas a su Constitución y que enumera una serie de libertades y derechos que hasta la fecha constituyen un símbolo fundamental de la libertad y la cultura estadounidense.

En paralelo a todos estos desarrollos, instituciones nefastas como la discriminación racial y la esclavitud se mantuvieron intactas en el tiempo. Igualmente permaneció la primacía y preponderancia de gobiernos autoritarios y monarquías absolutistas, quienes no dudaban en utilizar la guerra como un instrumento para avanzar sus políticas expansionistas. Estas y otras circunstancias de los tiempos, como la revolución industrial y el desarrollo acelerado de la industria armamentista, llevarían al mundo en un rumbo de colisión inevitable. En este sentido, en 1864 se haría un intento por humanizar la guerra con la adopción de la Primera Convención de Ginebra sobre el tratamiento de los soldados heridos en combate⁶. Sin embargo, estos esfuerzos inspirados por el relato de Henry Dunant y los horrores que presenció en Solferino⁷, aunados al afán del zar Nicolás II de Rusia de frenar la carrera armamentista con las Conferencias de Paz de la Haya, no serían suficientes para que el mundo evitase, en menos de una generación, el estallido de dos conflagraciones bélicas de carácter mundial.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, las potencias vencedoras decidieron convertir la alianza militar denominada “Naciones Unidas” en una organización internacional bajo el mismo nombre.

³ LÓPEZ NUILA, Jaime Alberto y MOLINA MÉNDEZ, José Carlos (2013): *Los Derechos Humanos y la garantía del amparo: análisis histórico, doctrinal y jurisprudencial* (San Salvador, Universidad Tecnológica de El Salvador), p. 13.

⁴ Ídem.

⁵ Ídem, p. 40-41.

⁶ PRIMER CONVENIO DE GINEBRA, PARA ALIVIAR LA SUERTE DE LA CONDCIÓN DE LOS HERIDOS DE LOS EJÉRCITOS EN CAMPAÑA, Ginebra (22/8/1864).

⁷ DUNANT, Henry (2017): *Recuerdo de Solferino* (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja).

Consecuentemente, en la Conferencia de Las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional, celebrada en 1945, en San Francisco, se adoptó la Carta de las Naciones Unidas que establece dicha organización⁸. En esta conferencia se propuso también la inclusión de una carta de derechos y garantías fundamentales. Sobre este particular es necesario resaltar el rol del expresidente de la República y ex Magistrado de la Corte Internacional de Justicia, el Dr. Ricardo J. Alfaro quien fue una de las figuras más influyentes durante la Conferencia y férreo propulsor de esta iniciativa⁹. La delegación panameña presentó un documento denominado “Declaración de Derechos Esenciales” que contenía un catálogo de dieciocho derechos, que había sido previamente preparado por el denominado Comité Filadelfia¹⁰. Sin embargo, por falta de tiempo esta propuesta no fue incluida en la Carta, por lo cual la comisión encargada de su inclusión recomendó que la Asamblea General de la nueva organización examinase e implementase la propuesta¹¹.

Curiosamente, la Carta de las Naciones Unidas nos introduce la usanza del término “Derechos Humanos” sin especificar su contenido o a qué se refería con este. En su preámbulo, los pueblos de las Naciones Unidas reafirman “la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”. Sucesivamente se utiliza en la Carta, el término “derechos humanos” en seis (6) ocasiones (véase artículos 1.3, 13.1.b., 55.c., 62.2., 68 y 76.c.) abogando por su desarrollo, estímulo, promoción, respeto universal, efectividad, y la no discriminación en su aplicación. Es decir que, a pesar de su inclusión en la Carta de las Naciones Unidas, su concepto, contenido y alcance no estaba definido. Ni siquiera la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre utiliza el término “derechos humanos” esto a pesar de que la misma fue adoptada en abril de 1948¹². Lo anterior sustenta que la Carta de las Naciones Unidas nos introduce al término Derechos Humanos.

Ante esta realidad, me refiero a la ausencia de un concepto universal de derechos humanos, así como su alcance y contenido, la Comisión preparatoria de las Naciones Unidas decidió encomendar al Consejo Económico y Social, el establecimiento de una Comisión para la promoción de los Derechos Humanos de conformidad con el artículo 68 de la Carta¹³. Consecuentemente, el Consejo Económico y Social establece la denominada “Comisión de Derechos del Hombre” y le confía la preparación de una carta internacional de derechos y garantías fundamentales¹⁴. Esta Comisión estuvo integrada por 18 Estados miembros, y conformó, a su vez, un Comité de Redacción para que preparase un anteproyecto de Carta Internacional de Derechos Humanos. Panamá integró esta Comisión de 18 Estados miembros, representados en la figura del gigante internacionalista Ricardo J. Alfaro quien reintrodujo el texto de la “Declaración de Derechos Esenciales”, que ulteriormente sirvió de base en las discusiones del Comité de Redacción y de la Comisión misma¹⁵. Tal fue el impacto de esta “Declaración de Derechos Esenciales” que una comparación con la “Declaración

⁸ CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, San Francisco (26/6/1945).

⁹ PEREZ JARAMILLO, Rafael (2014): *Idealismo Universal* (Panamá, Instituto de Estudio Políticos e Internacionales) p. 17-30.

¹⁰ Ídem, p. 28-30.

¹¹ Ídem, p. 41.

¹² DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, Bogotá (1948).

¹³ PEREZ JARAMILLO (2014), p. 46-47.

¹⁴ Ídem, p. 47.

¹⁵ Ídem, p. 48-52.

Universal de Derechos Humanos” realizada por Rafael Perez Jaramillo y Francisco Diaz Montilla evidencia similitudes interesantísimas entre ambos documentos¹⁶.

Siguiendo con nuestro análisis de los trabajos preparatorios, dentro del Comité de Redacción existían desacuerdos respecto a los distintos instrumentos que integrarían esta “carta”¹⁷. A pesar de esto, en el segundo período de sesiones de la Comisión, la idea de una carta conformada por una declaración, una convención (denominada “pacto) y las medidas de aplicación ganó fuerza¹⁸. Para tal fin se procedió a preparar un proyecto de declaración y otro de pacto¹⁹. En su tercer período de sesiones, la Comisión terminó de revisar y aprobó, sin oposición, el proyecto de Declaración que fuese presentado por el Comité de Redacción²⁰. Por “falta de tiempo” la Comisión no examinó el proyecto de pacto y las medidas de aplicación que habían sido redactadas íntegramente por el Comité de Redacción²¹. El 25 y 26 de agosto de 1948, el Consejo Económico Social examinó, en sesión plenaria, el informe de la Comisión de Derechos del Hombre, que contenía el proyecto de “Declaración Internacional de Derechos Humanos”, y decidió transmitir dicho proyecto a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su examen²².

La Asamblea General, a su vez, remitió el proyecto de declaración a su Tercera Comisión (Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales) que, durante ochenta y un (81) sesiones, examinó el proyecto y consideró ciento sesenta y ocho (168) proyectos de resolución que contenían enmiendas a distintos artículos del proyecto de declaración²³. El proyecto sería aprobado por la Tercera Comisión con veintinueve (29) votos a favor, ninguno en contra y siete (7) abstenciones²⁴. Subsecuentemente, la Tercera Comisión somete el proyecto de declaración a la Asamblea General en los días nueve (9) y diez (10) de diciembre de 1948, aprobándose con cuarenta y ocho (48) votos contra ninguno, y ocho (8) abstenciones, la resolución 217 (III) titulada “Carta Internacional de Derechos Humanos” que contiene la “Declaración Universal de Derechos Humanos” y que solicita la preparación de un proyecto de pacto relativo a los derechos del hombre y de unas medidas de aplicación²⁵.

Este análisis de los trabajos preparatorios a la Declaración Universal de Derechos Humanos no estaría completo sin citar a Antônio Augusto Cançado Trindade, Juez de la Corte Internacional de Justicia y exmagistrado presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶. Cançado

¹⁶ PEREZ JARAMILLO, Rafael y DÍAZ MONTILLA, Francisco (2011): Ricardo J. Alfaro y la Declaración Universal de Derechos Humanos (Panamá, Defensoría del Pueblo de Panamá).

¹⁷ BIBLIOTECA AUDIOVISUAL DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS – ARCHIVOS HISTÓRICOS, *Historia Procesal – Declaración Universal de Derechos Humanos* (2008). Disponible en: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/udhr/udhr_ph_s.pdf.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Ídem.

²¹ Ídem.

²² Ídem.

²³ Ídem.

²⁴ Ídem.

²⁵ Ídem.

²⁶ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (2009): “Declaración Universal de Derechos Humanos”. Disponible en: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/udhr/udhr_s.pdf.

Trindade enfatiza en el rol de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (“UNESCO”) en la labor preparatoria de la Declaración Universal, en el examen de los principales problemas teóricos planteados por dicho documento²⁷. Nos relata Cançado Trindade que la UNESCO distribuyó un cuestionario entre los pensadores de la época más influyentes a nivel mundial sobre las relaciones entre los derechos de las personas y los derechos colectivos, en diversos tipos de sociedades y en circunstancias históricas distintas, así como las relaciones entre las libertades individuales y las responsabilidades sociales o colectivas²⁸. Las respuestas de estos pensadores resaltaron la interdependencia de los derechos humanos y la garantía de la libertad individual ante las fuerzas de la colectividad²⁹. La participación de este grupo de intelectuales, además de contribuir en aclarar ciertos conceptos fundamentales, contribuyó a que la declaración fuese considerada como el resultado final de un proceso universal, incluyente y participativo.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece una perspectiva integrada respecto a todos los derechos proclamados en ella, es decir la interdependencia de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y que todos son inherentes a la persona humana. Esta declaración fue concebida y adoptada como la primera parte de la Carta Internacional de Derechos Humanos.

II. La práctica subsecuente a la adopción de la DUDH

El desarrollo de la Carta Internacional de los Derechos Humanos no culminaría hasta la adopción no de uno, si no de dos convenciones o pactos vinculantes en materia de derechos humanos. Me refiero al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)³⁰ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)³¹. Los mismos son consecuencia directa de las profundas divisiones ideológicas de los años cincuenta (50) que, de una forma u otra, promovieron la categorización de los derechos humanos y la separación de la concepción original de un pacto integral de derechos humanos en dos instrumentos vinculantes distintos. Por una parte, el bloque de “occidental” promovía los derechos civiles y políticos, y, por otra parte, el bloque “soviético” impulsaba los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, es importante resaltar que la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas presentó a la Asamblea General de la organización mundial los dos proyectos de Pacto en 1954, los cuales no serían aprobados hasta 1966 y que entrarían en vigor 1976, casi dos décadas después. Estos dos instrumentos, en conjunto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los dos protocolos facultativos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966 y 1989), conforman la Carta Internacional de Derechos Humanos.

²⁷ Ídem.

²⁸ Ídem.

²⁹ Ídem.

³⁰ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, Nueva York (16/12/1966).

³¹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Nueva York (16/12/1966).

La práctica internacional posterior a la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se puede dividir en dos etapas, a saber: etapa legislativa de los Derechos Humanos y etapa de aplicación de los Derechos Humanos. Lo anterior responde a que la Declaración Universal sirvió de inspiración y allanó el camino para la adopción de más de ochenta (80) instrumentos internacionales de derechos humanos que a la fecha se aplican de forma permanente a nivel mundial y regional³². Igualmente, la Declaración sirvió de modelo para los Estados en el proceso de promulgación de disposiciones legales y constitucionales que el día de hoy denominamos derechos y garantías fundamentales³³. La Declaración también contribuyó en la adopción de decisiones judiciales que reafirman derechos básicos e inherentes a todos los seres humanos³⁴.

Empecemos pues por la etapa legislativa, lo que nos lleva a la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos, celebrada en Teherán, Irán, de mayo a junio de 1968. Es decir, hace 50 años y 20 años después de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En esta Conferencia, los Estados reafirmaron la perspectiva integrada y la interrelación de los Derechos Humanos. El documento final de la Conferencia, la Proclamación de Teherán³⁵ enuncia la tesis de la indivisibilidad de los Derechos Humanos, la cual de una forma u otra se encuentra implícita en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La indivisibilidad pretende rechazar cualquier tipo de jerarquización entre los distintos tipos de derechos y establecer que el avance de uno de estos derechos facilita el avance de los demás, al igual que la privación de alguno afecta negativamente a los demás. A partir de esta Conferencia inicia un proceso legislativo en materia de Derechos Humanos sin precedentes. Entre los múltiples convenios aprobados se encuentran la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; la Convención sobre los derechos del niño; la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Todos estos Convenios, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contarían con un Comité especializado conformado por expertos independientes, facultado para realizar las interpretaciones autorizadas de cada Convenio, al igual que un sistema de peticiones que permite a los nacionales de un Estado parte o a un Estado parte presentar quejas en contra de otro Estado parte por el incumplimiento de lo estipulado en el Convenio.

El éxito de la etapa legislativa es indiscutible, pues además de desarrollar ampliamente los derechos consagrados en la Declaración Universal, se avanzó hacia la consagración de derechos que buscan incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos. Me refiero a la tercera generación de derechos, los derechos de solidaridad, que incluyen un catálogo de derechos amplios que no estaban contemplados en la primera y segunda generación, es decir en los derechos civiles y políticos y en los derechos económicos, sociales y culturales.

³² CANÇADO TRINDADE (2009).

³³ Ídem.

³⁴ Ídem.

³⁵ PROCLAMACIÓN DE TEHERÁN, Teherán (13/5/1968).

A pesar del amplio desarrollo del que fue objeto el derecho internacional de los derechos humanos en las décadas subsecuentes a su consagración en la Declaración Universal, su aplicación universal era objeto de duda y muchas veces se hacía referencia a ellos como “letra muerta”. Sin embargo, a partir de los años noventa con la reactivación de las Naciones Unidas y de su sistema de seguridad colectiva, también iniciaría un movimiento para universalizar verdaderamente los derechos humanos mediante su fiel aplicación.

La etapa de aplicación inicia formalmente en la Segunda Conferencia Internacional de los Derechos Humanos celebrada en Viena, Austria, en junio de 1993, es decir hace 25 años, 45 años después de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La conferencia tuvo como propósito central garantizar la eficacia de los Derechos Humanos en la práctica, con especial consideración a las personas discriminadas, en situación de vulnerabilidad o con necesidad de protección especial. En esta conferencia se le otorgó una expresión concreta a la interdependencia que existe entre los derechos humanos y se reafirmó su carácter universal, inminentemente enriquecido por la diversidad cultural³⁶.

Sin embargo, el proceso de universalización no estaría completo hasta la formación del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Este Consejo, que reemplazó a la cuestionada Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, fue establecido para sanear una deuda histórica y hacer frente a la fragmentación del sistema universal de derechos humanos de la organización mundial³⁷. Por deuda histórica me refiero a que las Naciones Unidas fue fundada en base a tres (3) pilares fundamentales: seguridad, desarrollo y Derechos Humanos. De estos tres (3) pilares, dos (2) contaban con órganos principales enteramente dedicados a su realización. En el caso de la seguridad, el Consejo de Seguridad, y en el caso del desarrollo, el Consejo Económico Social. Los derechos humanos habían sido relegados a una comisión del Consejo Económico Social. Ante la imposibilidad de lograr una reforma a la Carta con el propósito adicionar un nuevo órgano principal a la Organización, debido, por supuesto, a la reticencia al cambio de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y su denominado derecho a veto, se tomó la decisión pragmática de establecer el Consejo de Derechos Humanos a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este consejo de 47 miembros electos por períodos de tres (3) años, mediante un criterio de representación territorial, se encarga de fortalecer la promoción y protección de los derechos humanos en todo el mundo y hacer frente a situaciones de violaciones de los derechos humanos, formulando recomendaciones³⁸.

El mecanismo seleccionado para hacer frente a la fragmentación del sistema universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fue el establecimiento de un proceso singular y único, bajo los auspicios del Consejo de Derechos Humanos, denominado “Examen Periódico Universal”. El mismo consiste en un examen de los expedientes de derechos humanos de los ciento noventa y tres (193) Estados miembros de las Naciones Unidas³⁹. Este proceso es una oportunidad para los

³⁶ DELCARACIÓN Y PROGRAMA DE ACCIÓN DE VIENA, Viena (25/6/1993).

³⁷ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Consejo de Derechos Humanos” A/RES/60/251 (3/4/2006).

³⁸ Ídem.

³⁹ NOWAK, Manfred (2016): Derechos Humanos, Manual para Parlamentarios N° 26 (Unión Interparlamentaria), p. 72.

Estados de declarar qué medidas han adoptado para mejorar la situación de los derechos humanos en el país y para cumplir con sus obligaciones en la materia. Tiene como propósito recordar a los Estados su responsabilidad de respetar y aplicar plenamente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. Su objetivo es mejorar las situaciones de derechos humanos en todos los países y abordar las violaciones de derechos humanos dondequiera que se produzcan. El Consejo de Derechos Humanos, en el plano político, en conjunto con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el plano operativo, realizan esfuerzos incansables para apoyar el establecimiento de normas en materia de derechos humanos, así como la supervisión y asistencia en la aplicación de los derechos humanos en el ámbito nacional.

III. El estatus jurídico de la DUDH

El reconocimiento del valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al igual que todo el *corpus iuris* del derecho internacional de los Derechos Humanos, ha sido objeto de un proceso evolutivo constante que, a la fecha, ha dado como resultado que la Declaración Universal sea un instrumento jurídico que forma parte integral de la Carta de las Naciones Unidas, y que sea considerada el fundamento de las normas internacionales sobre derechos humanos⁴⁰. Tal como se explicó anteriormente, la Carta de las Naciones Unidas menciona en siete (7) ocasiones el término “Derechos Humanos” sin proveer definición alguna o un catálogo específico de derechos. Esto se debe a que la Carta de las Naciones Unidas consagró en abstracto los Derechos Humanos, mientras que la Declaración Universal de Derechos Humanos, como ya se ha establecido, perfecciona el mandato al cumplir con la aspiración de los Estados de incluir inicialmente en la Carta una serie de garantías y derechos fundamentales.

Al reflexionar sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos es necesario recordar lo esbozado por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre las “Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad” (1971), al explicar que “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”⁴¹. Es por ello que al analizar los trabajos preparatorios de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como la intención de los Estados fundadores de las Naciones Unidas, se llega a la conclusión lógica que la Declaración Universal, en palabras del Juez Cancado Trindade, “es una interpretación fidedigna de las disposiciones de la propia Carta de las Naciones

⁴⁰ GLOBAL CITIZENSHIP COMMISSION (2016): “The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century: A Living Document in a Changing World”. Disponible en: <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Brown-Universal-Declaration-Human-Rights-21C.pdf>.

⁴¹ CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE TIENE PARA LOS ESTADOS LA CONTINUACIÓN DE LA PRESENCIA DE SUDÁFRICA EN NAMIBIA NO OBSTANTE LO DISPUESTO EN LA RESOLUCIÓN 276 (1970) DEL CONSEJO DE SEGURIDAD, Corte Internacional de Justicia. Opinión consultiva del 21 de junio de 1971, I.C.J. Reports 1971, p. 31, párrafo 53.

Unidas relativas a los derechos humanos, que prevé la transformación del orden social e internacional para asegurar el goce de los derechos proclamados”⁴².

En este sentido, es necesario realizar un paralelismo con la Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos”⁴³. En una situación similar a la que estamos analizando, la Carta de la Organización de Estados Americanos hace referencia a una serie de derechos esenciales del hombre, pero no los enumera ni define⁴⁴. Fueron los Estados mediante la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que enunciaron y definieron dichos derechos esenciales. Por lo anterior, la Corte concluyó:

*Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA*⁴⁵.

La Corte concluye diciendo: “Para los Estados miembros de la Organización [la O.E.A.], la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta [de la O.E.A.]... Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización [de Estados Americanos], una fuente de obligaciones internacionales”⁴⁶.

Es exactamente este mismo criterio el que debe ser aplicado *mutatis mutandi* a nuestra interpretación sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Las similitudes entre ambos casos son indiscutibles y los efectos jurídicos de ambos instrumentos, me refiero a la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, son innegables y no deben ser sujeto de discusión.

Por otra parte, hay quienes sostienen que la Declaración Universal de Derechos Humanos fue originalmente formulada como “*soft law*” (derecho no vinculante, blando o meramente indicativo). Sin embargo, desde su adopción, la Declaración fue reforzada y complementada por dos Convenios vinculantes y dos protocolos, formando en su conjunto la Carta Internacional de Derechos Humanos. Igualmente, la Declaración Universal sirvió de inspiración y allanó el camino para la adopción de los más de 80 instrumentos de derechos humanos de alcance regional y universal. Además, sirvió de modelo para la promulgación de numerosas normas de derechos humanos en

⁴² CANÇADO TRINDADE (2009).

⁴³ INTERPRETACIÓN DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 64 DE LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva del 14 de julio de 1989, OC-10/89.

⁴⁴ Ídem, párrafo 39.

⁴⁵ Ídem, párrafo 43.

⁴⁶ Ídem, párrafo 45.

distintas jurisdicciones nacionales, incluyendo a nivel constitucional y de ley, contribuyendo de forma gradual a formar una conciencia generalizada del carácter universal sobre el valor jurídico indiscutible de un catálogo de derechos inherentes a todos los seres humanos, cuya existencia es anterior al Estado mismo y a todas las formas de organización política. La conciencia jurídica universal ha impulsado, mediante el movimiento mundial en favor de los derechos humanos, a que todos los derechos consagrados en la Declaración Universal sean considerados parte del derecho internacional consuetudinario, cuyo valor jurídico es el mismo que el de las normas convencionales, es decir los tratados.

Adicionalmente, los derechos fundamentales de la persona humana, es decir los derechos humanos, son considerados obligaciones *erga omnes*, es decir aquellas que tiene un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto. Este tipo de normas, por su naturaleza conciernen a todos los Estados y en vista de la importancia de los derechos involucrados, se puede considerar que todos los Estados tienen un interés legal en su protección⁴⁷. Por último, una cantidad importante de derechos humanos han sido reconocidos como normas imperativas de derecho internacional general o normas *jus cogens* de conformidad con los dictámenes de tribunales como la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto presupone que cualquier norma en contra de una que goce del carácter de *jus cogens* será automáticamente nula⁴⁸, lo cual es fiel testimonio de su lugar dentro de la jerarquía de normas y de su valor mismo dentro del ordenamiento jurídico internacional.

Queda entonces establecido el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos incorporada tanto al derecho internacional convencional como al derecho internacional consuetudinario. Igualmente, su dimensión universal y sus aportes a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional de los Derechos Humanos constituyen aportes innegables a la universalización de los derechos fundamentales de la persona humana.

Conclusiones y recomendaciones

A siete décadas de su aprobación y adopción por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos se encuentra robustecida por un valor jurídico innegable, considerando sus aportes en el aspecto jurisdiccional de la protección internacional de los derechos humanos, en el ámbito de las legislaciones nacionales, y en la expansión gradual del contenido material de las obligaciones *erga omnes* y *jus cogens*. Igualmente, la consolidación de la Carta Internacional de los Derechos Humanos ha revestido a la mayoría de los derechos consagrados en la Declaración Universal de un alcance convencional vinculante que muchos sectores reclamaban desde su concepción. Lo anterior permite afirmar la universalidad normativa y operacional de los derechos consagrados en la Declaración setenta años después de su adopción.

⁴⁷ CASO RELATIVO A LA BARCELONA TRACTION, LIGHT AND POWER COMPANY, LIMITED (BÉLGICA CONTRA ESPAÑA), Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 5 de febrero de 1970, I.C.J. Reports 1970, p. 32, párrafos 33-34.

⁴⁸ CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, Viena (23/5/1969), artículo 53.

Sin embargo, en la República de Panamá todavía se cuestiona a nivel gubernamental, en general, y en el órgano judicial, en particular, el alcance y el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁹. Lo anterior se fundamenta en el hecho de que la Declaración es una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, las cuales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 y 11 de la Carta de las Naciones Unidas, las reviste de un carácter de “recomendación”, por lo cual no son consideradas vinculantes. Con base en esto, en ocasiones, se disminuye a la Declaración Universal como instrumento poco útil en el proceso de decisión judicial.

Tal como ha quedado establecido en esta presentación, argumentar esto significaría ignorar los trabajos preparatorios de la misma Carta de las Naciones Unidas y la intención de nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas, representados por las altas partes contratantes de la Carta, es decir los cincuenta y un (51) Estados Miembros fundadores y los actuales cientos noventa y tres (193) Estados Miembros. Igualmente, implicaría dejar en la oscuridad el concepto “derechos humanos” al que la Carta hace referencia en siete ocasiones sin ofrecernos ninguna definición.

De igual modo, negar los efectos jurídicos de la Declaración Universal también implicaría violentar el artículo cuatro (4) de la Constitución Nacional, que establece que Panamá acata las normas del derecho internacional. Existe una interpretación errada de este artículo, pues un sector importante de país considera que este únicamente obliga al Estado panameño a acatar lo establecido en los tratados. Lo anterior, presupone un desconocimiento de las normas del derecho internacional, entre las cuales se encuentran las consagradas en el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexo a la Carta de las Naciones Unidas, el cual enumera, a parte de los tratados, normas como la costumbre internacional, los principios generales del derechos aceptados y reconocidos por las naciones civilizadas, la doctrina de los publicistas y las decisiones judiciales. Tomando en consideración que los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos forman parte del derecho internacional consuetudinario, es decir la costumbre internacional, una norma de derecho internacional; y que, adicionalmente, es aceptado que la Declaración Universal de Derechos Humanos en sí, es una fuente de derecho internacional consuetudinario, y que por ende impone obligaciones legales vinculantes cuyo cumplimiento es de carácter obligatorio, se hace necesario recomendar que nuestros tribunales, incluyendo la corporación más alta de la justicia panameña, abandonen la concepción errada de que la Declaración Universal de Derechos Humanos no es un instrumento jurídico vinculante al ser una mera resolución recomendatoria. Esto debilita el Estado de Derecho a nivel internacional y constituye una negación antijurídica e histórica.

En este sentido, hago eco del pensamiento de Hurst Hannum, Profesor de la Escuela Fletcher de Derecho y Diplomacia de la Universidad de Tufts, al decir que nuestras cortes nacionales deberían reconocer algún tipo de valor a la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁰. Podría ser considerada como una fuente de derecho vinculante, pues a nivel internacional se ha determinado

⁴⁹ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL DECRETO EJECUTIVO N° 301 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2010, “POR EL CUAL SE CONCEDE ASILO TERRITORIAL A LA SEÑORA MARÍA DEL PILAR HURTADO AFANADOR, CIUDADANA COLOMBIANA” (2014): Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, N° 1208-10, 29 de mayo de 2014, p. 11-12 (refiriéndose a la Declaración Universal de Derechos Humanos como un instrumento no tiene carácter vinculante).

⁵⁰ HANNUM, Hurst (1995): “The UDHR in National and International Law”, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 24, p. 287.

que refleja derecho internacional consuetudinario, aplicándola directamente a distintos casos y emulando a Estados como Chile⁵¹, Lituania⁵² y Tanzania⁵³. Por otra parte, podría ser utilizada para interpretar o informar el derecho interno cuando este lidio con derechos humanos, tal como se ve en las jurisdicciones de Bélgica, Países Bajos, India, Sri Lanka y los Estados Unidos de América. Adicionalmente, podría ser considerada como evidencia de una política gubernamental que las corte deben o deberían respetar. En muchos países, las cortes están obligadas a interpretar sus leyes internas de conformidad con las obligaciones internacionales o los principios de política exterior, siempre y cuando sea posible. A mi parecer cualquiera de estas opciones debería ser adoptada por Panamá.

También podría incorporarse formalmente la Declaración Universal de Derechos Humanos a nuestro ordenamiento jurídico interno, al adoptarse como ley de la República por la Asamblea Nacional, o inclusive elevarse a rango constitucional como ya lo han hecho otros Estados⁵⁴. Lo

⁵¹ En Chile, la Declaración Universal de Derechos Humanos es considerada parte del derecho internacional consuetudinario y ha sido citada en varias ocasiones por los tribunales chilenos.

⁵² En Lituania, tribunales han declarado que los derechos y libertades de los extranjeros únicamente pueden ser restringidos de conformidad con los parámetros de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁵³ En Tanzania, la Corte Superior se refirió al artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos como parte de la Constitución de ese país.

⁵⁴ **Constitución del Reino de España**, Artículo 10.2: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; **Constitución de la República Portuguesa**, Artículo 16.2: Los preceptos constitucionales concernientes a los derechos fundamentales deben ser interpretados y complementados en armonía con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*; **Constitución de Nicaragua**, Artículo 46: En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos; **Constitución de Argentina**, Artículo 75.22: Corresponde al Congreso: ... 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; *la Declaración Universal de Derechos Humanos*; la Convención Americana sobre Derechos Humanos ... en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara; **Constitución de Sao Tome y Príncipe**, Artículo 12.2: La República Democrática de Sao Tome y Príncipe proclama su adhesión a *la*

anterior enviaría un mensaje claro del valor jurídico de este instrumento y del compromiso del Estado panameño con los derechos humanos.

Nuestros tribunales también podrían rechazar de forma implícita o explícita la relevancia o el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en nuestro derecho interno, lo cual favorecería los criterios puramente políticos que sostienen que la Declaración no es autoejecutable o que argumentan la supremacía del derecho interno sobre el internacional. Esto a mi juicio sería un gran error.

Durante los últimos setenta años, la Declaración Universal ha servido como estándar común para toda la humanidad en materia de derechos y libertades fundamentales, ha permitido que los pueblos de las Naciones Unidas reafirmen su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, promoviendo y protegiendo el progreso social, y elevando el nivel de vida dentro del concepto más amplio de libertad.

En los últimos setenta años, la mayoría de los Estados, la mayoría del tiempo han respetado la mayoría de los derechos humanos. Su inobservancia por algunos Estados, en algunos espacios de tiempo definido, en vez de debilitarlos han confirmado que los derechos humanos van más allá del instrumento jurídico, sino que constituyen un ideal común al que toda la humanidad debe aspirar.

Sigamos trabajando entonces para que la libertad, la justicia y la paz sean la norma común de la humanidad, que el reconocimiento de la dignidad intrínseca del ser humano sea la regla general, y que la consolidación de todos los derechos humanos, iguales e inalienables a todos los miembros de la familia humana, se haga realidad.

Declaración Universal de Derechos del Hombre; **Constitución de la República de Guinea Ecuatorial**, Preámbulo: Apoyados firmemente en los principios de la justicia social reafirmados solemnemente en los derechos y libertades del Hombre definidos y consagrados por la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* en 1948.

Una mirada a la estrategia de China, su posicionamiento en la región y el rol de Panamá como eje ante este nuevo escenario*

Idania M. Perigault^ψ

*Autor para Correspondencia. E-mail: imperigault@gmail.com

Recibido: 23 de octubre de 2019

Aceptado: 06 de junio de 2020

Resumen

La República de Panamá ha realizado diversos cambios en su política exterior con miras a un desarrollo integral en la región y a nivel global. Frente a esto, el posicionamiento que ha logrado la República Popular China en la última década obedece a una estrategia cuidadosamente trazada que atiende al respeto de la soberanía de los países y busca una consolidación fundamentada en la cooperación y amistad. Con base en ello, una revisión de los aspectos generales que enmarcan y condicionan el establecimiento de las relaciones China-Panamá que permita vislumbrar el desarrollo y beneficios derivados de esta relación para ambos países, así como el papel de la República de Panamá, ya sea como modelo a replicar por sus vecinos en cuanto a decisiones de política exterior, o bien, como eje de desarrollo regional, así como las implicaciones y preocupaciones de Estados Unidos a raíz de la importancia que la República de Panamá representa para este poder, son expuestas a lo largo de este artículo.

Palabras clave: Relaciones China-Panamá, Geopolítica, Poder blando, Complementariedad.

* Conferencia dictada el 16 de noviembre de 2018 en la Procuraduría de la Administración de la República de Panamá de una jornada de Conferencias titulada Aspectos geopolíticos de las relaciones China-Panamá.

^ψ Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad de Panamá), Diplomado en Derechos Humanos (Universidad Especializada de las Américas), Especialización en Docencia Superior (Universidad Interamericana de Panamá), Maestría en Administración de Empresas (Universidad Interamericana de Panamá), Doctora en Ciencias Políticas (Instituto de Estudios Superiores de Relaciones Internacionales y Estudios Estratégicos, Universidad Tamkang, República de China (Taiwán)). Profesora en la Maestría de Relaciones Internacionales, Escuela de Relaciones Internacionales, Facultad de Administración Pública, Universidad de Panamá.

Abstract

Panama has made different changes in its foreign policy in order to obtain an integral development locally and world-wide. In that regard, China's international positioning in the last decade is due to a careful strategy, which emphasizes the respect of national sovereignty and the aim for international cooperation. This article intends to review the general aspects of the China-Panama relation, which would allow to visualize the benefits derived from it. Furthermore, this article aims to review Panama's roll either as a regional model in foreign policy, or as an axis of regional development; and the implications on its relationship with the United States.

Keywords: China-Panama relations, Geopolitics, Soft Power, Complementarity.

Introducción

Las relaciones China-Panamá constituyen un cambio radical en la esfera tanto regional como global. Las implicaciones de esta nueva relación no se circunscriben a factores meramente bilaterales. Si bien los Estados toman decisiones soberanas, en el caso de Panamá, sus decisiones, como eje clave de la región, representan cambios no solamente en aspectos económicos regionales, sino también pudieran incidir en la toma de decisiones de las políticas extranjeras.

La frase “puente del mundo, corazón del universo”, basado en la posición geográfica y demás bienes que configuran la identidad, adquiere una relevancia representativa en los cambios de las nuevas hegemonías y en general en las relaciones internacionales que, en la actualidad, se basan en la cooperación.

Panamá, en la búsqueda de su consolidación y desarrollo, tiene un rol representativo y una responsabilidad histórica en el crecimiento de la comunidad global. Por ello, en el día de hoy, realizaremos una mirada a la nueva estrategia de China enfocada en la región Latinoamericana, con especial énfasis en Panamá. Mediante el compendio de datos y el análisis se pondrá en contexto los hechos que componen la estrategia diseñada por China hacia Latinoamérica y los efectos más recientes en su relación con Panamá.

I. Los avances de China en la región Latinoamericana

La aproximación de China a la región Latinoamericana se produce cuando se registra un cambio en la política original que había estado enfatizada en un acercamiento con los Estados que compartían un mismo carácter ideológico. Lo anterior mediante el establecimiento de una presencia más activa y un compromiso a largo plazo con los países latinoamericanos.

El proceso de realineación de la política china sufrió cambios para evolucionar como una política de reforma y apertura, convirtiéndose en el prelude de nuevos ajustes. Los mismos condujeron a un

desarrollo integral, saludable y sostenible, y al establecimiento y desarrollo de relaciones de amistad y cooperación con los países latinoamericanos, con independencia de las diferencias ideológicas¹.

Este cambio se sustentó en las necesidades generadas por el crecimiento económico que demandaba el uso de materias primas y recursos para la producción de bienes y servicios, suministro de alimentos; así como en la búsqueda de una legitimidad internacional para fortalecer su respetabilidad histórica y su autoridad global suscitada desde el enfoque de su naturaleza política².

De acuerdo con RATLIFF (1972) el inicio de estas relaciones tenía como objetivo establecer “la cooperación y el comercio que estaban en la cima de la agenda latinoamericana en los años 70, destacando el inicio del intercambio o lazos comerciales previo al establecimiento de las relaciones diplomáticas consideradas “irresistibles”³. Iniciadas las relaciones comerciales y diplomáticas, la ayuda humanitaria llegó”⁴.

Es a partir de la década de los años 70 que China expande sus relaciones en la región para enfocarse en intereses comerciales, políticos, pero principalmente económicos⁵. Como consecuencia, en los años subsiguientes (1971, 1972 y 1974), China estableció relaciones diplomáticas con México, Perú, Argentina, Jamaica, Guyana, Brasil y Venezuela.

Las relaciones comerciales entre China y América Latina adquieren mayor relevancia a partir de la gira de 13 días que realizó Jiang Zemin en 2001. La misma sirvió para afianzar la interacción entre los funcionarios chinos y los gobiernos latinoamericanos en los ámbitos político, económico-comercial, científico-tecnológico y cultural.

Este intercambio trajo diversas consecuencias. Entre ellas, el aumento de las importaciones y exportaciones chinas, las inversiones y los préstamos de sus bancos a los países de la región, además de atraer a los aliados de Taiwán y cambiar su reconocimiento diplomático a favor de Pekín.

¹ XU, Shicheng. (2013): “The evolution of Chinese policy toward Latin America”, en CHINA TODAY (28/01/2013). Disponible en: http://www.chinatoday.mx/eco/analys/content/2013-01/28/content_514998.htm.

² POTTER, Pitman B. (2014): *Assessing Treaty Performance in China: Trade and Human Rights* (Vancouver, Toronto, Asia Pacific Legal Culture and Globalization, UBC Press), p.129.

³ MANN, Setafanie (2002): *Discovery of a Terra Incognita: Five Decades of Chinese Foreign Policy Towards Latin America* (Inst. für Politikwiss., Abt. Politische Auslandsstudien und Entwicklungspolitik); LOCATELLI, Niccolo (2011): *China in Latin America: Political and Economic Implications of Beijing's Involvement in the Region* (Florida, Universal-Publishers).

⁴ LOCATELLI (2011).

⁵ SHIXUE, J. (2011): “Your Opinion: China and the EU: Finding "El Dorado" Together”. Disponible en: http://www.atlantic-community.org/index.php/Open_Think_Tank_Article/China_and_the_EU%3A_Finding_%22El_Dorado%22_Together.

1. Puntos clave de la política hacia la región

El proceso constructivo de las relaciones con la región se hizo evidente en las declaraciones que realizará en 2004, el presidente Hu Jintao ante el Parlamento brasileño sobre el compromiso del gobierno chino con la paz, la amistad, la igualdad, el apoyo y el beneficio mutuo. La participación anunciada se desarrollaría en tres ejes: el político, por el cual China buscaría consolidar una confianza política mutua para lograr un consenso estratégico; el eje económico, promoviendo la cooperación en beneficio mutuo a través de la complementariedad; y el cultural, orientado a establecer una interacción cultural para reforzar el entendimiento mutuo generado en los ejes anteriores.

Estas declaraciones constituyeron una de las actuaciones más importantes y el principal antecedente del "Primer Documento de la Política para América Latina y el Caribe". El mismo fue lanzado en noviembre de 2008 y estuvo dirigido a la conquista y prosperidad de las relaciones China-Latinoamérica, de la cual la República de Panamá constituye un eje fundamental.

Es así como la "política china hacia América Latina y el Caribe" se declaró oficialmente en un documento del mismo nombre en 2008, que incluye los objetivos políticos de China en la región. El documento, además de establecer la estrategia de apertura de China, que busca proyectar la imagen de un país amigable y cooperativo, establece los Cinco Principios de la Coexistencia Pacífica, como el respeto mutuo de la soberanía y la integridad territorial mutua, la no agresión mutua, la mutua no interferencia en los asuntos internos, igualdad y beneficio mutuo, y convivencia pacífica. El documento también se basa en el "principio de una China" como base para el desarrollo de las relaciones con América Latina.

El documento profundiza en objetivos políticos, económicos, culturales y sociales, así como en la seguridad nacional, enfatizando la relación de amistad y cooperación. Esta estrategia persigue un desarrollo de orden legislativo, político y económico internacional que promueva consultas intergubernamentales en varias áreas de interés común, con gobiernos locales y partidos políticos y organizaciones.

En el campo económico, por ejemplo, aumenta el desarrollo de inversiones en infraestructura financiera y agrícola; y en la cooperación multilateral global a través de acuerdos y tratados en un esquema de relaciones basado en el principio de igualdad y beneficio mutuo. La asistencia y cooperación en educación, deporte, tecnología médica y atención médica forma, a su vez, parte de sus componentes, al igual que la asistencia en la lucha contra la pobreza y la capacitación en desastres.

La asistencia legal mutua en materia penal y civil, y la extradición, el intercambio y la cooperación militar y de información, la capacitación del personal y la capacidad de respuesta en el campo de la seguridad no tradicional y la lucha contra el terrorismo (PCCh, 2008)⁶, constituyen también puntos principales de la agenda política a desarrollar en América Latina.

⁶ PCCH. (2008): "Policy on China to Latin America and the Caribbean". Disponible en: <http://spanish.peopledaily.com.cn/31621/6527840.html>.

Dentro de la estrategia ampliada, China tiene una operación diferente según cada región: en el Sur, su interés se centra en los recursos minerales y en algunos alimentos mientras que el Norte, Centroamérica y el Caribe, coloca sus ojos en los bienes manufacturados y las materias primas. La presencia de China se ha recibido de manera positiva, principalmente debido a su apoyo otorgado a América Latina frente a la crisis económica mundial de la última década que permitió a Pekín consolidar su presencia comercial en la región.

Independientemente del panorama actual, el presidente chino Xi Jinping dijo, en enero de 2015, durante la primera reunión ministerial del Foro China-CELAC, que invertirá cerca de US\$ 250 mil millones en América Latina durante los próximos diez (10) años como parte de la estrategia del gigante asiático para aumentar su presencia en la región⁷. China ha establecido US\$ 35 mil millones en nuevos fondos regionales con Latinoamérica en infraestructura y desarrollo industrial, además de anunciar US\$ 5 mil millones asignado al Fondo de Cooperación de América Latina⁸.

El impacto de la presencia de China en la región de América Latina ha tenido sus efectos gracias a varios factores: por un lado, el interés de China en satisfacer sus necesidades frente a un crecimiento evidente como potencia mundial, un factor que se ha convertido en un atractivo para la región latinoamericana, que se enfrenta a la seguridad de inversión que representa el poder chino. Y, por el otro, a la estabilidad democrática que goza América Latina que conforma un escenario confiable para la inversión y el posicionamiento de la potencia asiática que, sin duda, ha aprovechado con éxito la expansión de su estrategia de imagen positiva.

Esta imagen, unida a la política desarrollada para América Latina promulgada en 2008, basada en la cooperación amistosa en un mundo armonioso, y complementada por los factores y condiciones mencionados anteriormente; permitió ejercer el poder blando de China, cuyas inversiones fueron cruciales para que, según el Woodrow Wilson Center, América Latina eludiera el poder del impacto de la recesión económica de 2009⁹. La suma de todos estos factores consolida la presencia cada vez mayor y la imagen positiva de China en la región de América Latina.

2. Soft power y diplomacia cultural

a. Poder Blando chino

Cuando se habla de “*Soft Power*” o poder blando, la idea que se viene a la mente es el concepto occidental, aplicado en esta esfera, que acuñado por el catedrático Joseph Nye Jr. en los 90s. Aquí,

⁷ SALAS, Marcos (2015) “Why is China so interested in doing business in Latin America?” BBC World. Disponible en:

http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/07/140714_economia_china_america_latina_msd.

⁸ RAY, Rebecca, GALLAGHER, Keving y SARMIENTO, Rudy (2016): “Boletín Económico China-América Latina 2016-3”, *Boston University*, p. 1. Disponible en: https://www.bu.edu/pardeeschool/files/2016/04/Economic-Bulletin-2016-Spanish.Final_.pdf.

⁹ LA REPÚBLICA (01/04/2013) “China será el segundo inversor en AL en 2015”. Disponible en: <https://larepublica.pe/economia/701106-china-sera-el-segundo-inversor-en-al-el-2015/>.

el autor hace referencia a la capacidad dominante de un Estado, distinta del poder militar, económico o científico, que se acostumbra a ejercer por parte de un Estado sobre otro.

De acuerdo con NYE¹⁰ un país logra atraer y convencer a los demás practicando este tipo de poder a través de: el ejercicio de la diseminación de información, la opinión pública y la influencia cultural, esta última cuando es practicada en zonas que realmente aprecien tales exposiciones culturales (como es el caso de Panamá y el atractivo cultural que despierta la cultura China); la apreciación de los valores políticos aplicados por un Estado, cuya aplicación de dicho modelo resulta atractivo para otros; y la política exterior que ejerza un Estado, cuya legalidad y moralidad constituya un aspecto interesante o atrayente para otros Estados.

NYE se refiere como Poder Blando a la habilidad de un Estado para conformar las preferencias de otros a través de la persuasión y la atracción o, en otras palabras, “aquella capacidad de obtener lo que desea a través de la atracción en lugar de la coerción y el pago”¹¹. La definición de poder blando ha cambiado a lo largo de los años como un reflejo del entorno social y político de la época, aunque en su esencia la palabra ya envolvía una característica no coercitiva.

Si nos abocamos a la opinión del NYE sobre el poder blando de un Estado¹², que fundamenta su atractivo en la cultura, en los valores políticos y sociales de su política interna, así como también en el estilo y la sustancia de su política exterior, resulta, a primera vista, una incongruencia manifestar que el entendimiento de un Poder Blando entre China y el concepto occidental esgrimido por NYE, presenta diferencias. Este análisis será despejado posteriormente ante las evidencias del desarrollo de China en la región Latinoamericana.

Basado en este concepto, y ante la creciente influencia de China, mediante la utilización de recursos como la cultura, instituciones, programas y valores, se vincula la ambrosía que produce entablar y desarrollar relaciones con la creciente potencia. Lo anterior, enzarzado por la atención que genera el desarrollo alcanzado en la última década.

En lo referente al entendimiento, y puesta en práctica del Poder Blando entendido por China, este se concibió como “la capacidad de transmisión de noticias [de un país], la influencia cultural y la capacidad para canalizar la opinión pública”¹³. Wang J. y Sun L. (2005) y Xu, J. (2004), por su parte, han considerado el Poder Blando, en términos abstractos, “como un poder intangible, no cuantificable, no material o espiritual,”; mientras que Zhai, K. (2004) se ha referido a este como la

¹⁰ NYE, Joseph (2006): “Think Again: Soft Power”, *Foreign Policy*. Disponible en : <https://foreignpolicy.com/2006/02/23/think-again-soft-power/>.

¹¹ NYE, Joseph (1990): *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power* (Nueva York, Basic Books), p. 154; NYE, Joseph (2004) : *Soft Power: The Means to Success in World Politics* (Nueva York, Public Affairs), p.x.

¹² Ídem, p. 11.

¹³ ZHENG (2009): “Enhancing soft power, using ‘smart power’ to effect: thoughts on our country’s present strategy for external news transmission”, *China Journalist*. Disponible en: <http://www.baoye.net/News.aspx?ID=294568>.

“capacidad de persuadir a otros con la razón y de convencer a otros con principios morales”¹⁴. Wang y Lu han advertido que la concepción china de Poder Blando es consistente e incluso más amplia que la proporcionada por NYE, extendiendo el entendimiento abstracto a la capacidad de generar cumplimiento en una sociedad mediante el ejemplo moral y la persuasión¹⁵.

Aunque el término utilizado en el pasado despertó algunas críticas en lo referente al tono probablemente coercitivo o amenazante, la evolución de las actividades ha mostrado una carencia de asertividad en cuanto al carácter amenazante atribuido en otrora. En ese sentido, se le otorgó un énfasis a la fuerza del discurso, basado en una aparente “monopolización doméstica” de los medios y la cultura afirmando que “los pensadores de medios y comunicaciones estratégicas en China entienden la noción de atracción de Nye en términos autoritarios”¹⁶. No obstante, la silente y cada vez más enfática presencia China ha mantenido un carácter cooperativo distinto al matiz amenazante que hace una década le fuera impuesto.

Los estados soberanos han mostrado una capacidad objetiva desviada de la impresión amenazante que se atribuye a la influencia de China, al mismo tiempo que la aceptación de las influencias culturales denota una preferencia hacia ésta más allá de un interés aparente. El estilo de la política exterior y el desarrollo gestionado en la última década permiten una revisión y amplitud del análisis entre la concepción occidental inicial, envuelta en inseguridades, y la constante demostrada por la potencia mundial. Con base en lo anterior, el Poder Blando de China descansa en la cultura, cuya expresión se proyecta en el arte, lenguaje, literatura y filosofía. Al ser una civilización milenaria, su sabiduría ha influido a lo largo del orbe.

Hasta nuestros días el confucianismo y otras escuelas de pensamientos de la antigua China son estudiadas, precisamente, por su atractivo cultural¹⁷. De igual manera, los modelos exitosos de desarrollo económico que, de acuerdo con Wang, Y.¹⁸, se convirtieron en un componente importante del Poder Blando de China. Este es el caso del “consenso de Beijing” concerniente al modelo de rápido desarrollo económico de la potencia, sin perder su propia forma de vida¹⁹.

Este modelo, que defiende la estabilidad, el desarrollo y las reformas en ese orden, fueron de amplio atractivo para aquellas economías de países en desarrollo²⁰. Pese a la importancia de los elementos

¹⁴ WANG, Hongying, y LU, Yeh-Chung (2008): “The Conception of Soft Power and its Policy Implications: a comparative study of China and Taiwan”, *Journal of Contemporary China*, vol. 17, no. 56, p. 427.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ BANDURSKI, David (2009): “Is China’s new communications worldview coming of age?”, *China Media Project*. Disponible en: <http://chinamediaproject.org/2009/11/12/is-chinas-new-communications-worldview-coming-of-age/#comment-1092>.

¹⁷ WANG y LU (2008), p. 427.

¹⁸ WANG y LU (2008), p. 427.

¹⁹ COOPER RAMO, Joshua (2004): *The Beijing Consensus* (London, Foreign Policy Center).

²⁰ WANG y LU (2008), p. 427.

mencionados, en el ámbito internacional, una de las mejores guías de aplicación del Poder Blando lo constituyen las prácticas y estilos diplomáticos sofisticados²¹.

Las relaciones públicas administradas de manera excepcional, enfocadas en proyectar una imagen positiva de un país, mejoran el Poder Blando de un Estado. Es por ello que la política exterior de China, basada en el respeto a la soberanía y al principio de no interferencia (política inmune a presiones, libre de alineación, no ideológica y no confrontacional), además de su búsqueda hacia el “ascenso pacífico”, han hecho que China sea atractiva.

b. Diplomacia pública

En 1979, el Partido Comunista Chino (“PCCh”) comenzó a presentarse como un poder caracterizado por el “socialismo con características chinas”, con un mensaje proyectado al mundo mostrando una China dirigida a la consecución de una paz duradera y una prosperidad común en la comunidad internacional. En la búsqueda de lograr una incursión más amigable en la esfera internacional, China se prepara para usar su propia estrategia de Poder Blando.

De esta manera, China utiliza las herramientas del Poder Blando que se centran, principalmente, en la cultura y la diplomacia pública, pero también apela a otros recursos, como la radio y la televisión. El principal interés u objetivo de la política impulsada por el PCCh, además de incluir el capital extranjero, era garantizar el suministro de materias primas, tecnología y recursos naturales. Este acceso solo podría lograrse a través de relaciones con vecinos y con aliados lejanos.

Por lo tanto, la política de Pekín requería que se retratara como un poder cooperativo y pacífico. Por un lado, para reparar las relaciones con los países vecinos y, por el otro, para aumentar el número de aliados en la comunidad internacional. Enfocada en el objetivo de proyectar una imagen positiva, China ejerce su propia diplomacia pública teniendo en cuenta la opinión que tienen los otros Estados al tiempo que suavizan su propia imagen.

A pesar de la admiración y atracción que China despierta en la comunidad internacional, debido a su desarrollo y consolidación como potencia mundial, China ha sido criticada debido al ejercicio de su diplomacia pública. Las críticas se deben al hecho de que no existe una autoridad centralizada que controle los diferentes ministerios y departamentos centrados en el desarrollo de la diplomacia pública. Por ejemplo, la diplomacia cultural o la diplomacia de los medios, pese a que, desde el 19 de marzo de 2004, la División de Diplomacia Pública se creó bajo el Departamento de Información del Ministerio de Relaciones Exteriores²².

A partir de esta iniciativa, el PCCh muestra una imagen de Pekín que se ajusta a la incorporación en la comunidad social para lograr sus objetivos. Esta iniciativa se basa en la gestión y aplicación del Poder Blando y la diplomacia pública. Pekín ha mantenido la estrategia durante décadas y ha mejorado constantemente. De esta manera, China ha avanzado en su posicionamiento, como se

²¹ WANG y LU (2008), p. 428.

²² WANG, Yiwei (2008): “Public Diplomacy and the Rise of Chinese Soft Power”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, issue 616, p. 257-273.

observó en noviembre de 2007, cuando el Secretario General del PCCh, Hu Jintao, expresó la necesidad de promover una estrategia cultural para “globalizarse” para expandir la exportación de bienes culturales, productos y servicios en un intento por “fortalecer el impacto internacional y la competitividad de la cultura china”²³ y promover el Poder Blando de China.

Como resultado de esta necesidad de aumentar el Poder Blando, ha habido un aumento de los Institutos Confucio en todo el mundo, por ejemplo. El establecimiento de estos institutos se centra en la esperanza de que estos puedan ser instrumentos de diplomacia cultural que se asemejen al British Council, l'Alliance Française y el Instituto Goethe²⁴.

Además, el discurso de apertura del XVII Congreso Nacional del PCCh en octubre de 2007, en el que el presidente de la República Popular China destacó la necesidad de “mejorar la cultura como parte del poder blando de nuestro país para garantizar mejor los derechos culturales básicos de las personas e intereses”²⁵, trajo como consecuencia la demostración, en términos de logros, de algunos ejemplos de expansión cultural que alguna vez fueron incorporados como parte de una penetración cultural que complementa la iniciativa del PCCh en la imagen de China. De hecho, esta estrategia comenzó hace décadas al incluir en su promoción el surgimiento de estrellas, entre ellas deportivas, al igual que la imagen representada por el primer Premio Nobel de Literatura de China, Gao Xingjian en 2000.

Hoy podemos mencionar que entre los recursos destacados por China como fuentes del poder se encuentra una pluralidad de elementos que incluyen la cultura, las instituciones y los valores domésticos. El PCCh entiende como elementos de Poder Blando para lograr una atracción: la importancia de exportar su cultura tradicional como un valor esencial de atracción en el campo internacional; el modelo de desarrollo económico; la legitimidad del régimen como fundamento doméstico del poder; la política exterior independiente y pacífica de China; así como la ciencia y la tecnología. Y siguiendo el modelo de Joseph Nye, también tienen en cuenta las habilidades y los estilos diplomáticos de alto nivel²⁶.

La comprensión de lo que significa el Poder Blando para China se puede apreciar al confrontar una crítica de la expresión explicada por NYE que resalta la falta de ciertos elementos. Janice Bially Mattern (2005), argumenta que elementos como las obras literarias, las películas y la música

²³ QIUSHI – COMITÉ CENTRAL DEL PARTIDO COMUNISTA CHINO, Discurso de Li Changchun (2010, October 1) titulado “Major Relationships in Cultural Development: Working Out a Cultural Development Path with Chinese Characteristics” (01/10/2010). Disponible en : http://english.qstheory.cn/magazine/201004/201109/t20110920_111364.htm.

²⁴ WANG, Hongying (2006): “Chinese Conception of Soft Power and Its Policy Implications” en WANG, Gungwu y ZHENG, Yongnian (edits), *China in the New International Legal Order* (Londres, Routledge).

²⁵ HU, Jintao (2007): “Report to the Seventeenth National Congress of the Communist Party of China” *National Congress of the Communist Party of China*. Disponible en: <http://www.china.org.cn/english/congress/229611.htm>.

²⁶ WANG (2006), p. 4-8.

constituyen formas de diplomacia pública y cultural, que forman parte de la atracción cultural y, por lo tanto, el Poder Blando denota la representación de un país²⁷.

Precisamente esos elementos son utilizados por China como parte del Poder Blando ejercido internacionalmente. La opinión de Bially coincide con la definición de Poder Blando esbozada por Elizabeth Economy, directora de estudios sobre Asia en el Consejo de Relaciones Exteriores con sede en Estados Unidos, que se refiere a “la cultura, la educación y la diplomacia”²⁸. Además, señala que China ha tenido históricamente un fundamento sólido en la promoción de la influencia del poder blando²⁹.

Se ha proyectado, a juicio de Economy, que el Poder Blando de China afectará a la fuerza nacional en general, buscando resultados a su favor en igual alcance como lo haría el Poder Duro. Por esta razón, uno de los deberes de China es perfeccionar su reputación como una estrategia de atracción internacional para lograr la penetración de su política exterior basada en un “mundo armonioso”.

Lo anterior hace una clara referencia a la forma en que China entiende y ve el Poder Blando en términos más amplios, lo que incluye aspectos y elementos diferentes de los asuntos de seguridad. En este punto, se puede establecer una marcada diferencia entre el Poder Blando entendido en China y el expuesto por NYE. Este último afirma que el Poder Blando no está bajo planificación estatal, por lo tanto, es autónomo. En cambio, China usa este poder como parte de su estrategia para cambiar su imagen en todo el mundo.

Basados en los elementos expuestos anteriormente, los académicos Yan Xuetong y Xu Jin definen el Poder Blando como “una combinación del atractivo internacional de un país y sus capacidades de movilización externa e internacional”³⁰.

Pekín ha adoptado su política para fortalecer y cultivar las relaciones con los grupos étnicos chinos en todo el mundo, incluyendo Panamá, que hasta el 12 de junio de 2017 fue oficialmente un aliado de Taiwán. Ya en el año 2007 algunos académicos, entre los que se encuentran KURLANTZICK, habían señalado que los esfuerzos de Pekín probablemente comprometerían la relación diplomática de Taiwán con Panamá³¹, como terminó sucediendo una década más tarde.

²⁷ BIALLY MATTERN, Janice (2005): “Why ‘Soft Power’ Isn’t So Soft: Representational Force and the Sociolinguistic Construction of Attraction in World Politics”, *Millenium – Journal of International Studies*, vol. 33, n° 583.

²⁸ QINGFEN, C. J. (2010) “Overseas officials head to Chinese classrooms”, CHINA DAILY. Disponible en: http://www.chinadaily.com.cn/china/2010-08/05/content_11098280.htm 2010.

²⁹ Ídem.

³⁰ YAN, Xuetong y XU, Jin (2008): “Sino-U.S. Comparison of Soft Power”, *Contemporary International Relations*, vol. 187, no. 2. Disponible en : <http://www.imir.tsinghua.edu.cn/publish/iis/7236/20120308004022054904369/2008-3Sino-U.S.ComparisonofSoftPower.pdf>.

³¹ KURLANTZICK, Joshua (2007); *Charm offensive: How China's soft power is transforming the world* (New Haven CT, Yale University Press) p. 76-79.

China ha sostenido un crecimiento económico que le ha permitido mantener compromisos con países de diferentes continentes. Este crecimiento económico implica la expansión de los proyectos de comercio, inversión e infraestructura. Dicho desarrollo, y la posición de China como superpotencia, van de la mano con su estrategia de proyectar una imagen positiva, pacífica y amigable que fomente la atracción de los países que desean relacionar sus economías con este poder en constante crecimiento.

Es por eso que el Poder Blando de China, que ha aumentado desde el establecimiento de esta estrategia, se explica por la asociación de diferentes factores. Los mismos involucran el desarrollo económico combinado con elementos culturales y sociales, así como la cooperación y la ayuda.

II. Beneficio mutuo de las relaciones entre ambas naciones

Antes del establecimiento de las relaciones diplomáticas entre la República Popular China y Panamá ya existían una amplia gama de beneficios que, luego de la consolidación de estos lazos, se han incrementado. No obstante, con esta nueva etapa surge la necesidad colectiva de conocer de manera detallada cómo se proyectan los planes y objetivos de la República Popular de China, surgiendo interrogantes como: ¿Qué beneficios u oportunidades representa las relaciones de China para Panamá?; ¿Cuáles son los beneficios o ventajas que nuestra República ofrece a China?; o ¿Cuál es el valor, rol o sitio de Panamá con esta nueva etapa en la esfera global?

En el pasado el interés solo descansaba en una oficina comercial. Hoy debe proyectarse a la búsqueda de mejores y mayores beneficios. Ante esa nueva realidad resulta necesario conocer la cultura, forma de negociar, gustos e intereses chinos. Con este conocimiento podremos ofrecer y obtener mejores y mayores beneficios, a la vez que dicha información permitirá un desarrollo de relaciones abierto. Teniendo en cuenta que China es el tercer destino de las exportaciones panameñas con más de US \$ 42 millones en 2017, manteniendo una relación de tipo asimétrica en donde Panamá exporta café, pieles de bovino y harina de pescado, obteniendo productos de alta tecnología como importaciones provenientes de China³², no es hasta un año después del establecimiento de relaciones, que se inician las negociaciones de un Acuerdo Comercial.

Ahora bien, hay una tarea por realizar frente a estos Acuerdos y, basado en las declaraciones de la vice presidenta Isabel De Saint Malo, existe un nuevo contexto político de América Latina que demanda un mayor pragmatismo y menos enfoque ideológico³³. Es precisamente en este contexto que debemos enfocarnos siendo la información que manejamos de la otra parte con quien negociamos, la mejor vía para tomar decisiones. Además, el nuevo paradigma demanda que los ciudadanos se involucren en el proceso mediando la transparencia y la rendición de cuentas; de allí la necesidad que estemos informados. Como ha comunicado la vice presidenta, la transparencia y la

³² PANAMA TODAY (2018): “Panamá continúa negociación de TLC con China”. Disponible en : <https://www.panamatoday.com/es/economy/panama-continua-negociacion-de-tlc-con-china-7615>.

³³ PANAMA TODAY (2018): “Panamanian Vice President defends the "new paradigm" in the business world”. Disponible en: <https://www.panamatoday.com/economy/panamanian-vice-president-defends-new-paradigm-business-world-8278>.

rendición de cuentas “es una condición que ha llegado a la vanguardia en la evaluación de las empresas que buscan participar en proyectos de infraestructura o invertir en nuestros países, y los ciudadanos y los medios de comunicación están mucho más atentos a su comportamiento”³⁴.

Hasta ahora, para la República de Panamá, se han vislumbrado amplios beneficios. Por ejemplo, en materia turística, luego de la instalación de las relaciones diplomáticas, Panamá ha ingresado a la lista de “Destinos Turísticos Aprobados”. Lo anterior, perfila una inyección al turismo en los próximos años, tanto por el inicio de vuelos directos, como por la posibilidad que Panamá se constituya en un puerto de origen. Esto último incentivará la salida de cruceros al Caribe y el Pacífico, generando un incremento en este rubro además de impulsar la oferta hotelera existente.

En materia de negocios, el Tratado de Libre Comercio, que actualmente desarrolla sus discusiones, está proyectado a potenciar las relaciones *ganar-ganar* de ambas partes. El mismo busca estar basado en la cooperación económica y comercial ya existente, y en la voluntad manifiesta por las partes de lograr un Tratado de alto nivel, recíproco y de beneficio mutuo, cuyo objetivo es el beneficio de empresas y personas de ambos países³⁵.

Antes del establecimiento de las relaciones diplomáticas, China ya era el principal proveedor de la Zona Libre Colón, constituyéndose, igualmente, como el tercer destino de las exportaciones panameñas con más de 42 millones de dólares en 2017³⁶. Este inicio de relaciones impulsa el ingreso de una mayor amplitud de bienes y productos chinos, permitiendo una expansión del mercado (hacia Europa, por ejemplo). Si bien China obtiene sus principales productos del Sur, como la soja, principal rubro de exportación hacia China para Brasil, Argentina y Uruguay (OEC, s.f.), las nuevas relaciones permitirían explorar la posibilidad de exportar, dada la demanda alimentaria y gustos de China, productos agrícolas y pesqueros de nuestro territorio³⁷.

³⁴ Ídem.

³⁵ REPÚBLICA POPULAR CHINA, MINISTERIO DE COMERCIO (2018): “The 3rd Round of Negotiation of China-Panama FTA Held in Panama City”. Disponible en: <http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/significantnews/201810/20181002797625.shtml>.

³⁶ PANAMA TODAY (2018): “Panamá continúa negociación de TLC con China”. Disponible en: <https://www.panamatoday.com/es/economy/panama-continua-negociacion-de-tlc-con-china-7615>.

³⁷ RAY, GALLAGHER y SARMIENTO (2016). p. 3. (El crecimiento económico de China, catalogado como lento en el pasado, no ha planteado ninguna amenaza de estancamiento del comercio entre América Latina y China, por el contrario, a pesar de la desaceleración en América Latina, sigue existiendo un fuerte enfoque en el comercio bilateral. La fortaleza de América Latina en términos de materias primas es el hierro, el aceite, la soja y todo tipo de alimentos necesarios para China; los minerales y las agro tecnologías con pocas adiciones constituyen una gama limitada de productos, por país, que se exportan a China. Los últimos datos desagregados se remontan a 2014 y muestran que la soja representa el 18% de las exportaciones latinoamericanas a China, el cobre 12.2%; minerales, concentrados de hierro 19,0%; aceite sin refinar 11%; minerales, concentrados de cobre, 9.6%, lo que representa un total de 69.7% de exportación de los principales productos latinoamericanos a China).

Estas negociaciones bilaterales, flanqueadas por la participación de Panamá en las diversas Ferias de Turismo; en la Primera Feria de Importación y Exportación de China que, en la opinión del embajador chino en suelo panameño, reafirman el interés de China en Panamá como una puerta de entrada a América Latina, dada su función como centro de comercio y distribución³⁸. Dentro del establecimiento de las negociaciones, un aspecto a destacar en las relaciones *ganar-ganar*, es el afianzamiento del *hub* logístico en Panamá, por medio del cual se permite la expansión comercial de China. Este planteamiento resulta interesante porque, por un lado, habiendo China firmado tres (3) Acuerdos con tres (3) de los miembros de la Alianza del Pacífico (México, Chile, Perú), puede beneficiarse de las oportunidades logísticas ofrecidas y, por el otro, favorecer la entrada de nuestro país a la Alianza, ingreso estancado por las negociaciones con Colombia.

Otro aspecto lo constituye la alta tecnología que ofrece China y que, a futuro próximo, puede popularizar las actividades de comercio electrónico. De acuerdo con el World Economic Forum, China genera un 40% de estas transacciones a nivel mundial³⁹.

La inversión de China en el desarrollo de proyectos, gerenciado de manera apropiada, genera beneficios a futuro. Hasta ahora son varios los proyectos de infraestructura en manos de desarrolladores asiáticos privados: El cuarto puente sobre el Canal; el puerto de cruceros proyectado en Amador o la terminal de cruceros en Isla Perico; el nuevo puerto de contenedores (Panamá Colón Container Port), por parte de consorcios de empresas privadas chinas; o el publicitado, hasta ahora, tren Panamá-Chiriquí, proyecto del Ministerio de Comercio Chino. Lo anterior son algunos ejemplos de las iniciativas que constituyen una oportunidad de fuentes de empleo e inyección a la economía panameña⁴⁰.

La inversión extranjera directa, a través de estos proyectos de infraestructura por parte de empresas chinas o del propio gobierno, constituyen una oportunidad económica para los panameños. En otras palabras, si la mano de obra es mayormente nacional, esta fuente de empleo incrementará innegablemente el desarrollo económico de nuestro entorno mediante el flujo monetario.

³⁸XINHUANET (2018). “Panama, China launch free-trade talks for mutual benefit”. Disponible en http://www.xinhuanet.com/english/2018-07/11/c_137316572.htm.

³⁹FAN, Ziyang (2018): “Five trends shaping the future of e-commerce in China”, *World Economic Forum*. Disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2018/09/five-trends-shaping-the-future-of-e-commerce-in-china/>.

⁴⁰PÉREZ, Priscilla (2018) “Inversiones chinas en proyectos clave en Panamá superan los \$2,585 millones” *ElCapitalFinanciero.com*. Disponible en: <https://elcapitalfinanciero.com/inversiones-chinas-en-proyectos-clave-en-panama-superan-los-2585-millones/>. (China Communications Construction Company y China Harbour Engineering Company LTD se adjudicaron el proyecto del cuarto puente sobre el Canal de Panamá con una oferta económica de \$1,420 millones; el puerto de cruceros a cargo de China Harbour Engineering Company Ltd. (CHEC) y la belga Jan De Nul por \$165,708,327.43 millones; China Landbridge Group se adjudicó el proyecto Panamá-Colón Container Port, con una inversión de \$1,000 millones; la empresa China Railway Design hará el estudio de factibilidad del tren Panamá-Chiriquí).

Uno de los mayores beneficios, a futuro, se vislumbra en materia educativa y en el ámbito cultural. Las iniciativas desde la Universidad de Panamá a través de Acuerdos para el establecimiento del Instituto Confucio; Convenio Marco de Cooperación entre la Universidad de Panamá y la Universidad de Beijing; así como el Memorando de Entendimiento con la Universidad de Estudios Internacionales de Beijing; son instrumentos que permiten el fortalecimiento de la cooperación para lograr un desarrollo avanzado en distintas ciencias y en la lengua china. Esta inquietud en materia educativa y cultural ha sido promovida, incluso, desde y hacia los sectores privados con iniciativas desarrolladas por la Academy Howard de Panamá Pacífico o la empresa Huawei, la que han gestionado el intercambio educativo que, a su vez, impulsa e incide en el intercambio cultural. Fortalecer la cooperación educativa entre China y Panamá; apoyar y promover el desarrollo de la enseñanza de la lengua china; así como incrementar la amistad y el entendimiento mutuo entre el pueblo chino y el de la República de Panamá; son beneficios que, a primera vista percibidos como intangibles, constituyen uno de los pilares que impactarán exponencialmente el desarrollo a largo plazo.

Derivados de los beneficios que, en materia de exportación, por parte de Panamá puede ofrecer, está la provisión de nuevos productos alimentarios como frutas tropicales, café y harina de pescado a China, además de los propios derivados y negociados en el Tratado de Libre Comercio. Pero el principal aporte o beneficio que le representa a China el establecimiento de las relaciones diplomáticas lo constituye la posición geográfica de la República de Panamá.

III. El cinturón y la ruta

El proyecto estrella de la política exterior del presidente Xi Jinping fue propuesto en el año 2013 cuando visitó los cuatro países de Asia central. Este proyecto busca construir conjuntamente el cinturón económico de la Ruta de la Seda y la Ruta de la Seda marítima del siglo XXI, que constituyen corredores terrestres y una ruta de navegación para uso comercial. Esta iniciativa ha logrado que en el año 2018 más de setenta (70) Estados se hayan integrado al proyecto⁴¹ que implica millones de dólares.

Este programa macro para consolidar China-Eurasia plantea un punto interesante que permite un plan de expansión más allá del continente. Incorporando Siberia y el Océano Pacífico, se extiende a América Latina. Siguiendo esta estrategia, China, Brasil y Perú iniciaron un estudio de viabilidad sobre la construcción de un ferrocarril que une los océanos Atlántico y Pacífico⁴², además de la firma

⁴¹ HILLMAN, Jonathan (2018): “China’s Belt and Road Initiative: Five Years Later”, *CSIS Center for Strategic & International Studies*. Disponible en: <https://www.csis.org/analysis/chinas-belt-and-road-initiative-five-years-later-0>.

⁴² PEOPLE.CN. (2015): “More than 12 countries responded to the “One Belt, One Road” project as the main way”, *People’s Network*. Disponible en: <http://finance.people.com.cn/n/2015/0610/c1004-27128806.html>.

de Memorandos de Entendimiento sobre Cooperación en Infraestructura entre el Banco de Desarrollo de China y Brasil, Colombia y Chile⁴³.

El proyecto chino requiere la conexión que ofrece nuestra posición geográfica porque a través del Cinturón y la Ruta se intensificarían los flujos comerciales y financieros entre los países.- A su vez, facilitaría la creación de áreas de libre comercio, optimizando además los procesos administrativos, como el despacho de aduanas y el movimiento de carga en general. En ese sentido, Panamá es “el primer país latinoamericano que firmó un acuerdo por Franja y Ruta, (y que) ya proyecta una obra en ese marco: una línea de tren que conecte a la capital del país con la ciudad occidental de David, a un costo inicial estimado de US\$5.500 millones”⁴⁴. Otros países que han firmado acuerdos parecidos son Bolivia, Antigua y Barbuda, Trinidad y Tobago, y Guyana.

Los proyectos que impulsa China se encuentran bajo un “fondo especial de cooperación chino-latinoamericana” por medio del cual China destinará US\$10 mil millones para apoyar proyectos de cooperación en campos de capacidad y fabricación de maquinaria. Para China, las economías latinoamericanas a lo largo de la costa del Pacífico son una oportunidad de negocios. Si a esto se agrega los acuerdos comerciales desarrollados con países integrados, como por ejemplo la Alianza del Pacífico, y las economías asiáticas, el cuadro muestra la constitución de los pasos previos hacia una expansión para generar interdependencia global⁴⁵.

Según el gobierno chino, el proyecto busca promover la prosperidad económica de los países a lo largo del Cinturón y la Ruta, así como la cooperación económica regional; fortalecer los intercambios y el aprendizaje mutuo entre diferentes civilizaciones; promover la paz mundial y el desarrollo que abarca la tendencia hacia un mundo multipolar de globalización económica, diversidad cultural y mayor aplicación informática. La iniciativa es un esfuerzo positivo proyectado a la búsqueda de nuevos modelos de cooperación internacional y gobernanza global, y a la defensa del régimen global de libre comercio, y la economía mundial abierta con un espíritu de regionalismo abierto⁴⁶.

⁴³ Nótese que los acuerdos están formalizando tres de los cuatro miembros de la Alianza del Pacífico para impulsar la iniciativa “One Belt One Road”.

⁴⁴ LISSARDY, Gerardo (2018): “Nueva ruta de la seda de China: los países de América Latina que ya se unieron al gigantesco proyecto (y las dudas de que ese proyecto sea en beneficio mutuo)” *BBC News Mundo*. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45193332>.

⁴⁵ ACHARYA, Amitav (2008): “Theoretical Perspectives on International Relations in Asia”, en SHAMBAUGH, David y YAHUDA, Michael (edits.), *International Relations of Asia*. (Estados Unidos de América, Rowman & Littlefield Publishers, Inc.) p. 67. El interés de China en la Alianza del Pacífico supera la perspectiva económica, la Alianza se enfocó desde el principio como el proveedor de recursos naturales, pero también construyó operaciones administrativas y logísticas. Debido al interés expansionista de China, la Alianza del Pacífico es el mejor camino para una nueva fase en la relación China-América Latina que ejerce interdependencia a través del crecimiento económico y la estabilidad aumentada a través de la expansión del capitalismo y el comercio (Acharya, 2008, p.67).

⁴⁶ PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, NATIONAL DEVELOPMENT AND REFORM COMMISSION (2015): “Vision and Actions on Jointly Building Silk Road Economic Belt and 21st-Century Maritime Silk Road”. Disponible en: http://en.ndrc.gov.cn/newsrelease/201503/t20150330_669367.html.

La Ruta de la Seda marítima se constituiría como puerta de entrada al comercio transpacífico, mientras que el proyecto ferroviario generaría una mayor integración económica de China. Esta integración consolidaría y afianzaría su influencia internacional, al lograr el establecimiento de proyectos en ambos lados del mundo, obteniendo mayor prestigio y una posición privilegiada en la comunidad internacional.

No obstante, los estudios de viabilidad y memorándums de entendimiento no constituyen, en sí mismos, una suscripción a esta cooperación Franja y Ruta como han advertido algunos expertos. Entre ellos Margaret Myers, directora del programa China y América Latina de Diálogo Interamericano quien sostiene que “a medida que más países se suscriban a esta cooperación Franja y Ruta, veremos más proyectos etiquetados como parte de esta iniciativa, pero es posible que no sean proyectos nuevos”⁴⁷.

Aunque existen dudas entre la comunidad internacional sobre esta planificación exitosa de China, a propósito de haber atenuado su retórica no intervencionista refiriéndose a la conveniencia de crear mecanismos de supervisión para las inversiones y coordinar políticas económicas para garantizar el éxito del proyecto⁴⁸ la más importante es si, con el tiempo y el posicionamiento generado con la participación de China en la región, ¿diluirá China también la retórica no intervencionista que el gobierno chino profesa?

Si bien la Ruta de la Seda es un proyecto macro, que ha comenzado a hablar sobre la conveniencia de establecer mecanismos de monitoreo para la inversión y coordinar las políticas económicas para garantizar el éxito del proyecto, ¿se aplicará utilizando la misma metodología para la construcción del ferrocarril? ¿Y cómo se asimilará este concepto intervencionista en la región?

Otras manifestaciones han sido el ex embajador de México en China Jorge Guajardo, quien se refirió al proyecto como un “engañabobos”, argumentado que ellos venden como para desarrollar al país, dejando, al final, la obra de infraestructura terminada, pero siendo el país quien la paga. El proyecto funciona para colocar la sobrecapacidad instalada china, en materiales como acero, cemento u otros rubros a través de la venta de un financiamiento oneroso, que va atado a infraestructuras con ingeniería china, material chino y mano de obra china. El exembajador también señala que “China busca países más que todo que no tienen acceso a los mercados financieros internacionales”⁴⁹.

El Profesor de política y economía en la Universidad de Nueva York y autor del libro *China, EE.UU. y el futuro de América Latina*, David Denoon, se refiere a la iniciativa afirmando que “este no es un programa de subvenciones, es un programa de préstamos. Entonces, si los países no tienen la

⁴⁷ LISSARDY (2018).

⁴⁸ ESTEBAN, Mario y OTERO-IGLESIAS, Miguel (2015): “What can we expect from the new Silk Road and Asian Infrastructure Investment Bank led by China?”, *Real Instituto Elcano*. Disponible en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_en/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_in/zonas_in/ari23-2015-esteban-oteroiglesias-what-are-prospects-for-new-chinese-led-silk-road-and-asian-infrastructure-investment-bank.

⁴⁹ LISSARDY (2018).

capacidad de pagar en términos relativamente rápidos, tendrán que renegociar en una posición más débil con China”⁵⁰.

Por su parte, el Centro para el Desarrollo Global, una organización independiente con sede en Washington, se ha pronunciado indicando que el financiamiento vinculado a Franja y Ruta “aumentará significativamente” el riesgo de sobreendeudamiento de ocho (8) países en otras regiones, los cuales, muchos de ellos pobres: Pakistán, Yibuti, Maldivas, Laos, Mongolia, Montenegro, Tayikistán, y Kirguistán⁵¹.

Las dudas manifiestas, según sus exponentes, excluyen las implicaciones, ya sea por el uso militar o el impacto al medio ambiente. Un ejemplo de esta controversia ha sido la estación de investigación espacial que China estableció en la Bajada del Agrío en Neuquén, Argentina, con fines científicos pero que depende en forma directa del ejército popular chino⁵². Además de la reserva que emanó de la negociación y firma de los acuerdos para su establecimiento y que desató preocupación tanto en Europa como en Washington “que creen que el proyecto de Neuquén esconde un plan militar de China a largo plazo”⁵³.

Independientemente de las dudas fundadas, o no, sobre las implicaciones de las negociaciones, Panamá debe mantener coherencia y orden en el proceso de negociación. Por ello, Panamá debe estar consciente de la organización, estructura, estrategia y motivación de su contraparte, manteniendo una comprensión y entendimiento del entorno. Las lecciones aprendidas en otras latitudes, y los errores cometidos, deben ser tomados en cuenta por Panamá para lograr acuerdos en los términos más beneficiosos. El norte de Panamá en cuanto a las relaciones bilaterales debe situarla como un actor clave en la comunidad internacional, que mantenga la constante búsqueda de beneficios consolidando su reconocimiento. Para ello, debe mantener una posición neutral, evitando el servilismo para uno y otro tercero, asumiendo que las decisiones a tomar, debido a su posición geográfica, impactarán en beneficio o detrimento de la comunidad internacional.

Ahora Panamá tiene la responsabilidad de lograr los mejores acuerdos y negociaciones para el desarrollo del país; a través del uso de nuevas tecnologías, de la mano con los principios de transparencia, rendición de cuentas y participación ciudadana. China está en todo su derecho de negociar los aspectos que considere necesarios, pero es la voluntad soberana de Panamá la que determinará, basado en la toma de decisión informada, las mejores condiciones para Panamá.

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Ídem.

⁵² DINATALE, Martín (2018): “Tras la polémica por su eventual uso militar, la estación espacial de China en Neuquén ya empezó a funcionar”, *Infobae*. Disponible en: <https://www.infobae.com/politica/2018/01/28/tras-la-polemica-por-su-eventual-uso-militar-la-estacion-espacial-de-china-en-neuquen-ya-empezo-a-funcionar/>.

⁵³ Ídem.

IV. Complementariedad

Retomando las declaraciones precursoras del primer documento de política dirigido a América Latina, sintonizado con la estrategia global utilizada por China a nivel mundial, que utiliza criterios específicos⁵⁴ para clasificar las relaciones con cada país, se ha establecido una cooperación a través de los distintos ejes. El económico, orientado a promover la complementariedad mutua, una asociación mutuamente beneficiosa basada en un nuevo enfoque pragmático e innovador para aprovechar el potencial de la cooperación. El cultural, al fortalecer los intercambios que promueven un diálogo dinámico entre diferentes civilizaciones, y una mayor atención a las interacciones culturales para mejorar el entendimiento mutuo.

Como se ha reiterado en párrafos anteriores China, es el segundo socio comercial más grande de América Latina, siendo la principal fuente de importaciones y el tercer destino de exportación principal. En 2016, China aumentó su inversión directa no financiera en América Latina, obteniendo un impulso significativo con un crecimiento del 39%, alcanzando los US\$ 29,8 mil millones, según un informe publicado por el Ministerio de Comercio de China⁵⁵.

El crecimiento económico de China para el segundo trimestre de 2017 fue de 6.9% comparado, con 6.7% en 2016⁵⁶. Pero, igual que en 2014 y 2015, sigue siendo el más bajo desde 1990⁵⁷. Si bien la cifra estaba dentro de los objetivos establecidos por las autoridades para ese año, la cifra oscilante estuvo por debajo del 7%, aunque esta cifra no afectó el aumento de empleos en las áreas urbanas, que aumentó a 7.35 millones.

Un estudio reciente realizado por la Organización Internacional del Trabajo señala que, en América Latina, entre 2003 y 2016, la inversión extranjera directa de China generó 260,000 empleos en 271 transacciones por un monto de alrededor de US\$ 120,000 millones de dólares⁵⁸. El estudio también destaca que entre 2005 y 2016 se generaron 60 proyectos de infraestructura por más de US\$ 85,000

⁵⁴ DOMÍNGUEZ, Jorge et al. (2006): “China’s Relations With Latin America: Shared Gains, Asymmetric Hopes” *Inter-American Dialogue (Working Paper)*, p. 21 (Tales criterios, abarcan desde la cooperación amistosa, el socio cooperativo y el socio estratégico, siendo esta última categoría la categoría más importante, dependiendo de las relaciones bilaterales del país con China).

⁵⁵ XINHUA (2017): “Inversión china en América Latina creció en el 2016”, *Granma*. Disponible en : <http://www.granma.cu/mundo/2017-02-16/inversion-china-en-america-latina-crecio-en-el-2016-16-02-2017-23-02-54>.

⁵⁶ EXPANSIÓN.COM/EFE (2017): “El PIB de China crece un 6,7% en 2016”. Disponible en <http://www.expansion.com/economia/2017/01/20/588191b646163fca548b45ab.html>.

⁵⁷ NACIONES UNIDAS, COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: “*Panorama Económico y Social de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños, 2015*” LC/L.4126 (Enero de 2016), p. 11. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/39823>.

⁵⁸ DUSSEL PETERS, Enrique y ARMONY, Ariel (2017): *Efectos de China en la cantidad y calidad del empleo en América Latina y el Caribe* (Lima: OIT Américas Informes Técnicos). Disponible en : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_554732.pdf.

millones de dólares, que han generado alrededor de 350,000 empleos en la región. El mismo informe muestra que, de 1990 a 2016, China generó 1.8 millones de empleos en América Latina y el Caribe, lo que representa casi el 4% de los empleos creados en la región en ese período⁵⁹.

El año 2016 fue reconocido por el Ministerio de Comercio chino como un año en el que la complementariedad de América Latina y China se materializó. Lo anterior a través de colaboraciones pragmáticas en los campos económico y comercial, trazando el camino para que dicha complementariedad de 2017 sea actualizada y estructurada⁶⁰.

Aunque el crecimiento económico de China había sido catalogado como lento en el pasado, no ha representado ninguna amenaza de estancamiento del comercio con América Latina. Aunque tal ralentización no ha generado impacto en la región latinoamericana, podría significar la aplicación de nuevas medidas de moderación adoptadas por las autoridades chinas, en vista de una posible modificación del modelo de desarrollo alcanzado en los últimos años. Tales cambios también implicarían variaciones en el modo de las relaciones económicas con sus pares. A pesar de las consideraciones respecto del lento crecimiento económico⁶¹, el portavoz y director general de NBS, Xing Zhihong, dijo en conferencia de prensa que “la economía nacional ha mantenido el impulso de un desarrollo estable y sólido en la primera mitad de 2017”⁶².

Respecto a la complementariedad, China tiene frentes abiertos donde se está desarrollando, lenta pero efectivamente, su estrategia. Uno de ellos es a través de la China-CELAC. Por medio de esta relación, China está promoviendo un plan de cinco (5) años para impulsar el comercio, y prometiendo apoyo financiero para capitalizar la riqueza de la región en materia prima, energía y alimentos. Además, tiene como objetivo promover la cooperación bilateral con las principales economías de la región, que tiene una alta complementariedad, como Brasil, México y Argentina. Igualmente, está centrando la expansión del comercio a través de una estrategia de acuerdos de libre comercio.

El desarrollo de la interacción de estos actores enmarca el principio estratégico de complementariedad, tal como lo define BORÓN, al decir que promueve el desarrollo armonioso de las fuerzas de producción de cada parte que se integra a través de fuerzas políticas activas y compensatorias de los Estados⁶³. Esto es relevante debido a la oportunidad de aprovechar el intercambio que promueve la estabilidad y estimula el desarrollo de la estructura económica regional. La perspectiva de la complementariedad es lograr una relación estructurada que permita la provisión de insumos que contribuyan al desarrollo equitativo, armonioso y sistémico de todas las partes

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ XINHUA (2017).

⁶¹ FENSOM, Anthony (2017): “China's GDP Growth: Slow and Slower?”, *The Diplomat*. Disponible en : <http://thediplomat.com/2017/01/chinas-gdp-growth-slow-and-slower>.

⁶² EFE (2017): “China's GDP rises 6.9 percent in second quarter”. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/english/business/china-s-gdp-rises-6-9-percent-in-second-quarter/50000265-3327639>.

⁶³ BORÓN, Atilio (2006): *Empire and Imperialism* (Cuba, ALBA Cultural Fund), p.169.

actora⁶⁴, basadas en la mayor interconexión y la mayor dinámica de las relaciones. Este desafío de la complementariedad genera, en sí mismo, ganancias en términos de los beneficios que surgen de la relación, además del ejercicio adecuado por parte de los Estados para superar las barreras y lograr la composición idónea que genera el desarrollo y el fortalecimiento de las estructuras.

Existe disposición de China, como de los países de América Latina, para establecer vínculos para desarrollar una complementariedad en beneficio de ambas partes; en función de las ventajas existentes y futuras, la ubicación geográfica de los recursos, las prioridades de los gobiernos regionales, el desarrollo, y la proyección estratégica y sostenible. América Latina, y en especial Panamá, está evolucionando de ser un proveedor, a nuevas etapas de la relación con la compra, la participación y las nuevas inversiones. Por lo cual, actualmente, con base en la teoría, la complementariedad hasta el momento es beneficiosa para ambos actores.

V. A propósito del posicionamiento de China: Estados Unidos y el papel de Panamá en la comunidad internacional.

Aunque la región ha sido llamada el “patio trasero” de Estados Unidos, y recibe anualmente una ayuda millonaria para combatir los principales flagelos de la inseguridad y el narcotráfico, se ha percibido un desinterés hacia Latinoamérica, que ha buscado alternativas que actualmente pesan en las opiniones estadounidenses.

La manifiesta preocupación de Estados Unidos por la creciente presencia de China en la región ha sido fundamentada en diversos hechos, que juntos, parecieran evidenciar una estrategia trazada.

- i. El Libro Blanco de la Estrategia de Defensa de mayo de 2015 de China. Entre otros aspectos de defensa se refiere al crecimiento de las fuerzas de seguridad de América Latina.
- ii. Capacitación militar. A través del patrocinio a militares de la región para preparación y entrenamiento en institutos de educación militar chinos.
- iii. Venta de armas chinas a la región. Venta de insumos militares (radares a vehículos blindados y vehículos de lanzamiento de cohetes) a Venezuela, Perú o Brasil.

⁶⁴ MUÑOZ GONZÁLEZ, Roberto y RAMÍREZ CRUZ, Zulma (2013): “Consideraciones teórica de un nuevo modelo de integración y desarrollo en América Latina” *Revista Encrucijada Americana*, Vol 150, N° 2, p. 69.

- iv. Diplomacia multilateral. A través de la Comunidad de Estados de América Latina y el Caribe (CELAC) permite la participación activa de China en la agenda con lo cual se involucra aún más con los estados de la región a excepción de los Estados Unidos y Canadá⁶⁵.
- v. El establecimiento de una base satelital. Con fines científicos dependiente del Ejército de Liberación Popular en Argentina.

Además, Estados Unidos se ha mostrado particularmente preocupado, de los avances en materia militar y de seguridad que China ha desarrollado en la región. De acuerdo con la encargada de Negocios, a.i. de la Embajada de Estados Unidos en Panamá, Roxanne Cabral, la inquietud surge por la influencia de la inversión china en la región y el establecimiento de las relaciones diplomáticas con China, en relación con El Salvador, República Dominicana y Panamá, entre los hechos más recientes⁶⁶. A juicio de la encargada de negocios, la falta de estructuras democráticas sólidas, y la transparencia, inciden en el crecimiento económico, la prosperidad o la seguridad. Estas carencias trascienden el tema de las negociaciones, generando toma de decisiones con endeudamientos mayores a las capacidades o negociaciones no tan beneficiosas.

La posición de Estados Unidos, ante el posicionamiento de China en la región Latinoamericana, es clara. Anteriormente, el Secretario de Estado, Rex Tillerson, se había pronunciado contra la presencia de China, argumentando que “las ofertas de China siempre tienen un precio”, afirmando que “América Latina no necesita nuevos poderes imperiales que solo buscan beneficiar a su propia gente”⁶⁷.

Las advertencias de Estados Unidos podrían estar fundamentadas, a juicio del Profesor Ellis, en el hecho que el aumento en préstamos e inversión de China en la región latinoamericana ha beneficiado, mayoritariamente, a las empresas con base en China, así como los intereses estratégicos de China en comparación con el desarrollo de la región⁶⁸. Su argumento se basa en el hecho que China ha asegurado su acceso a los mercados de la región, y ha financiado los proyectos de infraestructura de compañías con base en China, “a menudo con un componente importante de trabajadores chinos”, a la vez que asegura la extracción de productos básicos necesarios⁶⁹. Esta influencia genera un impacto en el ámbito político y económico porque, a juicio del académico, “tanto los gobiernos como las instituciones privadas autocensuran las críticas a la República Popular China por temor a perder negocios o inversiones del país”⁷⁰.

⁶⁵ ELLIS, Evan (2018): “It’s time to think strategically about countering Chinese advances in Latin America”. Disponible en: <https://theglobalamericans.org/2018/02/time-think-strategically-countering-chinese-advances-latin-america/>.

⁶⁶ VÁSQUEZ, Rita. (2018): “China, el trasfondo de un llamado a consultas”, *La Prensa*. Disponible en: https://impresa.prensa.com/panorama/China-trasfondo-llamado-consultas_0_5124987453.html.

⁶⁷ SCHWARTZ, Felicia (2018): “Tillerson Raps Russia, China as ‘Imperial Powers’ in Latin America”, *The Wall Street Journal*. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/tillerson-raps-russia-china-as-imperial-powers-in-latin-america-1517525936>.

⁶⁸ ELLIS (2018).

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ Ídem.

En relación con Panamá, el Profesor ELLIS es de la opinión que la presencia comercial de la República Popular China es ya significativa, y su expansión le dará a la República Popular China un importante apalancamiento sobre el gobierno panameño, erosionando aún más la influencia significativa de los Estados Unidos sobre el principal centro comercial y punto estratégico de América Central⁷¹.

La República Popular de China ha logrado cimentar un posicionamiento, cada vez mayor, publicitando su política de no intervencionismo, comercio libre y bajo una nueva imagen pacífica. Esta estrategia, que fue generada por la década de los 70', pero anunciada y establecida desde 2008, a juicio de ELLIS, ha logrado transformar el orden mundial para su propio beneficio⁷². Aunque ELLIS apunta a una distracción de los Estados Unidos como la causa del posicionamiento de China, que busca la subordinación de otros en su propio beneficio y, probablemente, marginar a Estados Unidos⁷³. Lo cierto es que hubo un desapego hacia la región que Estados Unidos intentó corregir en 2015, con motivo de la celebración de la Cumbre de las Américas en la Ciudad de Panamá, e instó al llamado Acuerdo Transpacífico, que involucraría a algunos países de América Latina y Asia como Chile y Japón. En ese entonces, la administración de Pekín descartó cualquier tipo de disputa sobre la influencia de ambos países en la región de América Latina, destacando la posición de China basada en el respeto mutuo y la no intervención en los asuntos internos de cada país. China destacó los beneficios de la relación China-América Latina y negó, categóricamente, la posibilidad de disputa, afirmando que “no afecta, no excluye y no está dirigida contra las relaciones con otros países”⁷⁴.

Aunque las críticas contra China parecen inflexibles, esta presenta una imagen inalterable. La misma alejada de desafíos y confrontación hacia la hegemonía de la región, enfatizando, en su política exterior hacia América Latina, la orientación a consolidar la amistad en un ambiente pacífico y de cooperación.

China mantiene una política exterior en consonancia con su política interna, que busca el fortalecimiento del respeto internacional y el reconocimiento de su política de “Una China”, expresando respeto por las relaciones entre los países y no practica una política de intervención. A pesar de las distintas corrientes a favor y en contra, la llegada de China, más que una amenaza, supondría un equilibrio de las fuerzas, por un lado. Por otro lado, bajo negociaciones bien llevadas, supondría una oportunidad de desarrollo, crecimiento y conocimiento para solventar las necesidades de la región.

Las preocupaciones manifestadas por los Estados Unidos no encuentran una real atención, y son desestimadas aún más debido a los cambios de la actual administración en cuanto al comercio con

⁷¹ Ídem.

⁷² Ídem.

⁷³ Ídem.

⁷⁴ LA VANGUARDIA, China asegura que no rivaliza con EEUU en América Latina, 10/04/2015. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/politica/20150410/54429808625/china-asegura-que-no-rivaliza-con-eeuu-en-america-latina.html>. (Citando a la portavoz del Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Popular China, Hay Chunying).

América Latina. Además de las políticas de proteccionismo comercial de Estados Unidos, la inconformidad en relación con el Acuerdo de Asociación Transpacífico, la renegociación del TLCAN, o la construcción de un muro en la frontera Sur, son acciones que, lejos de reafirmar las relaciones, han marcado incertidumbres en la relación de Latinoamérica con Estados Unidos.

Las lecciones aprendidas de otros Estados constituyen elementos de información para la toma de decisiones en aspectos que inciden tanto en la política doméstica como en la extranjera. En ese sentido, la capacidad negociadora, y los beneficios a alcanzar, deben ser estudiados y estructurados en un marco donde la transparencia sea un pilar ineludible.

Es innecesario afirmar que la imagen que China ha desplegado hasta ahora es ilusoria, como también el hecho que necesariamente exista una connotación negativa en cada aspecto que su estrategia lleve a cabo. La República Popular China realiza avances innegables en su posicionamiento como potencia en la región latinoamericana, frente a un evidente descuido de Estados Unidos en la región, afianzado con los cambios y decisiones emanadas de la actual administración. La República de China tiene la potestad de generar negociaciones disímiles en cuanto al par negociador se refiere. Y, es en ese sentido, que la República de Panamá debe avanzar. A diferencia de otros Estados, Panamá posee elementos invaluable, como los bienes y servicios ofrecidos, pero, principalmente, su posición geográfica.

Con base en esto, la República de Panamá tiene una mejor posición como negociador en relación con otros Estados. No se debe suponer que China tomará ventaja si Panamá, en primer lugar, fortalece la estructura de toma de decisiones, basado en estrategias plenamente identificadas para el logro de objetivos claros de desarrollo previamente trazados.

De igual manera, Panamá debe mantenerse en constante preparación para entender su entorno y su rol. Además, debe tomar decisiones informadas, apelando a la transparencia y a la rendición de cuentas. Las condiciones y características, así como los recursos que posee Panamá, constituyen los elementos que la colocan en una posición ventajosa para una negociación ambiciosa.

Su proyección internacional despierta el interés, tanto para Estados Unidos como para el resto de los países de la región, por lo que las decisiones tomadas pueden ser un modelo a seguir para aquellos que promuevan el desarrollo a través del establecimiento de relaciones con China. De igual manera, el comportamiento que se despliegue será seguido por Estados Unidos por tratarse del principal socio en materia de seguridad en la región.

Debido a este escenario, Panamá debe constituirse en un actor que vele por los intereses nacionales, evitando convertirse en el patio de disputas de las potencias. Esto, además de comulgar con la esencia de la República de Panamá, salvaguardará los intereses nacionales y preservará un entorno apropiado para el resto de los actores en la región. Y es que, aunque las disputas que surjan entre la República Popular China y Estados Unidos generan una tensión internacional, lo cierto es que, asumiendo neutralidad e imparcialidad, Panamá logra un ambiente propicio para la resolución de las desavenencias.

Conclusión

Una vez analizados los aspectos que determinan y enmarcan el desarrollo de las actividades de China alrededor del mundo y, en especial en Latinoamérica, algunas consideraciones merecen especial énfasis, las que pueden aclarar el papel que nuestra República debe adoptar.

En primer lugar, el establecimiento de las relaciones de China en la región latinoamericana no ha sido fortuito. Obedece a un planeamiento estratégico y ordenado de la República China, basado en sólidos principios de respeto, en donde se pone de manifiesto la búsqueda de beneficios de ambos participantes. En este sentido hay que resaltar que, en el sistema internacional, las relaciones entre países buscan la satisfacción individual de los actores. Si alguna de las partes no gestiona de la mejor manera la búsqueda en la satisfacción de sus propios intereses, verbigracia las acusaciones o ejemplos resaltados en otras latitudes, es responsabilidad primaria del propio país o estado negociador. Por ello, no puede atribuirse los fallos directamente a China si el país con que negocia no cuida sus propios intereses.

Lo anterior descansa en el respeto, cooperación y ambiente amigable y pacífico de la política de China, basada, principalmente, en “el principio de no injerencia en los asuntos internos de otros países”⁷⁵, el cual es un principio que permanece inmutable, independientemente de las negociaciones y actividades.

De igual manera, y ante la innegable variedad de oportunidades de desarrollo, la madurez política del país, y el respeto al principio de la no injerencia, jugarán un papel preponderante en la toma de decisiones. De acuerdo con la teoría, KEOHANE y NYE caracterizan la interdependencia compleja como la multiplicidad de canales que conectan a las sociedades desde las élites gubernamentales hasta las ONG, bancos y corporaciones⁷⁶.

En este caso, las compañías multinacionales influyen en las relaciones internas y externas: “las políticas internas de los diferentes países se interfieren entre sí cada vez más”⁷⁷, por lo que hay una ausencia de una jerarquía en la agenda interestatal. En este sentido, las agendas de los asuntos exteriores de los Estados son amplias y diversificadas⁷⁸. Basado en estos supuestos, Panamá tendrá acceso a esta multiplicidad, y será la capacidad de sus gobernantes, una sólida estructura institucional y la transparencia los elementos rectores en este escenario que permitan el mantenimiento de la toma de decisiones soberanas e informadas exclusivamente a la república canalera.

Actualmente, las interrelaciones entre Estados se definen por el principio de cooperación. Las agendas internacionales contienen innumerables temas económicos, ecológicos, energéticos y culturales, que han reemplazado a los tradicionales. Esto ha dado lugar a nuevas dinámicas entre

⁷⁵ WENPING, He (2007). “The balancing act of China’s Africa policy”, *China Security*, Vol. 3, No. 3, p. 33.

⁷⁶ KEOHANE, Robert y NYE, Joseph (1988). *Power and interdependence: World Politics in Transition*. (Buenos Aires, Latin American Publishing Group).

⁷⁷ Ídem, p. 41.

⁷⁸ Ídem, p. 42.

actores para crear procedimientos, reglas o instituciones de acuerdo con las operaciones requeridas para el desempeño y permitiendo a los gobiernos regular y controlar (nacional e internacionalmente) relaciones transnacionales e interestatales⁷⁹.

En este sentido, la República de Panamá tiene la responsabilidad insoslayable de cuidar sus propios intereses, mientras atiende a los principios que identifican a la población basado, en la realidad histórica y social: honestidad, cooperación, respeto mutuo. Panamá debe observar y a aplicar aquellas lecciones aprendidas de su entorno y buscar, en una relación *ganar-ganar*, las mayores ventajas que, sin lesionar esta nueva relación, permitan el beneficio y desarrollo mutuo. Las bases de las relaciones internacionales han cambiado, en el pasado imperaba la conquista, la ocupación y la balanza hegemónica de los dominantes; actualmente, la interacción de las relaciones internacionales ha variado hacia la búsqueda de la satisfacción de intereses comunes. La República Popular China ha manifestado el interés de formar parte en este sistema internacional buscando una imagen amigable. Panamá, si bien debe proteger sus intereses, debe ser objetiva y entrar en una relación despojada de etiquetas amenazantes manteniendo su dignidad y soberanía. Esta es la mejor forma de llevar adelante con miras a obtener frutos positivos para todos los involucrados.

La República de Panamá está a la búsqueda de un desarrollo económico óptimo y ha inclinado su interés hacia la nueva tendencia mundial. Aunque esta decisión representa retos y cambios positivos, Panamá aún debe crecer. El manejo erróneo de las relaciones internacionales, así como los diversos desaciertos en diversos temas, suponen una desventaja en esta nueva relación. Si a esto se suma el hecho que Panamá ha contratado firmas extranjeras para hacer frente a las negociaciones con China, demuestra un aparente y tácito reconocimiento de incapacidad técnica negociadora, enviando un mensaje confuso a la comunidad. La República Popular China está en todo su derecho de negociar y gestionar a su entero favor, y es responsabilidad de Panamá asumir compromisos cónsonos a sus capacidades, mirando las lecciones aprendidas de otros países que, de ser cometidos por Panamá, representarían mayores desatinos.

La República de Panamá posee condiciones geográficas envidiables que representan una gran ventaja en cuanto a agricultura, ganadería, entre otros. Aprovechar el conocimiento tecnológico que ofrece China para el desarrollo de la producción nacional, por un lado y, la voluntad estatal de apoyar al productor por el otro, permitirán un desarrollo conjunto del país en una relación *ganar-ganar* tan promulgada por ambas partes. El descuido del lado panameño no podrá ser subsanado por las mejores intenciones de China que, en virtud del principio de la no intervención, (también aplicado a la producción nacional) deberá mantenerse al margen.

⁷⁹ Ídem, p. 41.

La juridicidad del estado de emergencia y suspensión de garantías fundamentales por covid-19*

Juan José Crespo Pedreschi^Ψ

Andrés Beck González[†]

*Autor para Correspondencia. E-mail: juanjcespo20@gmail.com y andresbeck10@gmail.com

Recibido: 13 de junio de 2020

Aceptado: 06 de julio de 2020

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo efectuar un análisis sobre: i) la declaratoria de estado de emergencia en la República de Panamá con motivo la pandemia de COVID-19; y ii) las normas emitidas como respuesta a la propagación de la pandemia en Panamá. En función de la emergencia nacional por COVID-19 declarada en marzo de 2020, el artículo hace un análisis teórico de los conceptos de declaratoria de estado de emergencia y la suspensión de garantías fundamentales, así como los supuestos y las implicaciones de ambos.

A su vez, este artículo plantea una autonomía conceptual de la declaratoria de emergencia y la suspensión de garantías fundamentales, que es visible en la redacción del artículo 55 de la Constitución Política de la República de Panamá. El análisis de ambos conceptos se confronta con los hechos, medidas y actuaciones realizadas por el Órgano Ejecutivo, en el plano nacional e internacional, dentro del contexto de la pandemia COVID-19, para así determinar, con ayuda de la interpretación jurídica, que el Órgano Ejecutivo no actuó respetando la Constitución y las leyes de Panamá.

* El presente artículo nace como un proyecto de investigación de la Revista *Iustitia et Pulchritudo*, a raíz de las medidas de emergencia decretadas por COVID-19. Los autores quieren reconocer el aporte del Profesor Alonso E. Illueca, en la dirección y supervisión de la investigación. Las opiniones emitidas en el presente artículo son responsabilidad exclusiva de los autores y no representan ninguna postura institucional.

^Ψ Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, *summa cum laude*, Universidad Santa María La Antigua (2020). Editor asociado Revista *Iustitia et Pulchritudo*, ciudad de Panamá.

[†] Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, *summa cum laude*, Universidad Santa María La Antigua (2020). Editor asociado Revista *Iustitia et Pulchritudo*, ciudad de Panamá.

Palabras clave: Constitución, estado de emergencia, poderes de emergencia, suspensión de garantías fundamentales, limitación de garantías fundamentales, interpretación constitucional.

Abstract

The purpose of this article is to analyze: i) the declaration of state of emergency by the Panamanian authorities, due to the COVID-19 outbreak; and ii) the regulations being enforced as a response to the pandemic propagation in Panama. This article makes a theoretical analysis of the key components of a state of emergency, its requirements and implications, as well as the suspension of fundamental guarantees.

Furthermore, this article raises an autonomic concept of the state of emergency and suspension of fundamental rights, which is shown in Article 55 of the Panamanian Constitution. The analysis of both concepts is confronted with the facts and actions issued by the Executive Branch, at both the national and international level, in the context of the COVID-19 pandemic; to establish, through law interpretation, that the actions of the Executive Branch breached the Constitution and the Panamanian laws.

Keywords: Constitution, state of emergency, emergency powers, derogation of fundamental rights, limitation of fundamental rights, constitutional interpretation.

Introducción

El 13 de marzo de 2020, el Consejo de Gabinete declaró “Estado de Emergencia Nacional”, con fundamento en la Ley 22 de 2006, sobre contrataciones públicas. A raíz de esta declaración, el Órgano Ejecutivo dictó una serie de normas (decretos y resoluciones) que suspendieron garantías fundamentales, sustentándose en los artículos 27 y 109 de la Constitución Política de la República de Panamá y el Código Sanitario. El presente artículo tiene como objetivo estudiar la juridicidad de ambos hechos.

El artículo consta de dos (2) partes. Una primera parte, sobre el estado de emergencia, y una segunda parte, sobre la suspensión de garantías fundamentales. La división en dos (2) partes responde a la propia estructura del artículo 55 de la Constitución Política de la República de Panamá y a las actuaciones del Órgano Ejecutivo. La estructura del artículo 55 funciona como un nexo de causalidad. El artículo 55 permite declarar estado de emergencia (causa) y, en consecuencia, suspender garantías fundamentales (efecto). De manera que, a través del artículo 55, se unen ambas figuras. Por ello, el estado de emergencia y la suspensión de garantías fundamentales son dos caras de una misma moneda, que es el artículo 55. En ese orden, hemos separado el presente artículo en dos (2) partes, denominadas “capítulos”.

El primer capítulo, sobre el estado de emergencia, está compuesto por tres (3) secciones: i) la declaratoria de estado de emergencia, donde se explica su concepto, fundamento, efectos y procedimientos; ii) actuación del Órgano Ejecutivo, donde se describe el acto que declara “Estado de Emergencia Nacional”; y iii) la juridicidad de la normativa, donde se menciona la normativa aplicable (artículo 55), y se analiza la normativa aplicada (Ley 22 de 2006).

El segundo capítulo, sobre la suspensión de garantías fundamentales, está compuesto, igualmente, por tres (3) secciones: i) suspensión de garantías fundamentales, donde se explica su concepto, fundamento, efectos y procedimientos; ii) actuación del Órgano Ejecutivo, donde se mencionan los actos emitidos por dicho órgano, que evidencian una suspensión de garantías fundamentales; y iii) la juridicidad de la normativa, donde se describe la normativa aplicable (artículo 55), y se analiza la normativa aplicada para suspender la libertad de tránsito y la intervención de la propiedad privada (artículo 27 y 109 de la Constitución y el Código Sanitario).

Cabe aclarar que el presente artículo es un estudio estrictamente jurídico sobre el estado de emergencia y la suspensión de garantías fundamentales. El interés no es hacer un juicio de valor sobre la aplicación práctica de las medidas adoptadas, sino analizar el fundamento y el procedimiento jurídico utilizado para llegar a las mismas. En ese sentido, el presente artículo tampoco entrará a valorar la conveniencia o no de las medidas adoptadas, desde el plano político o sanitario.

CAPÍTULO I

I. La declaratoria de estado de emergencia

1. Concepto

El estado de emergencia, o estado de sitio (Argentina)¹, estado de excepción (España)², estado de urgencia (Panamá)³, dependiendo de cómo prefiera llamársele⁴, es una medida extraordinaria y temporal cuyo fin es garantizar la estabilidad del Estado⁵. Esta medida consiste en una regulación constitucional especial aplicable únicamente en situaciones excepcionales⁶.

¹ ARGENTINA, [Constitución de la Nación](#), artículo 23 (01/05/1853).

² ESPAÑA, [Constitución Española](#), artículo 55 (29/12/1978).

³ PANAMÁ, [Constitución Política de la República](#), artículo 55 (11/10/1972).

⁴ Existen ordenamientos que establecen distinciones entre estos términos para diferenciar amenaza exterior o situaciones de guerra, con amenazas internas. Entre ellas, Chile (artículo 40 y siguientes de la [Constitución Política de la República de Chile](#)) y Colombia (Capítulo 6 de la [Constitución Política de Colombia](#)). Incluso, algunos países, entre ellos Canadá, mantienen un sistema gradual de emergencias. En nuestro ordenamiento jurídico no existe tal distinción de términos en función del tipo de amenaza.

⁵ PEDRESCHI, Carlos Bolívar (2017): *El control de constitucionalidad en Panamá* (Panamá, Editora Novo Art.) p. 124-125; ILLUECA, Alonso (2019): “La ‘Constitución’ de emergencia y el estado de urgencia” en LA PRENSA (19/6/2019). Disponible en: https://www.prensa.com/opinion/Constitucion-emergencia-urgencia_0_5330466982.html.

⁶ TUSSEAU, Guillaume (2011): *The Concept of Constitutional Emergency Power: A Theoretical and Comparative Approach* (Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy), p. 527.

Nuestra Constitución, al referirse a esta medida, utiliza el término “estado de urgencia”, aún cuando, tradicionalmente, las Constituciones de 1904, 1941, 1946, y el texto original de la de 1972, utilizaron el término de “estado de sitio”⁷. De hecho, la Comisión Revisora de la Constitución de 1972 (Comisión constituyente de 1983)⁸ utilizó, de manera indistinta, los términos de emergencia, urgencia, excepción y estado de sitio en las discusiones a las reformas constitucionales⁹. Por este motivo, a lo largo del presente artículo, al igual que la comisión revisora, nos referiremos a estos términos de manera indistinta.

2. Fundamento

Un estado de emergencia se declara para responder a situaciones excepcionales. Entre ellas: guerras, actos de terrorismo, conflictos armados internos, razones económicas, desastres naturales, y enfermedades (epidemias o pandemias)¹⁰. Naturalmente, estas situaciones requieren que la actuación del Estado sea efectiva y eficiente¹¹. Sin embargo, la regulación constitucional aplicable en situaciones de normalidad no suele satisfacer estos requisitos¹². Por ello, las constituciones consagran las medidas de estado de emergencia.

Las medidas de estado de emergencia otorgan facultades extraordinarias de carácter temporal, llamadas poderes de emergencia. Estas facultades extraordinarias implican, en su mayoría, una concentración del poder en el Órgano Ejecutivo, permitiéndole ejecutar medidas que no son ejecutables en situaciones de normalidad¹³. Lo anterior, con la finalidad de lograr una respuesta adecuada a la situación o situaciones que dieron origen a la emergencia.

En consecuencia, un estado de urgencia, por naturaleza, disminuye, pero no elimina, los controles constitucionales que tienden a evitar el abuso del poder¹⁴. El estado de emergencia funciona como

⁷ Ver e.g. PANAMÁ, [Constitución de la República de 1904](#), artículo 47 (15/02/1904); [Constitución de la República de 1941](#), artículo 51 (03/01/1941); [Constitución Política de la República de 1946](#), artículo 52 (04/03/1946); [Constitución de la República de 1972](#), artículo 50 (24/10/1972). Las normas relativas al estado de emergencia y suspensión de garantías fundamentales no fueron modificadas en las respectivas reformas de cada Constitución, sino hasta el Acto Reformatorio de 1983.

⁸ QUINTERO, César (1999): *Evolución Constitucional de Panamá* (Panamá, Editorial Portobelo), p. 97.

⁹ ANALES DE LA COMISIÓN REVISORA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1972 (Comisión constituyente de 1983). Acta No. 44, p. 59-78.

¹⁰ ZWITTER, Andrej (2012): *The Rule of Law in Times of Crisis: A Legal Theory on the State of Emergency in the Liberal Democracy* (Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy), p. 95; TUSSEAU (2011) p. 521; BULMER, Elliot (2018): [Emergency Powers](#) (Estocolmo, International Institute for Democracy and Electoral Assistance), p. 6, 8-9.

¹¹ ZWITTER (2012) p. 110.

¹² TUSSEAU (2011) p. 500.

¹³ ACKERMAN, Bruce (2004): [“The Emergency Constitution”](#), *Yale Law Journal*, vol.113, p. 1031; ZWITTER (2012) p. 98, 100.

¹⁴ CAMP KEITH, Linda y POE, Steve (2004): “Are Constitutional State of Emergency Clauses Effective? An Empirical Exploration”, *Human Rights Quarterly*, vol. 26, N° 4, p. 107.

una balanza que sostiene, por un lado, la seguridad y el orden público, y, por el otro, los derechos fundamentales¹⁵. Por tanto, esta medida se apega al clásico contraste que supone una constitución: orden y libertad¹⁶.

3. Efectos

Del mismo modo en que el estado de urgencia se aplica en situaciones excepcionales, los efectos que produce son, a su vez, excepcionales. Dichos efectos suponen la suspensión de garantías fundamentales.

4. Procedimiento

Al estado de emergencia permitir una mayor concentración del poder y, a su vez, suspender garantías constitucionales, este debe ser declarado según el procedimiento previsto en la Constitución¹⁷. Lo anterior con el fin de evitar, tanto el abuso del poder, como la desprotección de los individuos. Por ello, el estado de urgencia está regulado en el artículo 55 de la Constitución Política de la República (en adelante, “Art. 55”).

El nivel de importancia de los aspectos tratados en un estado de emergencia constituye la razón por la que el Art. 55 es una de las normas más detalladas de un texto jurídico (la Constitución) que está diseñado para la generalidad y no para la especificidad¹⁸. El mencionado detallismo es claro al obtener, de una interpretación textual del Art. 55, las respuestas a las preguntas: ¿por qué se declara? ¿quién lo declara? ¿cómo se declara, desarrolla y finaliza? Las respuestas a estas preguntas forman los supuestos objetivos; supuestos subjetivos; y su procedimiento de activación, desarrollo, control, y conclusión, respectivamente.

a. Supuestos Objetivos

Los supuestos objetivos del Art. 55 radican en las condiciones fácticas sobre las que se puede declarar el estado de urgencia. A este respecto, la redacción del Art. 55 establece dos tipos de condiciones que originan crisis constitucionales¹⁹ y que, a su vez, generan la necesidad de preservar el orden constitucional y asegurar la subsistencia del Estado. Dichas condiciones fácticas pueden ser externas o internas. La condición externa se precisa a través de casos de guerras exteriores, y está claramente definida al inicio del Art. 55. Por su parte, la condición interna consiste en una perturbación que “amenace la paz y el orden público”.

¹⁵ ZWITTER (2012) p. 95.

¹⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO explica lo que supone este contraste: “una, la participación de todos los ciudadanos en la formación de la voluntad del Estado y dos, la especie de gobierno y dominación”. SCHMITT, Carl (1966): *Teoría de la Constitución* (México, Editora Nacional), p. 115.

¹⁷ PEDRESCHI (2017) p. 126.

¹⁸ SCHMITT (1966) p. 14; HOYOS, Arturo (2011): *La Interpretación Constitucional* (Panamá, Editorial Portobelo), p. 55.

¹⁹ NARANJO MESA, Vladimiro (1991): *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas* (Bogotá, Editorial Temis), p. 336. El autor define las crisis constitucionales como situaciones de hecho que amenazan el orden constitucional y la vida de los individuos.

Como es evidente, la regulación del estado de urgencia contempla un supuesto de hecho amplio para la condición interna (“amenace la paz y el orden público”). Lo anterior porque el constituyente no puede predecir el tipo de emergencia por ocurrir. Por ello, las medidas de estado de emergencia suelen contemplar supuestos generales para, de esta manera, agrupar una infinidad de situaciones²⁰. Doctrinalmente, se han señalado situaciones que evidentemente encajan estos tipos de supuestos, como son las que mencionamos previamente: guerras, actos de terrorismo, conflictos armados internos, razones económicas, desastres naturales, enfermedades (epidemias o pandemias)²¹.

Doctrinalmente se considera que por la necesidad de aplicación de regulaciones de confinamiento que restringen la libertad de circulación y reunión, el brote y propagación de enfermedades es un supuesto para declarar un estado de emergencia²². Incluso, debido al brote de Ébola en 2014, países africanos como Liberia consideraron que las normas constitucionales que establecen los supuestos sobre los que se declaran emergencias, deben interpretarse de manera amplia para asegurar que el Estado tome las medidas necesarias²³.

b. Supuestos Subjetivos

El supuesto subjetivo responde a la pregunta ¿quién declara el estado de emergencia? El Art. 55 establece, textualmente, que el estado de urgencia solo puede ser declarado por el Órgano Ejecutivo, representado a través del Consejo de Gabinete. Lo anterior debido a su naturaleza tan excepcional y compleja para el ordenamiento jurídico²⁴.

c. Procedimiento de activación, desarrollo, control y conclusión

En la medida en que se cumplan los supuestos objetivos y subjetivos, el estado de emergencia solo puede ser declarado mediante un Decreto de Gabinete, por los miembros del Consejo de Gabinete (presidente y ministros). Durante la vigencia del estado de emergencia, el Consejo de Gabinete está facultado para adoptar decisiones y emitir actos, a través de Decretos de Gabinete, que suspendan la aplicación y reconocimiento de ciertas garantías fundamentales consagradas en la Constitución²⁵.

²⁰ ZWITTER (2012) p. 96.

²¹ ZWITTER (2012) p. 95; TUSSEAU (2011) p. 521; BULMER (2018) p. 8-9.

²² BULMER (2018) p. 8-9.

²³ BULMER (2018) p.18. En 2014 la Constitución de Liberia no establecía textualmente que un brote sanitario constituyera razón suficiente para declarar una emergencia. Sin embargo, las autoridades optaron por interpretar las normas constitucionales de emergencia de una manera amplia para adaptar el supuesto de la pandemia como razón suficiente para declarar emergencias, y tomar medidas estrictas de confinamiento.

²⁴ Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del 12 de febrero de 2015 (Demanda de Inconstitucionalidad contra la Resolución AN No. 5109-Telco de 3 de febrero de 2012).

²⁵ El Art. 55 no solo permite la declaración de estado de emergencia sino que, a su vez, permite la suspensión de las siguientes garantías fundamentales: la libertad corporal, la presunción de inocencia, el habeas corpus, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de tránsito, la inviolabilidad de correspondencia, la libertad de expresión, la libertad de reunión, y la propiedad privada. PANAMÁ, [Constitución Política de la República](#), artículo 55 (11/10/1972). A pesar de lo dispuesto en nuestra

Ahora bien, si el estado de urgencia se extiende por más de diez (10) días, este tiene que ser sujeto a un control, según lo dispuesto en la Constitución. Este control, que es político²⁶ y que es posterior al acto, lo efectúa la Asamblea Nacional, como Órgano Legislativo²⁷, por iniciativa propia o iniciativa del presidente de la República. El control realizado por la Asamblea Nacional se traduce en el examen de las decisiones y actos tomados por el Consejo de Gabinete, respecto a la suspensión de garantías fundamentales y cualquier decisión relacionada al estado de emergencia, con el fin de confirmarlos o revocarlos, total o parcialmente.

Tomando en cuenta lo anterior, el Art. 55 establece una especie de atasco²⁸ entre los Órganos del Estado, a pesar de las situaciones extraordinarias y de perturbación que originaron el estado de urgencia. No obstante, dicho atasco revisa el acto *a posteriori*, es decir, después de haberse emitido el mismo. De ahí surge la interrogante respecto a por qué, frente a la necesidad de tomar decisiones y realizar actos con emergencia para la subsistencia del Estado y sus individuos, estos deban someterse a un atasco o control posterior.

El atasco que presenta la redacción del Art. 55 se sostiene sobre la base de los controles y balances, y la separación de poderes²⁹ que definen a un estado republicano³⁰. Tal atasco, fuera de ser un elemento que entorpezca las necesidades y decisiones de emergencia, constituye una protección y

Constitución, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el habeas corpus no se puede suspender. [EL HABEAS CORPUS BAJO SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS](#) (1987): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-8/87. p. 13.

²⁶ AROSEMENA, Roberto. ANALES DE LA COMISIÓN REVISORA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1972 (Comisión constituyente de 1983). Acta No. 44, p.74. Los Comisionados sostenían que era necesario un control efectuado por el Órgano Legislativo, como único medio de protección de los individuos frente a un aumentado poder coercitivo del Órgano Ejecutivo.

²⁷ DE TOCQUEVILLE, Alexis (2000): *Democracy in America* (New York, Bantam Classic), p. 147. Históricamente el Órgano Legislativo ha sido un ente de control y vigilancia del Órgano Ejecutivo.

²⁸ Un atasco representa el obstáculo u obstrucción que suponen los controles entre Órganos del Estado al examinar, aprobar, ratificar la toma de decisiones; de manera, que el producto de las decisiones sea el mejor posible al ser sometido a exámenes y controles. En este caso, el atasco representa el examen de la Asamblea Nacional a las decisiones del Ejecutivo en emergencias. Ver SCALIA, Antonin. COMMITTEE ON THE JUDICIARY, UNITED STATES SENATE: “[Considering the Role of Judges under the Constitution of the United States](#)” (Washington DC, 5 de octubre de 2011).

²⁹ MADISON, James (2016): *Federalist Paper No. 48* (Washington DC, Coventry House Publishing) p. 240-241. Madison consideraba que la centralización desmesurada del poder en un Órgano Ejecutivo representa uno de los peligros más grandes para la libertad y la democracia, por la similitud que este podía tener con los regímenes monárquicos; Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del 21 de febrero de 1991 (Demanda de Inconstitucionalidad contra la Resolución No. 10 del 15 de diciembre de 1989).

³⁰ MADISON, James o HAMILTON, Alexander (2016): *Federalist Paper No. 51*. (Washington DC, Coventry House Publishing) p. 254-255. El valor fundamental de una república está en los controles, balances y límites entre cada órgano del Estado. Ver PANAMÁ, [Constitución Política de la República](#), artículos 1 y 2 (11/10/1972).

garantía de la libertad de los individuos y de las minorías³¹. Dicha protección, propia de un ordenamiento jurídico republicano, se presenta frente a las arbitrariedades que, con mayor facilidad, puede cometer el Órgano Ejecutivo con el pretexto de justificar todos sus actos en las circunstancias de emergencia, y con un acrecentado poder decisorio, legislativo, coercitivo e imperativo.

El estado de urgencia finaliza siempre que cese la condición de hecho que lo haya ocasionado. De este modo, por regla general, la Asamblea Nacional está facultada para levantar el estado de emergencia si estuviere reunida³². Como excepción, el Consejo de Gabinete concluirá el estado de emergencia siempre que la Asamblea Nacional no esté reunida.

A manera de resumen, la finalidad del estado de emergencia es lograr la estabilidad del Estado y la protección de los individuos, ante una amenaza existente e inminente³³. El medio para ello es el otorgamiento de facultades extraordinarias al Órgano Ejecutivo, que no son aplicables en situaciones de normalidad³⁴. El efecto del estado de emergencia es la suspensión de garantías fundamentales, y el procedimiento para producir dicho efecto es el establecido en el Art. 55.

II. ACTUACIÓN DEL ÓRGANO EJECUTIVO

1. Resolución de Gabinete No. 11 de 13 de marzo de 2020

La Resolución de Gabinete No. 11 de 13 de marzo de 2020 (en adelante, “Resolución de Gabinete”) es promulgada dos (2) días después de que la Organización Mundial de la Salud declarara el COVID-19 como pandemia³⁵. La Resolución de Gabinete surgió como una respuesta del Órgano Ejecutivo ante dicha enfermedad y su propagación, en la forma de una declaratoria de emergencia nacional.

a. Parte Motiva

La Resolución de Gabinete se fundamenta, principalmente, en el artículo 79 de la Ley 22 de 2006 (que regula la contratación pública). Dicho artículo establece un procedimiento de contratación especial para situaciones de emergencia.

³¹ SCALIA, Antonin. COMMITTEE ON THE JUDICIARY, UNITED STATES SENATE: “[Considering the Role of Judges under the Constitution of the United States](#)” (Washington DC, 5 de octubre de 2011).

³² La Constitución no establece si la Asamblea Nacional pudiese reunirse por derecho propio, para efectuar el control de la declaración de emergencia. Sin embargo, dando una interpretación amplia al artículo, que obedezca a la necesidad de controles, se podría suponer que la Asamblea Nacional sí se puede reunir por derecho propio.

³³ PEDRESCHI (2017) p. 124-125; ZWITTER (2012) p. 97, 100.

³⁴ ACKERMAN (2004) p. 1057; ZWITTER (2012) p. 98, 100.

³⁵ El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró el COVID-19 como pandemia. Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

En función del mencionado artículo, la Resolución de Gabinete señala que el Consejo de Gabinete tiene la competencia para declarar emergencia, “para los efectos que las entidades estatales puedan adquirir bienes, servicios u obras a través de un procedimiento especial”³⁶. De igual manera, la Resolución de Gabinete establece que se requiere tomar las medidas necesarias “a fin de suministrar fondos y recursos (...)”.

b. Parte Resolutiva

En función de la Ley 22 de 2006 y la Ley 34 de 2008, la Resolución de Gabinete:

- i. Declara “Estado de Emergencia Nacional”³⁷.
- ii. “Autoriza la contratación mediante el procedimiento especial”³⁸.
- iii. Autoriza la suma de cincuenta millones de balboas (B/.50,000,000.00), por un período de ciento ochenta días (180), para las contrataciones especiales³⁹.
- iv. Establece que le corresponde al Ministerio de la Presidencia la administración de los recursos autorizados, mientras dure el “Estado de Emergencia Nacional”⁴⁰.
- v. Autoriza al Ministro de Economía y Finanzas para, de ser requerido, solicite la dispensa ante el Órgano Legislativo, referente a la suspensión temporal de los límites financieros⁴¹.
- vi. Autoriza al Ministerio de Gobierno y al Ministerio de Seguridad Pública la coordinación de las contribuciones humanitarias para atender el COVID-19⁴².

c. Fundamento Jurídico

La Resolución de Gabinete establece que tiene su fundamento en:

- i. Constitución Política
- ii. Ley 22 de 2006 (Texto único).
- iii. Ley 34 de 2008, modificada por la Ley 102 de 2019.

III. JURIDICIDAD DE LA ACTUACIÓN DEL ÓRGANO EJECUTIVO

La declaración de “Estado de Emergencia Nacional”, realizada mediante la Resolución de Gabinete, se fundamenta, como mencionamos⁴³, en el artículo 79 de la Ley 22 de 2006. No obstante, dicho artículo no otorga la facultad, al Consejo de Gabinete, para declarar “Estado de Emergencia Nacional”. Para dicho fin, el Órgano Ejecutivo debió haber aplicado el Art. 55.

³⁶ PANAMÁ, [Resolución de Gabinete No. 11 de 13 de marzo de 2020](#) (13/03/2020). Gaceta Oficial No. 28979 B.

³⁷ Ídem.

³⁸ Ídem.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Ídem.

⁴² Ídem.

⁴³ Ver Capítulo I. II. 1. a.

1. Análisis de Norma Aplicable

Como hemos señalado⁴⁴, la regulación del estado de emergencia está establecida en el Art. 55. Esta regulación tiene un rango constitucional por el efecto que produce: la suspensión de garantías fundamentales. Lo anterior ocurre porque la propia Constitución es la que reconoce, en un inicio, las garantías fundamentales. Por ello, y en función de la supremacía constitucional⁴⁵, solo mediante una norma constitucional se pueden suspender los efectos de otra norma constitucional. Por ende, si un artículo de la Constitución reconoce garantías fundamentales, solo mediante otro artículo de la Constitución se puede suspender dicho efecto.

En esta línea, para declarar estado de emergencia, se debe aplicar el Art. 55, siempre que el hecho encaje en el supuesto objetivo. En el caso bajo estudio, el COVID-19, al ser una pandemia⁴⁶ que puede generar efectos nocivos a toda la población⁴⁷, encaja dentro del supuesto objetivo.

Como hemos mencionado⁴⁸, el Art. 55 establece el supuesto general que “amenace la paz y el orden público”, para abarcar diversas situaciones de urgencia. En vista de la falta de regulación normativa precisa y desarrollo jurisprudencial sobre los efectos de las pandemias en nuestro país, a nivel doctrinal⁴⁹, se considera que las pandemias encajan en los supuestos de amenazar la paz y el orden público. Por tanto, el Órgano Ejecutivo debió aplicar el Art. 55 para declarar estado de emergencia, en razón de dicha enfermedad, ya que la misma encaja en el supuesto objetivo del Art.55.

2. Análisis de Norma Aplicada

El Órgano Ejecutivo fundamentó el “Estado de Emergencia Nacional” en el artículo 79 de la Ley 22 de 2006⁵⁰. No obstante, dicho artículo no permite declarar un estado de emergencia. El artículo 79 de la Ley 22 de 2006 establece únicamente que “Cuando el Consejo de Gabinete declare emergencia,

⁴⁴ Ver Capítulo I. I. 4.

⁴⁵ MARBURY V. MADISON, 5U.S. 137 (1803). La supremacía constitucional implica que, si hay conflicto entre una norma constitucional y una norma legal, prima la norma constitucional.

⁴⁶ Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

⁴⁷ NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: “ Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” B/CN.4/1985/4 (28 de septiembre de 1984). Principio 39.a.

⁴⁸ Ver Capítulo I. I. 4. a.

⁴⁹ Ver *e.g.* ZWITTER (2012) p. 95; TUSSEAU (2011) p. 521; BULMER (2018) p. 8-9, 18.

⁵⁰ No es la primera vez que se utiliza una norma de contrataciones públicas para fundamentar una declaratoria de emergencia (creando así un precedente errado). A través de la Resolución de Gabinete No. 103 de 18 de septiembre de 2004 y la Resolución de Gabinete No. 164 de 22 de noviembre de 2006, se utilizó la Ley 56 de 1995 (27/12/1995), previa regulación de las contrataciones públicas en Panamá, para declarar emergencias en ciertos sectores del país afectados por desastres naturales (inundaciones).

las entidades estatales podrán contratar la adquisición de bienes, servicios u obras a través del procedimiento especial”⁵¹.

El artículo 79 de la Ley 22 de 2006 no le permite declarar emergencia al Consejo de Gabinete, como lo interpretó el Órgano Ejecutivo en la Resolución de Gabinete⁵². Por el contrario, se establece la condición de una declaración de emergencia, para que se pueda aplicar el artículo. Por tanto, “Cuando el Consejo de Gabinete declare emergencia” es el supuesto de hecho, y el “procedimiento especial” es la consecuencia jurídica. Es decir que el artículo 79 de la Ley 22 de 2006 requiere de una declaración de emergencia previa para que se pueda aplicar. Por ende, dicho artículo no es el instrumento normativo que le otorga la facultad al Órgano Ejecutivo para declarar un de estado emergencia.

Más aún, ni el artículo 79, ni ningún otro artículo de la Ley 22 de 2006, utilizan el término “Estado de Emergencia Nacional”, utilizado por el Órgano Ejecutivo en la Resolución de Gabinete. Por el contrario, el artículo 79 se refiere, únicamente, a una situación en la cual el Consejo de Gabinete “declare emergencia”. Incluso, el mencionado artículo no establece los supuestos requeridos para que dicha emergencia se declare, ni los efectos que esta produciría. Por ende, es evidente que el artículo 79 no establece una regulación sobre la declaración de una emergencia como tal.

⁵¹ PANAMÁ, [Ley 22 de 2006 \(Texto Único\)](#), artículo 79 (01/03/2018) Gaceta Oficial 28438-B. “Procedimiento especial de adquisiciones de emergencia. Cuando el Consejo de Gabinete declare emergencia, las entidades estatales podrán contratar la adquisición de bienes, servicios u obras a través del procedimiento especial. La resolución de gabinete que declare el estado de emergencia y autorice la contratación mediante el procedimiento especial de adquisiciones deberá indicar la suma total autorizada para contrataciones especiales y el periodo dentro del cual esas contrataciones podrán hacerse. El procedimiento especial de adquisiciones de emergencia podrá utilizarse hasta alcanzar en conjunto la suma autorizada y dentro del plazo señalado. En los casos de emergencia en los que sea necesaria la adquisición de agua y alimentos destinados para el consumo inmediato, no se exigirá la presentación de fianzas; sin embargo, el contratista a través del contrato debe garantizar a la entidad contratante su obligación de responder por los vicios de los bienes adquiridos. Igualmente, el contrato deberá establecer que el pago del contratista se hará con posterioridad a la ejecución del objeto del contrato. Si se requirieran bienes que no puedan ser suministrados en el mercado local, las entidades quedan facultadas para adquirirlos a empresas no nacionales, aunque con la obligación de estas de registrarse a posteriori en el Registro de Proponentes del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra". Una vez concluido el término señalado en la resolución de gabinete que declaró la emergencia, las entidades contratantes presentarán al Consejo de Gabinete un informe detallado de las contrataciones realizadas. Dicho informe será publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", a más tardar a los cinco días hábiles siguientes a la presentación en el Consejo de Gabinete. Si no se consumieron o utilizaron todos de los bienes adquiridos, los remanentes deberán ser puestos a disposición del Sistema Nacional de Protección Civil del Ministerio de Gobierno o de la Dirección de Asistencia Social del Ministerio de la Presidencia. Las entidades deberán consultar el Catálogo Electrónico de Productos y Servicios antes de acogerse a este procedimiento especial y verificar si los productos o servicios requeridos para atender la emergencia están o no incluidos en dicho Catálogo”.

⁵² PANAMÁ, [Resolución de Gabinete No. 11 de 13 de marzo de 2020](#) (13/03/2020). Gaceta Oficial No. 28979 B.

Lo anterior nos hace deducir que la declaración de emergencia mencionada en el artículo 79 de la Ley 22 de 2006 hace referencia a la declaración de estado de urgencia del Art. 55. Sustentamos esta posición en tres (3) razones:

- i. Bajo el principio de interpretación conforme a Constitución⁵³, las normas legales deben interpretarse en función de lo dispuesto en la norma fundamental⁵⁴. Por tanto, al interpretar el artículo 79 de la Ley 22 de 2006, se debe hacer de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, incluyendo lo establecido en el Art. 55.
- ii. El artículo 79 de la Ley 22 de 2006 menciona que “Cuando el Consejo de Gabinete declare emergencia”, se podrá utilizar un procedimiento de contratación especial. En nuestro ordenamiento jurídico, la única norma que contempla una medida de esta naturaleza es el Art. 55. Más aún, el Art. 55 es la única norma que autoriza, expresamente, al Consejo de Gabinete para decretar esta medida. Ninguna otra norma le permite al Consejo de Gabinete declarar una emergencia nacional.
- iii. El artículo 163.8 de la Constitución Política hace referencia a una prohibición que tiene el Órgano Legislativo sobre partidas, “salvo en casos de emergencia así declarados expresamente por el Órgano Ejecutivo”⁵⁵. Este artículo, al mencionar los casos de emergencia, se refiere al supuesto del Art. 55. Lo anterior porque, basados en el principio de unidad de la Constitución, un artículo de la Constitución se debe interpretar en función de esta en su conjunto, y no de manera aislada⁵⁶, y el Art. 55 es el único que regula, en toda la Constitución, situaciones de esta naturaleza.

En consecuencia, ya que: i) se debe interpretar las normas legales de conformidad con la Constitución; ii) el Art. 55 es el único en nuestro ordenamiento jurídico que se refiere a situaciones de naturaleza excepcional y de emergencia, y que menciona, expresamente, al Consejo de Gabinete como el facultado para tomar dicha medida; iii) el constituyente ya asimila “los casos de emergencia” del artículo 163.8 de la Constitución con el Art. 55, entonces la declaración de emergencia mencionada en el artículo 79 de la Ley 22 de 2006 se refiere a la declaración de estado de urgencia del Art. 55.

⁵³ Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del 24 de octubre de 1991. (Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 145 del Código Laboral); Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia del 6 de julio de 1994 (Demanda Contencioso-Administrativa de Nulidad contra la Resolución Ejecutiva No. 1 del 5 de enero de 1973).

⁵⁴ HOYOS (2011) p. 70.

⁵⁵ PANAMÁ, [Constitución Política de la República](#), artículo 163. “Es prohibido a la Asamblea Nacional:

...

8. Ordenar o autorizar otras partidas y programas no previstos en el Presupuesto General del Estado, salvo en casos de emergencia así declarados expresamente por el Órgano Ejecutivo.”

⁵⁶ Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 5 de abril de 1990.

Por tanto, el artículo 79 no le otorga la facultad al Órgano Ejecutivo, a través del Consejo de Gabinete, de declarar “Estado de Emergencia Nacional”. En cambio, dicho artículo es, únicamente, una regulación del procedimiento de contratación especial, que es aplicable en situaciones de emergencia, declaradas conforme al Art. 55.

Por consiguiente, la declaración de “Estado de Emergencia Nacional”, decretada mediante la Resolución de Gabinete, es inconstitucional. La Resolución de Gabinete no se apega al procedimiento constitucional previsto para la declaración de esta medida (Art. 55), sino que se sustenta en una norma legal, sobre contrataciones públicas, que no otorga facultad para declarar emergencias (artículo 79, Ley 22 de 2006).

CAPÍTULO II

I. LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES

1. Concepto

La suspensión de garantías fundamentales⁵⁷, o suspensión de obligaciones⁵⁸, como prefiera llamársele, es una facultad excepcional otorgada al Consejo de Gabinete que busca mantener la identidad estructural del Estado, a través del sacrificio temporal de protecciones a los individuos⁵⁹. Esta facultad es la consecuencia temporal⁶⁰ e inmediata de la declaratoria de estado de emergencia previamente desarrollada.

Nuestra Constitución regula esta facultad, al igual que la declaratoria de estado de urgencia, a través del Art. 55. De este modo, la Constitución establece la posibilidad de que el Consejo de Gabinete elija una serie de garantías fundamentales para que sean suspendidas total o parcialmente, y así asegurar la subsistencia del Estado y la vida de sus individuos como la finalidad última.

2. Fundamento

La suspensión de garantías fundamentales es el efecto, por naturaleza, de la declaración del estado de emergencia. Ambas figuras son conceptos autónomos bifurcados en el Art. 55, y que se unen

⁵⁷ PANAMÁ, [Constitución Política de la República](#), artículo 55 (11/10/1972); [CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS](#), artículo 27 (22/11/1969).

⁵⁸ [PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE LA NACIONES UNIDAS](#), artículo 4 (23/03/1976).

⁵⁹ ALÁEZ CORRAL, Benito (2004): “[El Concepto de Suspensión General de los Derechos Fundamentales](#)”, en LÓPEZ GUERRA, Luis y ESPÍN TEMPLADO, Eduardo (edits.), *La Defensa del Estado* (Barcelona, Editorial Tirant Lo Blanch) p. 236.

⁶⁰ NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “[Observación General al Pacto de Derechos Civiles y Políticos](#)”, HRI/GEN//Rev.9 (Vol. I) (27/05/2008). Observación General No. 5, p. 208.

estrechamente por una relación de causalidad⁶¹. En situaciones excepcionales y críticas, no basta con tener la mera declaratoria, sino también establecer una base jurídica sobre la cual puedan ejecutarse medidas y tomar decisiones excepcionales. De este modo, el Estado debe encontrar un soporte legal en la falta de aplicación de las garantías fundamentales consagradas en la Constitución en el interés de legitimar sus decisiones y las medidas que tomará, en el contexto de la emergencia, con el fin de asegurar la subsistencia del Estado mismo y salvaguardar la vida de sus individuos⁶².

Las garantías fundamentales se suspenden para asegurar y legitimar un marco normativo dentro del cual el Estado pueda actuar. De manera que el Estado logre atender los peligros⁶³ que llevaron a una declaratoria de emergencia y así dar continuidad a su existencia y salvaguardar la vida de sus individuos. En una situación de normalidad es imposible suspender la libertad de tránsito o de reunión, o intervenir la propiedad privada. Por ello, la suspensión de garantías fundamentales supone la cesación en la aplicación de los derechos básicos de los individuos, lo cual legitima medidas que podrían atentar contra estos en circunstancias normales⁶⁴.

3. Efectos

El efecto de la suspensión de garantías fundamentales consiste en la inaplicación de normas protectoras de las que gozan los individuos en situaciones ordinarias. De este modo, ciertas garantías fundamentales pueden dejar de aplicarse, de manera temporal, para asegurar la subsistencia del Estado y proteger a los individuos frente a las situaciones de emergencia. No obstante, frente a tal suspensión de garantías fundamentales, el único mecanismo de control inmediato⁶⁵ que asegura la protección ciudadana, reside en las revisiones que realice la Asamblea Nacional sobre los actos y las decisiones del Órgano Ejecutivo.

⁶¹ ANALES DE LA COMISIÓN REVISORA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1972 (Comisión constituyente de 1983). Acta No. 44. En las discusiones a las reformas constitucionales de 1983, los comisionados hacen referencia a la declaración de estado de emergencia y la suspensión de garantías fundamentales como dos conceptos autónomos y bifurcados dentro del mismo artículo 55 de la Constitución.

⁶² [EL HABEAS CORPUS BAJO SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS](#) (1987): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-8/87. Punto 24, p.8.

⁶³ NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: “[Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#)” B/CN.4/1985/4 (28 de septiembre de 1984). Principio 54.

⁶⁴ No todas las garantías fundamentales son suspendibles. El artículo 27 de la [CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS](#) y el artículo 4 del [PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE LA NACIONES UNIDAS](#) prohíben la suspensión de las garantías fundamentales del reconocimiento a la vida, personalidad jurídica, prohibición de esclavitud, libertad de conciencia, pensamiento y religión, entre otros.

⁶⁵ Nuestra Constitución establece la posibilidad de realizar un control de constitucionalidad, de carácter jurisdiccional, sobre los actos emitidos por cualquier autoridad. Dicho control es efectuado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, pero no goza de la inmediatez que sí tiene un control de la Asamblea Nacional en situaciones de emergencia.

4. Procedimiento

Previo a la suspensión de garantías fundamentales debe existir una declaratoria de estado de emergencia cumpliendo los supuestos objetivos, subjetivos y formalidades que la Constitución exige. Inmediatamente se tiene dicha base normativa, el Consejo de Gabinete posee una discrecionalidad para elegir qué garantías fundamentales se suspenden, dentro de las taxativamente establecidas en la Constitución como suspendibles⁶⁶.

Las garantías fundamentales suspendidas forman parte del paquete de medidas y decisiones sometidas a control en caso de que la declaratoria de estado de urgencia supere los diez (10) días. Durante el desarrollo de la suspensión de garantías fundamentales, estas se deben tomar de manera razonable y proporcional, conciliando el fin que se quiere obtener con la garantía que se suspenderá⁶⁷. Por ejemplo, si el fin es evitar una propagación masiva de una enfermedad, donde sean los humanos el vector de esta, y que amenace la estabilidad e integridad de los individuos, lo razonable y proporcional es suspender la libertad de tránsito y de reunión.

Las garantías fundamentales suspendidas se reestablecerán en conjunto, una vez cese la declaratoria de estado de emergencia. Cabe destacar que nuestro ordenamiento jurídico solo permite suspender garantías fundamentales mediante el procedimiento descrito. Por consiguiente, al suspender garantías fundamentales, sin arreglo a este procedimiento, se genera una suspensión inconstitucional⁶⁸.

⁶⁶ NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: “[Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#)” B/CN.4/1985/4 (28 de septiembre de 1984). Principio 58; [EL HABEAS CORPUS BAJO SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS](#) (1987): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-8/87. Punto 23, p. 7. Solo se pueden suspender garantías fundamentales que por su naturaleza son suspendibles y estén tipificadas textualmente en la norma. La Constitución Política de Panamá establece de manera clara cuáles son las únicas garantías suspendibles y las menciona taxativamente.

⁶⁷ Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del 12 de febrero de 2015 (Demanda de Inconstitucionalidad contra la Resolución AN No. 5109-Telco de 3 de febrero de 2012); [EL HABEAS CORPUS BAJO SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS](#) (1987): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-8/87. Punto 22, p. 7.

⁶⁸ SCHMITT (1966) p. 117. El concepto de suspensión inconstitucional es ideado por SCHMITT y se refiere a la suspensión de una norma constitucional, sin apego al procedimiento establecido en la propia constitución.

II. ACTUACIÓN DEL ÓRGANO EJECUTIVO

1. Carta PANA-OEA-7-121 de 25 de marzo de 2020

El 25 de marzo de 2020, la Misión Diplomática de Panamá ante la Organización de Estados Americanos (en adelante, “OEA”), envió una nota informativa a la Secretaría General de la OEA, con el fin de dar cumplimiento con el numeral 3 del artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “CADH”)⁶⁹. El artículo 27 de la CADH establece la obligación a los Estados miembros de la CADH, de que informen a los demás estados cuando se utilice el “derecho de suspensión”. Es decir, si se suspenden garantías fundamentales dentro del estado parte, este debe indicar a los demás miembros: i) las garantías fundamentales suspendidas; ii) los motivos que hayan sustentado la suspensión; y, eventualmente, iii) la fecha en que haya finalizado la suspensión.

Los actos y normas que la Misión Diplomática de Panamá ante la OEA indica como emitidos, bajo el fundamento del uso del derecho de suspensión de garantías fundamentales, son: en primer lugar, la Resolución de Gabinete No. 11 de 13 de mayo de 2020 (Declaratoria de “Estado de Emergencia Nacional”); y, en segundo lugar, el Decreto Ejecutivo No. 490 de 17 de marzo de 2020 y el Decreto Ejecutivo No. 507 de 24 de marzo de 2020 (toque de queda). El acto de comunicación de la Misión Diplomática de Panamá ante la OEA da indicios de que en la esfera internacional la información brindada sobre la situación jurídica de Panamá en el marco de la pandemia y respecto a las garantías fundamentales, es que estas se encuentran suspendidas⁷⁰.

⁶⁹ [CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS](#), artículo 27.3. “Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados parte en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

⁷⁰ No obstante, Panamá no ha notificado la suspensión de garantías fundamentales a los estados miembros del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Naciones Unidas. Así como la CADH establece la obligación de los estados miembros de notificar la suspensión de las garantías, el [PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE LAS NACIONES UNIDAS](#) contiene, en su artículo 4.3, una disposición en ese orden. Dicha obligación fue recalcada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante el comunicado [CCPR/C/128/2](#), del 30 de abril de 2020. En el mismo, el Comité de Derechos Humanos reiteró que los estados miembros, que han adoptado medidas de emergencia que suspenden derechos contenidos en el pacto, mantienen la obligación notificar dichas medidas sin demora. Sin embargo, hasta la fecha, Panamá no ha cumplido con esta obligación internacional. Países como Ecuador ([Nota 4-2-073/2020](#), [Note No. 4-2-53/2020](#)), Chile ([Nota 52/20](#), [Note No. 28/20 of 18 June 2020](#)), y Guatemala ([Nota No. Ref. NV-OEA-M4-No.182-2020](#), [Note J/1/1195](#)), han notificado a los estados miembros del CADH y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Naciones Unidas, la suspensión de garantías fundamentales por motivo del brote de COVID-19.

2. Normativa y actos derivados de la Resolución de Gabinete No. 11 de 13 de marzo de 2020

La Resolución de Gabinete ha sido la base sobre la que se sostienen una serie de actos y normas que, materialmente, se relacionan con garantías fundamentales. Los actos y normas emitidos por el Órgano Ejecutivo durante el estado de emergencia han utilizado, tanto en su parte motiva, como en el fundamento jurídico, la Resolución de Gabinete. El contenido y efecto de tales actos y normas han llegado a restringir la libertad de tránsito, la libertad de reunión, y la libertad de culto. De la misma manera, han legitimado la intervención en la propiedad privada y las relaciones contractuales entre particulares.

a. Normativa que restringe el libre tránsito, reunión y culto

La normativa que, materialmente, ha restringido las garantías fundamentales de libertad de tránsito⁷¹, reunión⁷² y culto⁷³ la componen:

- i. Decreto Ejecutivo No. 490 de 17 de marzo de 2020.
- ii. Decreto Ejecutivo No. 507 de 24 de marzo de 2020.
- iii. Decreto Ejecutivo No. 644 de 29 de mayo de 2020.
- iv. Resolución No. 492 de 6 de junio de 2020 del Ministerio de Salud.

Los toques de queda impuestos por el Órgano Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud, han establecido un régimen de tránsito en el territorio nacional restringido a días, sexo, identificación, y ubicación geográfica, tanto a nivel nacional como regional. Los efectos del toque de queda llegan a la esfera de restringir la posibilidad de reunión y asistir a templos de culto.

b. Normativa que interviene la propiedad privada

La normativa que materialmente ha intervenido en la propiedad privada la componen:

- i. Decreto Ejecutivo No. 500 de 19 de marzo de 2020.
- ii. Decreto Ejecutivo No. 541 de 21 de abril de 2020.
- iii. Decreto Ejecutivo No. 145 de 1 de mayo de 2020.
- iv. Resolución No. 406 de 11 de mayo de 2020 del Ministerio de Salud.
- v. Resolución No. 453 de 29 de mayo de 2020 del Ministerio de Salud.
- vi. Resolución No. 574 de 19 de junio de 2020 del Ministerio de Salud.

⁷¹ PANAMÁ, [Constitución Política de la República](#), artículo 27 (11/10/1972).

⁷² PANAMÁ, [Constitución Política de la República](#), artículo 38 (11/10/1972).

⁷³ PANAMÁ, [Constitución Política de la República](#), artículo 35 (11/10/1972). Sobre este aspecto particular se entiende que la libertad de culto y religión se restringe por cuanto no se permite a las personas atender a los templos de culto. El artículo 4 [PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE LA NACIONES UNIDAS](#) y el artículo 27 de la [CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS](#) prohíbe la suspensión de la libertad de culto en los estados de emergencia, excepcionales o de urgencia.

El cierre de empresas a nivel nacional, junto a la intervención en las relaciones entre particulares a niveles contractuales, son elementos de la propiedad privada, cuya libertad de disposición ha sido suspendida e intervenida.

III. JURIDICIDAD DE LA ACTUACIÓN DEL ÓRGANO EJECUTIVO

El Órgano Ejecutivo ha sustentado la suspensión de garantías fundamentales⁷⁴ invocando, principalmente, los artículos 27 y 109 de la Constitución, y el Código Sanitario. No obstante, estas disposiciones no permiten dicha actuación. Por el contrario, el Órgano Ejecutivo debió aplicar el Art. 55.

1. Análisis de Normativa Aplicable

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (en adelante, “ICCPR”)⁷⁵, y la CADH⁷⁶ establecen la posibilidad de que cada ordenamiento jurídico posea un mecanismo de suspensión de garantías fundamentales para situaciones de emergencia. La Constitución panameña contempla tal mecanismo dentro del Art. 55.

El Consejo de Gabinete, como representante del Órgano Ejecutivo, tiene la facultad excepcional, con el cumplimiento de supuestos de hecho y el debido control⁷⁷, de suspender los efectos de: la libertad corporal, la presunción de inocencia, el habeas corpus⁷⁸, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de tránsito, la inviolabilidad de correspondencia, la libertad de expresión, la libertad de reunión, y la propiedad privada.

En ese orden, el Art. 55, al permitir la suspensión de garantías fundamentales, es la norma aplicable. Más aún, lo anterior se reafirma por el hecho de que la suspensión de un derecho conlleva, a su vez,

⁷⁴ La última vez que el Órgano Ejecutivo suspendió garantías fundamentales, fue en cumplimiento del Art. 55 (anterior artículo 51 de la Constitución) utilizando la declaratoria de estado de emergencia como base, en junio de 1987 a través del [Decreto de Gabinete No. 56 de 10 de junio de 1987](#), reafirmado por el [Decreto de Gabinete No. 57 de 19 de junio de 1987](#).

⁷⁵ [PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE LA NACIONES UNIDAS](#), artículo 4 (23/03/1976).

⁷⁶ [CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS](#), artículo 27.1 (22/11/1969).

⁷⁷ NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: “[Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#)” B/CN.4/1985/4 (28 de septiembre de 1984). Principio 55. La redacción del artículo 55 de nuestra Constitución cumple con el Principio 55 de Siracusa al establecer que las normas (en este caso la Constitución) que rigen los estados de emergencia deben tener una revisión pronta, periódica e independiente, por la legislatura, de la continuidad y necesidad de la suspensión de garantías fundamentales.

⁷⁸ A pesar de lo dispuesto en nuestra Constitución, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el habeas corpus no se puede suspender. [EL HABEAS CORPUS BAJO SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS](#) (1987): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-8/87. p. 13.

la suspensión de otros derechos. Las garantías fundamentales⁷⁹ son Derechos Humanos⁸⁰. Los Derechos Humanos son, por naturaleza, universales, indivisibles e interdependientes⁸¹. Por tanto, la suspensión de un derecho implica, automáticamente, la suspensión de otro. Es decir, la suspensión de la libertad de tránsito conlleva la suspensión de otros derechos, como la libertad de reunión y la libertad de culto. Lo anterior porque para gozar de la libertad de reunión y la libertad de culto, se requiere la libertad de tránsito, lo que evidencia el carácter interdependiente. Por ende, como la suspensión de la libertad de tránsito trae consigo la suspensión de otros derechos, *i.e.* libertad de reunión, libertad de culto, entonces la norma aplicable es el Art. 55, que es el único que permite dichas suspensiones.

2. Análisis de Normativa Aplicada

a. *Normativa que suspende la libertad de tránsito, de reunión y de culto.*

i. Artículo 27 de la Constitución

El artículo 27 de la Constitución Política (en adelante, “Art. 27”) reconoce el derecho al libre tránsito. Además, establece que este derecho solo puede ser limitado por disposiciones legales o reglamentarias, en materias de tránsito, fiscal, de salud, y de migración⁸². Por tanto, el mencionado artículo cumple dos (2) propósitos: reconocer el derecho al libre tránsito y, al mismo tiempo, limitar su ejercicio bajo ciertas condiciones.

Lo anterior parte de la idea de que “no existen derechos ilimitados”⁸³. Ningún derecho fundamental es absoluto⁸⁴. Los mismos están, forzosamente, sujetos a ciertos límites o restricciones⁸⁵. Por naturaleza, los derechos no pueden ser absolutos, porque si lo fuesen chocarían con el derecho del

⁷⁹ PANAMÁ, [Constitución Política de la República](#), Título III, Capítulo I (11/10/1972).

⁸⁰ Ver *e.g.* [DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS](#) (10/12/1948); [PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE LA NACIONES UNIDAS](#) (23/03/1976); [CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS](#) (22/11/1969).

⁸¹ Ver *e.g.* [CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD](#), Preámbulo, Párrafo c (13/12/2006); NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, [Resolución 60/251. Consejo de los Derechos Humanos](#), Preámbulo (2/4/2006); NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, [Resolución 5/1. Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos](#), Anexo, Parte I.B.1. (18/6/2007); BOUCHARD, Johanne y MEYER-BISCH, Patrice (2016): “[Intersectionality and Interdependence of Human Rights: Same or Different?](#)”, *The Equal Rights Review*, vol. 16, p. 187.

⁸² PANAMÁ, [Constitución Política de la República](#), artículo 27 (11/10/1972).

⁸³ AGUIAR DE LUQUE, Luis (1993): “[Los límites de los derechos fundamentales](#)”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No.14. Hace referencia a la Sentencia 2/82 del 29 de enero de 1982 del Tribunal Constitucional de España; BARAK, Aharon (2016): “Our Constitutional Implications and Constitutional Structure”, edited by DYZENHAUS, David and THORBURN, Malcolm (edits.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (Oxford, Oxford University Press) p. 64.

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ TÓRTORA ARAVENA, Hugo (2010): “[Las limitaciones a los derechos fundamentales](#)”, *Estudios Constitucionales*, vol. 8, No. 2.

otro. De ahí el famoso axioma de mi libertad termina donde empieza la de los demás⁸⁶. Por ende, la libertad de tránsito, al igual que cualquier otro derecho, admite limitación. Tal limitación busca garantizar el ejercicio efectivo de la libertad de los demás.

En función del artículo 27 es que existe el Reglamento de Tránsito, por ejemplo⁸⁷. El Reglamento de Tránsito no impide que las personas transiten libremente, sino que para transitar utilizando vehículos se deben obedecer ciertas reglas. Estas reglas, contenidas en el Reglamento de Tránsito, suponen una limitación a la libre circulación. En consecuencia, las limitaciones de los derechos fundamentales son parte inherente de los mismos.

Con base en lo anterior, el Art. 27 no es aplicable a una suspensión material de garantías fundamentales por los siguientes tres (3) argumentos:

1. *Limitación vs Suspensión*

Nuestra Constitución establece, dentro de ella misma, provisiones que permiten limitar garantías fundamentales para asegurar su ejercicio pacífico y armonizado sin ocasionar conflictos⁸⁸. Tales provisiones imponen límites al ejercicio de derechos subjetivos sin la necesidad de que, al establecer tales límites, se atente contra la Constitución⁸⁹.

Ahora bien, la limitación de garantías fundamentales no puede confundirse con una suspensión de garantías fundamentales⁹⁰. La suspensión de garantías fundamentales, como hemos mencionado⁹¹, es el efecto automático a una declaratoria de emergencia, como respuesta a situaciones extraordinarias para evitar una ruptura del Estado. Su regulación constitucional es necesaria por cuanto las situaciones de extraordinarias y de emergencia son un peligro latente para los individuos y el Estado. Si frente a situaciones extraordinarias y de emergencia, una Constitución no establece una regulación de estado de emergencia, un Estado no podrá actuar eficiente y eficazmente para

⁸⁶ MILL, John Stuart (1970): *Sobre la Libertad* (Madrid, Alianza Editorial), p. 149. “La libertad del individuo debe ser así limitada; no debe convertirse en un perjuicio para los demás”.

⁸⁷ PANAMÁ, [Decreto Ejecutivo No. 640 de 27 de diciembre de 2006](#), (27/12/2006) Gaceta Oficial 25701.

⁸⁸ AHMED, Dawood and BULMER, Elliot (2017): *Limitation Clauses* (Estocolmo, International Institute for Democracy and Electoral Assistance), p. 3.

⁸⁹ BARAK, Aharon (2012): “Limitation of Constitutional Rights”, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge, Cambridge University Press), p. 99.

⁹⁰ Ver e.g. AHMED, Dawood and BULMER, Elliot (2017): *Limitation Clauses* (Estocolmo, International Institute for Democracy and Electoral Assistance), p. 5; NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: “[Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#)” B/CN.4/1985/4 (28 de septiembre de 1984). En el contenido del documento se establece una clara diferencia entre limitaciones y suspensiones de garantías fundamentales. Cada uno con una serie de reglas autónomas; Amparo de Garantías Constitucionales promovido por Jaime Raúl Molina Rivera y Raúl Eduardo Molina Rivera contra el Acto u Orden de No Hacer contenido en el Decreto Ejecutivo No. 490 del 17 de marzo de 2020, que declara toque de queda en la República de Panamá y dicta otras disposiciones.

⁹¹ Ver Capítulo I. I. 3.

contener la urgencia, o actuará ejerciendo poderes de emergencia de manera arbitraria y antijurídica⁹².

En ese orden, existen diferencias entre una limitación y una suspensión. Una limitación, por ejemplo, aplica para situaciones normales u ordinarias, ya que es necesaria para el desenvolvimiento general del derecho subjetivo⁹³. Es decir, las limitaciones están destinadas a regular ese derecho durante el funcionamiento ordinario y corriente del Estado y la vida de los particulares, no para regular el derecho, en este caso la libertad de tránsito, en situaciones específicas.

Por otra parte, la limitación, a diferencia de la suspensión, no requiere de un procedimiento de activación, ni un plazo de duración. Es decir, para la limitación de un derecho no existe un mecanismo especial, contrario a la suspensión de garantías fundamentales que sí tiene un procedimiento establecido en el Art. 55. Al ser la limitación parte inherente del derecho subjetivo, esta no requiere ser “activada”, ya que es parte de la aplicación ordinaria de una garantía fundamental y, además, no está sujeta a un plazo, sino que es indefinida.

En resumen, las diferencias radican en que la limitación aplica en situaciones ordinarias y no requiere un procedimiento de activación, mientras que la suspensión solo aplica en situaciones extraordinarias y requiere de un procedimiento de activación (Art. 55).

Las diferencias entre limitación y suspensión constituyen la razón por la que estas figuras estén contenidas en artículos distintos. El Art. 27 regula la limitación de la libertad de tránsito. En cambio, el Art. 55 regula la suspensión de garantías fundamentales, como consecuencia de la declaración de estado de emergencia.

De las actuaciones del Órgano Ejecutivo se desprende que lo que ha ocurrido ha sido una suspensión de garantías fundamentales. Lo anterior en función de las resoluciones dictadas⁹⁴, y por la propia carta enviada a la Secretaría General de la OEA⁹⁵. Esta última se emite en cumplimiento del artículo 27.3 de la CADH. Dicho artículo, como hemos destacado⁹⁶, establece la obligación de notificar la suspensión de garantías fundamentales. Por tanto, al emitir la Carta a la OEA, en cumplimiento del artículo 27.3 de la CADH, el Gobierno Nacional reconoce, a nivel internacional, que suspendió garantías fundamentales.

En virtud de lo expuesto, a nuestro juicio, tanto las resoluciones dictadas, como la carta enviada a la Secretaría General de la OEA, evidencian que las actuaciones del Órgano Ejecutivo implicaron la

⁹² BULMER (2018), p. 6-7.

⁹³ Un derecho subjetivo consiste en una facultad que el ordenamiento jurídico le reconoce al individuo (vida, integridad física, libertad, y propiedad). Ver *e.g.* RECASENS SICHES, Luis (1975): *Tratado General de Filosofía del Derecho* (México, Editorial Porrúa) p. 232-239; DIFERNAN, Bonifacio (1988): *Curso de Introducción al Estudio del Derecho y Sistemas Jurídicos* (Panamá, Editorial La Antigua) p. 203; TORRES VÁSQUEZ, Ánibal (2001): *Introducción al Derecho* (Bogotá, Editorial Temis), p.1.

⁹⁴ Ver Capítulo II. II. 2. a, b.

⁹⁵ Ver Capítulo II. II. 1.

⁹⁶ Ídem.

suspensión de garantías fundamentales. De conformidad con nuestra Constitución, para proceder con la suspensión de las garantías fundamentales, la norma aplicable es su Art. 55.

2. Principio de unidad de la Constitución

La interpretación jurídica consiste en averiguar el sentido de la norma⁹⁷. El intérprete es un mediador que comunica el significado de lo establecido en la norma interpretada⁹⁸. La interpretación constitucional (especie) es un tipo de interpretación jurídica (género), que cuenta con reglas y principios propios⁹⁹. Uno de esos principios es el de unidad de la Constitución¹⁰⁰.

Una norma constitucional, bajo el principio de unidad de la Constitución, debe interpretarse en función de la Constitución en su conjunto, y no de manera aislada¹⁰¹. Es decir, al interpretarse un artículo de la Constitución, este debe ser analizado en función de lo que establecen los otros artículos de la propia Constitución. Para analizar el Art. 27 se debe tomar en cuenta el resto de los artículos de la Constitución, ya que este no se puede analizar de manera aislada. Por tanto, al entrar a valorar la aplicación del Art. 27 a un supuesto específico, se debe, a su vez, valorar la aplicación del Art. 55.

En esa línea, la interpretación constitucional, en cuanto a sus reglas y principios, últimamente ha estado encaminada a atender la finalidad y la naturaleza de la norma constitucional por interpretar¹⁰². En nuestro caso, esto se resume en lo siguiente: i) ¿cuál es la finalidad y naturaleza del Art. 27?; y ii) ¿cuál es la finalidad y naturaleza del Art. 55? Para comprender la finalidad y naturaleza de ambos artículos, debemos partir por entender por qué los mismos están incluidos en la Constitución.

El Art. 27 existe para reconocer y limitar la libertad de tránsito, de manera general. Por el contrario, el Art. 55 existe para responder a situaciones extraordinarias que supongan una amenaza al Estado y a sus individuos. Por tanto, el Art. 27 establece y limita un derecho subjetivo específico, mientras que el Art. 55 regula las medidas extraordinarias frente a un hecho y, en consecuencia, limita temporalmente la vigencia de esos derechos subjetivos, que constituyen garantías fundamentales. Respondiendo a las preguntas que nos planteamos: i) la finalidad del Art. 27 es regular el libre tránsito; ii) la finalidad del Art. 55 es garantizar la supervivencia del Estado y de sus individuos, a través de mecanismos que permitan responder a situaciones de urgencia.

En el caso bajo estudio, la disyuntiva entre aplicar el Art. 27 o el Art. 55 debe hacerse a la luz del artículo 109 de la Constitución Política (en adelante, “Art. 109”). El Art. 109 establece que es función esencial del Estado velar por la salud de los individuos¹⁰³. En ese orden, se debe analizar cuál, entre ambos artículos (Art. 27 o Art. 55), permite cumplir con dicho deber de la mejor manera.

⁹⁷ TAMAYO SALMORÁN, Rolando (1975): “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional” en *La Interpretación Constitucional* (México, Universidad Nacional de México) p. 125.

⁹⁸ Ídem.

⁹⁹ HOYOS (2011) p. 41, 46.

¹⁰⁰ Sentencia del Pleno de 5 de abril de 1990; HOYOS (2011) p. 67.

¹⁰¹ HOYOS (2011) p. 60.

¹⁰² HOYOS (2011) p. 58.

¹⁰³ PANAMÁ, [Constitución Política de la República](#), artículo 109 (11/10/1972).

El Art. 27 solo permite limitar la libertad de tránsito. Al este artículo regular un derecho subjetivo, concretamente, la libertad de tránsito, el mismo solo puede afectar dicho derecho. Es decir, el Art. 27 no puede limitar, por ejemplo, la libertad de profesión. La libertad de profesión solo podría ser limitada mediante el artículo 40 de la Constitución Política¹⁰⁴.

Por su parte, el Art. 55 establece medidas de emergencia para responder a situaciones que atenten contra la seguridad de los individuos. Estas medidas están destinadas a ser más efectivas y eficientes que las aplicables a situaciones de normalidad¹⁰⁵. Las mismas se deben adoptar en función de la gravedad y emergencia del hecho, y deben ser necesarias para responder a la situación de peligro¹⁰⁶. En ese sentido, el Consejo de Gabinete tiene la facultad de decidir cuáles garantías fundamentales considera oportunas suspender y cuáles mantiene vigentes.

En consecuencia, para cumplir con el Art. 109 (velar por la salud de los individuos), aplicando el Art. 27, se limitaría la libertad de tránsito, solamente. En cambio, aplicando el Art. 55 se podrían suspender distintas garantías fundamentales, dependiendo de cuál o cuáles sean necesarias suspender para responder de mejor manera ante la situación que ocasionó la emergencia.

3. Criterio de razonabilidad, proporcionalidad y control

En virtud de la interpretación unitaria de la Constitución Nacional, surge la interrogante respecto a cuál es la norma, entre el Art. 27 o el Art. 55, se ajusta con mayor razonabilidad y juridicidad al supuesto de hecho de la pandemia actual.

La razonabilidad en la aplicación de una norma constitucional atiende a que los actos del Órgano Ejecutivo, en ejecución directa de la Constitución¹⁰⁷, sean emitidos basados en una necesidad objetiva y con proporción a las circunstancias¹⁰⁸, de manera que los hechos que generan la necesidad de activar una norma constitucional, se ajusten a la estructura, razón de ser y finalidad de la propia norma constitucional¹⁰⁹. La suspensión de garantías fundamentales, mediante una declaración del

¹⁰⁴ PANAMÁ, [Constitución Política de la República](#), artículo 40 (11/10/1972). “Toda persona es libre de ejercer cualquier profesión u oficio sujeta a los reglamentos que establezca la Ley en lo relativo a idoneidad, moralidad, previsión y seguridad sociales, colegiación, salud pública, sindicación y cotizaciones obligatorias. No se establecerá impuesto o contribución para el ejercicio de las profesiones liberales y de los oficios y las artes.”

¹⁰⁵ Ver Capítulo I. 2.

¹⁰⁶ PEDRESCHI (2017) p. 125.

¹⁰⁷ PANAMÁ, [Constitución Política de la República](#), artículo 17 (11/10/1972).

¹⁰⁸ BICE, Scott H. (1980): “[Rationality Analysis in Constitutional Law](#)” *Minnesota Law Review*, vol. 65, p. 24.

¹⁰⁹ SAPAG, Mariano A. (2008): “El Principio de Proporcionalidad y de Razonabilidad como Límite Constitucional al Poder del Estado: Un Estudio Comparado”, *Universidad La Sabana*, año 22, No. 17, p. 161.

estado de emergencia, deben ser razonables y proporcionales a la naturaleza, el alcance, la magnitud, la gravedad, la duración y el ámbito geográfico comprometido¹¹⁰.

Tomando como base que la magnitud de la actual pandemia amenaza la integridad física de la población¹¹¹, en su esfera sanitaria y económica, y la subsistencia misma del Estado, es proporcionalmente razonable¹¹² la activación de un estado de urgencia, que legitime la suspensión de garantías fundamentales vistas hasta el momento. Las decisiones de un Órgano Ejecutivo investido de un poder normativo excepcional y sin control alguno, han suspendido, materialmente, una serie de garantías fundamentales sin la debida aplicación del mecanismo proporcionalmente razonable que la Constitución panameña ofrece, en el ya citado Art. 55¹¹³.

Este precedente no judicial¹¹⁴ ha marcado, en nuestro concepto, un uso innecesariamente desproporcional de los medios para enfrentar las emergencias. La desproporcionalidad entre el hecho y los mecanismos utilizados por el Órgano Ejecutivo para fundamentar sus decisiones se extiende a la falta de controles inmediatos que supone el Art. 55 y la filosofía republicana de nuestro ordenamiento. En un estado de derecho democrático y republicano no es permisible ignorar la imperatividad de controles y balances¹¹⁵.

La necesidad de controles y balances se hace más presente en situaciones de emergencia y frente a mecanismos que disminuyen *a priori* las limitaciones al poder. Los controles y balances, en este caso, para cuestionar la adaptación irracional y desproporcional de un hecho a los mecanismos para enfrentarlo, son parte inherente del ordenamiento panameño y, a su vez, están integrados, como un valor de legalidad¹¹⁶, a los valores y las necesidades políticas.

¹¹⁰ NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: “[Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#)” B/CN.4/1985/4 (28 de septiembre de 1984). Principio No. 51.

¹¹¹ NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: “[Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#)” B/CN.4/1985/4 (28 de septiembre de 1984). Principio No. 39.

¹¹² Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del 12 de febrero de 2015 (Demanda de Inconstitucionalidad contra la Resolución AN No. 5109-Telco de 3 de febrero de 2012).

¹¹³ [EL HABEAS CORPUS BAJO SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS](#) (1987): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-8/87. Punto 22, p. 8.

¹¹⁴ GERHARDT, Michael J. (2019): “[Non-Judicial Precedent](#)”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 61. No. 713. El autor se refiere a los precedentes no judiciales, como aquellos actos de autoridades en sus facultades de administradores de la cosa pública, que generan un peso normativo no escrito. Estos precedentes no judiciales son más omnipresentes en las relaciones entre particulares y Estado, que los propios precedentes judiciales.

¹¹⁵ [EL HABEAS CORPUS BAJO SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS](#) (1987): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-8/87. Punto 24, p. 8. La suspensión de garantías fundamentales no significa la suspensión del Estado de Derecho o la autorización a que los gobernantes aparten su conducta de la legalidad.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald (2007): *La Justicia con Toga* (Madrid, Editorial Marcial Pons), p. 187. DWORKIN argumenta que en la legalidad (*Rule of Law*), como valor y principio de una sociedad, hay una

ii. Código Sanitario

El Código Sanitario ha sido el otro fundamento establecido por el Órgano Ejecutivo para suspender la libertad de tránsito. No obstante, el Código Sanitario no permite adoptar dicha medida. El mismo solo permite las medidas de cuarentena y aislamiento a las personas contagiadas, y funciona como una limitación a la libertad de tránsito, no como una medida de suspensión.

El Código Sanitario regula las actuaciones del Estado en materia de salud pública. El mismo fue aprobado en 1947 y, hasta la fecha, ha sufrido múltiples modificaciones¹¹⁷. El Código Sanitario regula lo referente a Epidemiología en el Libro III. Dentro del mismo, el Título II, versa sobre enfermedades transmisibles. El Capítulo I de dicho título detalla las generalidades. Por consiguiente, el Capítulo I (Generalidades), del Título II (Enfermedades transmisibles), del Libro III (Epidemiología), es la norma aplicable a nuestro caso¹¹⁸.

El artículo 137, que se encuentra dentro del Capítulo I, del Título II, del Libro III, establece que: “Los enfermos, portadores y contactos de enfermedades transmisibles, podrán ser sometidos a aislamiento, cuarentena, observación o vigilancia...”¹¹⁹. Por tanto, el artículo 137 delimita quiénes pueden estar sujetos a cuarentena o aislamiento (supuesto subjetivo): las personas enfermas, portadoras y con contactos de enfermedades transmisibles. Por exclusión, todos aquellos que no sean personas enfermas, portadoras o con contactos de enfermedades transmisibles, no pueden estar sujetos a cuarentena o aislamiento.

No obstante, el artículo 85.9 del Código Sanitario establece que el Departamento Nacional de Salud Pública podrá: “Ordenar el aislamiento, cuarentena, observación y vigilancia de toda persona, aunque estuviere en aparente buen estado de salud, cuando la ausencia de la medida constituya daño

implícita necesidad de controles, para conciliar los valores políticos integrados entre sí, por ejemplo, la libertad, democracia y los valores jurídicos.

¹¹⁷ El Código Sanitario fue aprobado mediante la Ley 66 de 1947. Ha sido reformado a través de: Ley 14 de 2016, Ley 13 de 2008, Ley 5 de 2007, Ley 40 de 2006, Decreto Ejecutivo 47 de 1995, Decreto 97 de 1979, Ley 26 de 1962, Ley 17 de 1959.

¹¹⁸ Hacemos esta aclaración porque en las resoluciones dictadas por el Órgano Ejecutivo, se establece como fundamento de Derecho el “Código Sanitario”, sin hacer referencia concreta al artículo de este que permite adoptar la medida. Por tanto, consideramos oportuno señalar en qué parte del Código Sanitario se establecen las medidas para responder a enfermedades como el COVID-19.

¹¹⁹ PANAMÁ, Código Sanitario, artículo 137 (10/11/1947). “Los enfermos, portadores y contactos de enfermedades transmisibles, podrán ser sometidos a aislamiento, cuarentena, observación o vigilancia, por el tiempo y en la forma que determine la autoridad sanitaria; la cual podrá proceder además, según el caso a la desinfección concurrente o terminal, desinfectación, desinsectización, desratización, fumigación, etc., de los locales u objetos que tengan relación con el enfermo. Igualmente medidas podrán aplicarse cuando sean practicables a otros locales de uso público o privado, sobre todo en caso de epidemia”.

real o potencial para la salud de la colectividad”¹²⁰. Por tanto, existe un conflicto entre el artículo 85.9 y el artículo 137. El primero permite decretar cuarentena, con independencia del estado de salud de la persona, mientras que el segundo solo permite decretar cuarentena a las personas contagiadas. Consideramos que, para nuestro caso, la norma aplicable es el artículo 137 por los siguientes motivos:

- i. Ley especial: Un criterio de interpretación jurídica determina que la ley especial prima sobre la ley general¹²¹. Es decir, se preferirá aquella norma que regula un asunto especial o el caso en particular, frente a aquella que tiene carácter general. El artículo 137 se encuentra dentro del Libro III, que regula Epidemiología; del Título II, que regula enfermedades transmisibles; del Capítulo I, que regula las generalidades aplicables a estas enfermedades¹²². Por su parte, el artículo 85.9 regula los derechos y deberes del Departamento Nacional de Salud Pública. En nuestro caso, las medidas se aplicaron para combatir el COVID-19 que es una pandemia y, como tal, una enfermedad transmisible. Por ende, en nuestro caso, evidentemente, el artículo 137 es la ley especial, al estar dentro de la regulación de epidemias y enfermedades transmisibles. Por su parte, el artículo 85.9 es la ley general, al establecer, meramente, deberes y derechos del Departamento Nacional de Salud Pública. Por consiguiente, el artículo 137 es la norma aplicable.
- ii. Ley posterior: Otro criterio de interpretación, para cuando dentro de una misma ley existan disposiciones contrarias, es que se preferirá la disposición posterior¹²³. Es decir, el artículo posterior prima frente al artículo anterior. En nuestro caso, el artículo 137 es posterior al artículo 85. Por tanto, la norma aplicable es el artículo 137.

¹²⁰ PANAMÁ, Código Sanitario, artículo 85 (10/11/1947). “Son atribuciones y deberes del Departamento Nacional de Salud Pública, en el orden sanitario nacional:

...
9) Ordenar el aislamiento, cuarentena, observación y vigilancia de toda persona, aunque estuviere en aparente buen estado de salud, cuando la ausencia de la medida constituya daño real o potencial para la salud de la colectividad. Tales medidas sólo podrán practicarse por el mínimo de días necesarios para cada caso y se evitará adoptarlas cuando no sean de reconocida eficacia”.

¹²¹ PANAMÁ, Código Civil, artículo 14.1. El principio de *lex specialis derogat legi generali* es un criterio de interpretación jurídica, establecido en nuestro Código Civil. Además, el mismo es un principio General de Derecho y, como tal, es fuente de Derecho, en función de lo establecido en el artículo 13 del Código Civil.

¹²² El Capítulo II, del Título II, del Libro III, regula la Tuberculosis; el Capítulo III las enfermedades venéreas; el Capítulo IV la malaria; y así sucesivamente. En nuestro caso, evidentemente no hay un capítulo específico para COVID-19. Por tanto, entra dentro del Capítulo I que regula las generalidades de las enfermedades transmisibles.

¹²³ PANAMÁ, Código Civil, artículo 14.2. El principio de *lex posterior derogat legi priori* es también un criterio de interpretación jurídica. Además, el mismo es un principio General de Derecho y, como tal, es fuente de Derecho, en función de lo establecido en el artículo 13 del Código Civil.

iii. Interpretación conforme a la Constitución: Como hemos destacado¹²⁴, las normas legales deben interpretarse de conformidad a la Constitución. En nuestro caso, el artículo 85.9 otorga una facultad excesiva al Departamento Nacional de Salud Pública. Dicha facultad le permite a este departamento suspender el libre tránsito a cualquier persona, en cualquier momento, con independencia de su condición de salud, bajo el único fundamento de que puede poner en riesgo a la colectividad. Esta facultad, además de ser excesivamente discrecional, al punto de rozar lo arbitrario, concentra, en el Departamento Nacional de Salud Pública, un poder desproporcional. Bajo este artículo, la movilidad de todas las personas del país está sujeta a lo que, en cualquier momento, disponga dicho departamento. Es decir que, el Departamento Nacional de Salud Pública, podría suspender, cualquier día, el derecho al libre tránsito de toda la población, aún si no hubiese COVID-19, bajo el fundamento de evitar poner en riesgo a la colectividad. Lo anterior implica que este departamento concentra el poder de suspensión, de hecho y de derecho, de la libertad de tránsito de toda la población, sin ningún tipo de control constitucional. Por tanto, a nuestro juicio, aunque exista una presunción de constitucionalidad de las leyes, dicho artículo es manifiestamente contrario al artículo 2 de la Constitución y al Art. 55. Por ende, al interpretar el artículo 85.9, de conformidad con la Constitución, el mismo no podría ser aplicable en ninguna circunstancia. En consecuencia, por exclusión, el artículo aplicable es el artículo 137.

En ese orden, el propio artículo 137, que establece las medidas de cuarentena o aislamiento, refleja el carácter limitativo del Código Sanitario, en referencia al libre tránsito. El artículo 137 restringe la libertad de tránsito a un grupo de personas en específico, no a toda la población, debido a su condición de salud. La afectación de este grupo específico, se hace para lograr la protección y seguridad de la colectividad. Por ende, esta restricción es una limitación al libre tránsito, y no una suspensión.

De igual manera, el artículo 138 del Código Sanitario permite declarar “zona epidemiológica sujeta a control sanitario” a “cualquier porción del territorio nacional”. Lo anterior también muestra el carácter limitativo del Código Sanitario, en referencia a la libertad de tránsito, al afectar, solamente a una “porción del territorio nacional”, y no a todo el territorio nacional.

Por tanto, el Código Sanitario no suspende el derecho al libre tránsito porque no afecta a toda la población, ni a todo el territorio nacional, con independencia de su condición de salud. Por el contrario, el Código Sanitario limita la libertad de tránsito, al impedir su ejercicio a un grupo de personas en específico, debido a su condición de salud, en función de proteger a la colectividad.

En seguimiento de lo anterior, el Código Sanitario establece diversas disposiciones sobre la restricción del libre tránsito. Por ejemplo, establece el concepto de cuarentena, definiéndolo, justamente, como una “restricción a la libertad de movimiento”¹²⁵. Estas restricciones son una limitación a la libertad de tránsito, con fundamento en el Art. 27. El Art. 27 permite limitación a este

¹²⁴ Ver Capítulo I. III. 2.

¹²⁵ PANAMÁ, Código Sanitario, artículo 231. Cuarentena: “Restricción de la libertad de movimiento de las personas o animales susceptibles expuestos a enfermedad comunicable, por un período de tiempo igual al período de incubación más largo de dicha enfermedad”.

derecho, precisamente en materia de salud. En ese sentido, el Código Sanitario, como el Art. 27, es solo aplicable para la limitación del libre tránsito, no para la suspensión de dicho derecho.

El Órgano Ejecutivo suspendió la libertad de tránsito mediante el Decreto Ejecutivo No. 490 de 17 de marzo de 2020; el Decreto Ejecutivo No. 507 de 24 de marzo de 2020; el Decreto Ejecutivo No. 644 de 29 de mayo de 2020; y la Resolución No. 492 de 6 de junio de 2020 del Ministerio de Salud. Dichos decretos establecen como fundamento el Código Sanitario. En todos ellos se declara “Toque de Queda” a nivel nacional, con independencia de la condición de salud de las personas.

Por tanto, el Órgano Ejecutivo, con fundamento en el Código Sanitario, suspendió la libertad de tránsito de toda la población. No obstante, el Órgano Ejecutivo no puede realizar dicha medida, ya que el artículo 137 del Código Sanitario solo permite decretar cuarentena a las personas contagiadas. De igual manera, el Código Sanitario no funciona como mecanismo de suspensión de la libertad de tránsito, como lo interpretó el Órgano Ejecutivo, sino como una limitación de dicho derecho, en razón de lo dispuesto en el Art. 27.

En consecuencia, los decretos emitidos por el Órgano Ejecutivo que declaran “Toque de Queda”, son ilegales e inconstitucionales. Son ilegales porque desbordan el Código Sanitario, que es una norma de mayor jerarquía. Son inconstitucionales porque violan el Art. 55. El Órgano Ejecutivo, para adoptar las medidas que adoptó, debió aplicar el Art. 55.

b. Normativa que interviene la propiedad privada

i. Artículo 109 de la Constitución

El Art. 109 establece el deber del Estado de velar por la salud de los individuos. La obligación de velar por la salud de los individuos constituye un derecho social o derecho de segunda generación¹²⁶. Con fundamentado en el Art. 109, el Órgano Ejecutivo ordenó el cierre de empresas mediante el Decreto Ejecutivo No. 500 de 2020 y el Decreto Ejecutivo 541 de 2020. No obstante, el Art. 109 no permite adoptar esta medida.

1. Intervención a la propiedad privada y relaciones contractuales sin el debido procedimiento

El reconocimiento de la propiedad privada es una garantía fundamental, establecida en el artículo 47 de la Constitución Política. La Constitución establece las formas a través de las cuales se puede afectar e intervenir este derecho: i) expropiación, mediante el artículo 48 y 51; ii) ocupación, mediante el artículo 51¹²⁷; y iii) suspensión, mediante el Art. 55.

La Constitución prevé la posibilidad de suspender el reconocimiento a la propiedad privada, y así intervenirla, en situaciones de emergencia. En ese sentido, la Constitución establece un procedimiento para ello (Art. 55), al afectar una garantía fundamental. Por ende, si la Constitución

¹²⁶ [PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES](#), artículo 12 (03/01/1976).

¹²⁷ PANAMÁ, [Constitución Política de la República](#), artículo 51 (11/10/1972). El Estado responderá por los daños y perjuicios, causados por la ocupación de la propiedad privada.

establece el procedimiento para suspender la propiedad privada, el Órgano Ejecutivo no puede suspenderla de otro modo, que no sea a través de dicho procedimiento.

El Órgano Ejecutivo, suspendió e intervino, materialmente, la propiedad privada, al ordenar el cierre de empresas. Para ello, invocó su deber de velar por la salud, establecido en el Art. 109. Sin embargo, no aplicó el Art. 55, que es el que contiene el procedimiento para suspender e intervenir la propiedad privada. Como se aprecia, se tomaron medidas sin apegarse al procedimiento constitucional establecido para ello.

Cabe aclarar que el conflicto no gira en torno a cuál derecho prima, entre la propiedad privada y la salud pública, sino en que no se siguió el procedimiento que la Constitución establece para conciliar ambos derechos (Art. 55). El Órgano Ejecutivo puede suspender e intervenir la propiedad privada para garantizar la salud; sin embargo, para hacerlo, debe seguir el procedimiento constitucional, con controles y balances, destinados a ello.

2. Criterio de razonabilidad, proporcionalidad y control

El deber establecido en el Art. 109 debe ser entendido de manera razonable y proporcional. El Estado, en este caso a través del Órgano Ejecutivo, no puede, con fundamento en el Art. 109, adoptar cualquier medida que desee, basado en el deber de velar por la salud de los individuos. Lo dicho implica que las medidas que dicte el Estado, en función del Art. 109, deben ser razonables y proporcionales.

Así, por ejemplo, en materia laboral¹²⁸ el Estado tiene la obligación de promover el empleo¹²⁹. Sin embargo, esto no implica que el Estado puede obligar a las empresas a contratar a todas las personas desempleadas del país, basado en que tiene como obligación promover el empleo. El hecho de que el Órgano Ejecutivo tenga un deber no le otorga un permiso ilimitado o un cheque en blanco para actuar de manera arbitraria. Por ende, el Órgano Ejecutivo no puede recurrir a ese deber como fundamento para ignorar los procedimientos constitucionales.

En nuestro caso, el Estado tiene, en efecto, una obligación esencial, que consiste en velar por la salud. No obstante, este deber no le permite actuar de manera arbitraria. Por tanto, el Órgano Ejecutivo no puede, fundamentándose en el Art. 109, suspender derechos fundamentales, sin apegarse al procedimiento previsto para ello (Art. 55), ya que no sería razonable ni proporcional.

ii. Código Sanitario

El Código Sanitario ha sido el otro fundamento establecidos por el Órgano Ejecutivo para suspender e intervenir la propiedad privada¹³⁰. No obstante, el Código Sanitario no permite adoptar dicha medida.

¹²⁸ [PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES](#), artículo 6 (03/01/1976). El derecho al trabajo es, al igual que el derecho a la salud, un derecho social.

¹²⁹ PANAMÁ, [Constitución Política de la República](#), artículo 64.

¹³⁰ PANAMÁ, [Decreto Ejecutivo 500 de 2020](#), artículo 1 (19/3/2020); PANAMÁ, [Decreto Ejecutivo 541 de 2020](#), artículo 1 (21/4/2020).

Como hemos mencionado, el Capítulo I, del Título II, del Libro III, es la norma aplicada a nuestro caso. Dentro del mismo, se permite limitar la libertad de tránsito. Sin embargo, no se establece ninguna disposición que permita suspender la propiedad privada.

El Código Sanitario, como el Art. 27, solo permite limitar la libertad de tránsito. En ese orden, aún cuando se considerase que el mismo es aplicable, no es aplicable para afectar otros derechos que no sean la libertad de tránsito. Es decir, con fundamento en el Código Sanitario no se puede suspender e intervenir la propiedad privada. Lo anterior porque el Código Sanitario no permite suspender dicho derecho.

El Órgano Ejecutivo suspendió e intervino la propiedad privada mediante el Decreto Ejecutivo 500 de 19 de marzo de 2020, y el Decreto Ejecutivo 541 de 21 de marzo de 2020. Estos decretos establecen como fundamento el Código Sanitario, aunque el mismo no permita suspender e intervenir la propiedad privada.

En consecuencia, los decretos emitidos por el Órgano Ejecutivo, que declaran el cierre de empresas, son ilegales e inconstitucionales, al igual que referentes a la libertad de tránsito. Son ilegales porque no tienen fundamento legal en el Código Sanitario, que es una norma de mayor jerarquía. Son inconstitucionales porque atentan contra el artículo 47 y el Art. 55. El Órgano Ejecutivo, para adoptar las medidas que adoptó, debió aplicar el Art. 55.

Conclusión

La pandemia por COVID-19, por su extrema severidad, ha representado un duro golpe para toda la humanidad. Es obligante, por indispensable y útil, pensar cómo esta pandemia ha cambiado la percepción de nosotros mismos y de la sociedad. Lo anterior hace que replanteemos, repensemos y reestructuremos aspectos de nuestra vida como seres individuales y sociales, tanto en el plano personal, económico, sanitario, político o jurídico.

En el plano jurídico, la pandemia por COVID-19 ha tomado a Panamá con mecanismos que no sabemos si puedan ofrecer una solución absoluta a la pandemia y el riesgo que esta representa para los seres humanos y para el Estado. Este hecho trae la necesidad de proponer, para un futuro en el que las emergencias puedan ser cada vez más cercanas y probablemente más severas, nuevas ideas y conceptos con el fin de dar respuestas a situaciones excepcionales que constituyan una amenaza para los seres humanos y para el Estado. Estas ideas no se pueden alejar de la importancia de nuestra Constitución, los controles, balances y límites, ni mucho menos dejar a un lado el respeto a la libertad y la propiedad privada como extensión misma del ser humano. Pues, el ser humano sigue siendo la razón de ser y la finalidad del Estado, y no un simple medio. Las reflexiones contenidas en el presente estudio, tal vez constituyan el inicio de un debate nacional sobre emergencias de extraordinarias magnitudes, a efecto de que los Estados no se encuentren desarmados de normas jurídicas idóneas para enfrentarlas.

Sin embargo, hasta el momento, el artículo 55 de la Constitución es lo que nuestra realidad ofrece para enfrentar emergencias de esta magnitud. Su estructura y razón de ser obedecen al respeto a la sociedad y a la protección de esta frente a situaciones excepcionales y amenazas, así como a la protección frente a la arbitrariedad. No es posible que, en función de emergencias, algunos Órganos del Estado estén superdotados de poder y otros abstraídos e ignorados en lo que respecta a la rendición de cuentas y la imposición de límites. Cada elemento del Estado fue instituido para la armónica colaboración y la necesidad de controles entre cada uno, y así cumplir con el acompañante que define nuestro ordenamiento. No es solo un Estado, sino un Estado de Derecho.

La pandemia por COVID-19 será, sin dudas, un hecho histórico para nuestra vida republicana. Pero, más allá del hecho en sí, el peso histórico se determinará por las consecuencias que generará. Ello de cara a la definición del camino que queremos seguir como República, donde decidamos, conjuntamente, si los fines justifican los medios o los medios deben ser, siempre, respetados.

La protección internacional en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: avances y retrocesos del asilo y refugio*

Roberto Ogg Fábrega[¶]

*Autor para Correspondencia. E-mail: roggfabrega@gmail.com

Recibido: 13 de noviembre de 2019

Aceptado: 06 de junio de 2020

Resumen

El presente trabajo de investigación tiene por objeto la identificación de los retos que afronta el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos relacionado con la aplicación de la protección internacional en su modalidad de asilo y refugio. Para esto, se analizó tanto doctrina como documentos y resoluciones emitidos por organismos internacionales como la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. El trabajo fue inspirado por las crisis políticas y humanitarias que se viven en países miembros del Sistema como Nicaragua, Venezuela y México.

Palabras clave: Derechos humanos, protección internacional, asilo, refugio, desplazamiento forzoso.

Abstract

The purpose of this academic paper is to identify the challenges that the Inter-American Human Rights System is facing due to the application of international protection (asylum and refuge). For this, scholar's documents and resolutions issued by international organizations, such as the Inter-American Commission on Human Rights, the International Organization for Migration (IOM), and

· Trabajo de investigación presentado como tesis de grado en la Maestría de Asuntos Internacionales en la Universidad Pontificia de Comillas. Esta investigación fue electa para su presentación ante la Organización de Estados Americanos (OEA) en el marco de la celebración de los 60 años de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.

¶ Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santa María la Antigua (2018) donde realizó su primer trabajo de investigación titulado: "Retos del Estado de Excepción en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos". Maestría de Asuntos Internacionales en la Universidad Pontificia de Comillas, en Madrid, España (2019).

the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), and rulings of the Inter-American Court of Human Rights, were analyzed. This paper was inspired by the political and humanitarian crises of different members of the System, such as Nicaragua, Venezuela, and Mexico.

Keywords: Human rights, international protection, asylum, refuge, forced displacement.

Introducción

Desde el principio de los tiempos, cuando los primitivos eran nómadas, el ser humano se ha visto en la necesidad de migrar y movilizarse a distintos territorios del globo terráqueo en la búsqueda de mejores condiciones de vida. Al evolucionar la especie y convertirse en sedentaria por descubrir el fuego, aprender a cosechar y cazar los alimentos necesarios para la supervivencia diaria, seguían existiendo motivos por el cual movilizarse como: conquista de otras hordas o clanes o por razones meteorológicas que pudieran ocasionar desastres naturales.

Así mismo -en un mundo quizás más contemporáneo- podemos mencionar que a lo largo de la historia se han dado desplazamientos importantes de población sobre todo producto de la violencia generalizada, violación sistemática de derechos humanos, desastres naturales (algunos causados por el hombre) o enfermedades mortíferas. Vale la pena recordar -a manera de ejemplo- los miles de desplazados europeos producto de la primera y segunda Guerra Mundial. Esta situación de violencia llevó a esta población a buscar refugio en países que les acogiera y brindaran las condiciones mínimas para subsistir, sobre todo en el Continente americano.

América Latina tiene sus propias particularidades, sin embargo, no está exenta de aquellas situaciones que ocasionan que la población se desplace de manera forzosa. Fueron estas precisamente las que llevaron a ser pionera en lo que a la protección internacional respecta, es decir, que desde antes que se constituyera el refugio o el asilo como una figura jurídica o derecho humano de manera positiva, la salvaguarda de la libertad y la integridad física de las personas fue una prioridad. Un antecedente que pudiera servirnos de ejemplo es el de Juan Rodríguez Suárez, gobernador colonial de lo que hoy es Mérida, quien luego de haber sido acusado por atropellos contra sus hombres e indígenas, escapa y recibe asilo en la gobernación de Trujillo en 1559.

Lo anterior, nos da luces que la región latinoamericana tiene una larga tradición de brindar protección internacional a personas que huyen de una condición de peligro, que data del siglo XVI. Precisamente por esto que, al constituirse como primerizo en desarrollar dicha protección dentro de un sistema de protección de los derechos humanos, su doctrina y jurisprudencia, que por muchos ha sido bautizada como “la tradición de asilo” ha aportado a otras jurisdicciones.

Esta tradición ha continuado desarrollándose, estudiándose, aplicándose y poniéndose a prueba. Como otro ejemplo y más contemporáneo, podemos decir que, durante la década del setenta, decenas de miles de ciudadanos, principalmente sudamericanos, sobre todo: argentinos, chilenos y uruguayos, tuvieron que migrar debido a las violaciones sistemáticas de derechos humanos de regímenes autoritarios. Además, a comienzos de la década del ochenta, graves conflictos internos y violaciones masivas de derechos humanos obligaron a movilizarse a un importante número de centroamericanos, dando lugar a una gran crisis de refugiados.

Hoy en día, tanto la situación que se vive en Nicaragua como la crisis humanitaria en Venezuela, han incrementado la diáspora. Son ya más de 3 millones de venezolanos que han abandonado su país producto del conjunto de situaciones que atraviesan y que atentan contra su vida. Esto, ha puesto a prueba no sólo a nuestra tradición latinoamericana y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos sino al Sistema Universal.

A la luz de lo antes expuesto, podemos ver claramente dos circunstancias y posiciones distintas: el de las personas que se ven obligadas a salir de su país de origen producto de una violencia generalizada y violación sistemática de derechos humanos y del país que los acoge y que debe brindar las condiciones mínimas para que estos puedan desarrollar su vida. Actualmente, ambas posiciones se están poniendo a prueba y medidas efectivas tanto de protección e inclusión de las personas y fortalecimiento de las democracias e instituciones en la región cada vez se hace más relevante.

Producto del desplazamiento forzoso, el Sistema Interamericano ha respondido con la creación de comisiones especializadas, designado relatores, elaborando informes y condenando públicamente lo que actualmente sucede. No obstante, cada vez la protección internacional y los procesos de democratización se vuelven más complejos y los Estados se acogen al principio de no intervención para evadir su responsabilidad con lo previamente contratado.

Para nosotros, es importante analizar en el marco de este Trabajo de Fin de Máster, no solo el aspecto formal y doctrinal, sino también identificar qué riesgos están afrontando tanto los países emisores como los receptores que forman parte del Sistema Interamericano, considerando que la problemática posee dos vías. De esta forma, realizar propuestas que pudieran aportar como doctrina a la “tradición latinoamericana” a fin de enfrentar aquellos desafíos.

Reconocemos la basta información que existe a razón de que América Latina ha desempeñado un rol relevante en lo relativo a la protección internacional, sin embargo, consideramos que las amenazas a las que hacemos frente requieren de un aporte técnico y colaboración de todos los Estados miembros.

Resulta importante este análisis sobre todo por la situación coyuntural que se encuentra la región motivo del incremento del desplazamiento forzoso, sobre todo de nicaragüenses y venezolanos, en donde muchos Estados realizan devoluciones en caliente, no brindan las condiciones mínimas de supervivencia, promueven legislación discriminatoria y donde existe una percepción generalizada de que los asilados o refugiados son usurpadores, lo que lleva incluso a que la población cuestione si realmente es necesario que el país los acoja, sin importar que estén afrontando una situación donde su libertad o vida corran peligro.

I. Contextualización sobre la evolución general e importancia del asilo y refugio en América Latina: una región a la vanguardia

En el presente capítulo analizaremos la doctrina elaborada por distintos autores, en materia de asilo y refugio, de manera que podamos definir cada uno y a su vez identificar los principales problemas que afronta América Latina.

1. Definición de Asilo y Refugio

Los principales instrumentos internacionales del Derecho Internacional de los Refugiados utilizan el término asilo para designar el acto de admisión y protección de refugiados por parte de un Estado, lo que sería equivalente a la palabra “asylum” y “asile” en inglés y francés respectivamente. Esto, lo podemos encontrar en convenios internacionales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 14), la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (considerando No. 4), la Declaración sobre Asilo Territorial de 1967, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas y el Informe de ACNUR del 10 de diciembre de 1974.

Existen distintas regulaciones referidas a la protección internacional y aplicables en el continente americano. Por un lado, podemos mencionar el Sistema Interamericano sobre asilo diplomático y territorial¹, y, por otro lado, el sistema universal de protección de los refugiados.² La protección internacional, en cualquiera de los dos institutos, se encuentra contemplada en algunas Constituciones nacionales de América Latina³ o desarrolladas en normas relativas a la aplicación. En varios países de la región, las normativas han incorporado la palabra “refugio” para abordar todo el régimen internacional de protección a los refugiados. Estas normas han sido desarrolladas de manera separada del régimen de asilo, al que se refiere exclusivamente con la modalidad positivizada en los tratados y convenciones del Sistema Interamericano.

En cambio, otros países han utilizado ambas palabras como sinónimo, para referirse a la protección internacional que vaya a recibir una persona que se encuentra escapando porque su libertad o vida se encuentra en peligro.

Lo anterior, nos da luces que ha existido una confusión entre ambos términos que algunos autores definen como “dualismo”⁴, empleados en la protección internacional, así como respecto al contenido y alcance que ha de dárseles. Esto ha llevado a una mala interpretación por parte de los Estados, agravando la situación migratoria de la región. En este contexto, no debería extrañar que la presión de los Estados por aliviar carga de sus responsabilidades internacionales se hubiera materializado a través de iniciativas tendientes a restringir el espacio destinado a la protección internacional.⁵ Tales iniciativas no deberían prosperar en un sistema robusto donde domine el desarrollo progresivo y la protección de la persona humana, pero encuentra un terreno fértil en las legislaciones que forman parte del Sistema Interamericano por el estado de debilidad que afecta las instituciones de la región en lo que respecta a la protección de los refugiados.

¹ CONVENCIÓN SOBRE ASILO DIPLOMÁTICO Y TERRITORIAL (15/06/1954).

² CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS (28/07/1951).

³ Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, y Venezuela.

⁴ FRANCO, Leonardo (2004): *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (San José, ACNUR) p. 72.

⁵ Ídem.

Por un lado, autores como Grahl-Madsen establecen que ambos términos “se tratan de la protección que se brinda al garantizar admisión al territorio a quien alega persecución (o temor de persecución) y la protección consecuente hasta que determine su estatus y, en particular, el respeto al principio de no devolución”⁶.

Otros, como Héctor Gros Espiell⁷, manifiestan que: “hay que precisar que, en América Latina, según estas Convenciones, asilo territorial y refugio son absolutamente sinónimos.” y el jurista ecuatoriano Salvador Lara que sugiere: “existe una sinonimia entre el asilo y refugio en el cual, este último se utilizará principalmente para asilo, asilo territorial y no diplomático también llamado político”⁸.

Ambos estudiosos, sosteniendo la tesis de que los vocablos “asilo” y “refugio” han sido utilizados sin mucho cuidado, para referirse a la protección internacional, dentro del Sistema Interamericano. Sin hacer mayor diferenciación o precisar características de cada uno. Ambos compartiendo la esencia de la protección de la vida humana.

Por otro lado, investigaciones como la de Pirkko Kourula⁹, permitieron observar que con frecuencia el vocablo “asilo” se reserva para designar el asilo diplomático y territorial, reconocido a través de las convenciones latinoamericanas y que es menos utilizado en el contexto del Derecho Internacional de los Refugiados. En cambio, se utiliza el vocablo “refugio” para designar al sistema universal de protección a los refugiados basados en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y a su Protocolo de 1967.

También, la autora María Laura Gianelli¹⁰, establece diferenciaciones entre un concepto y el otro cuando establece que: “el asilado lo motiva una persecución política, tiene modalidades diplomática y territorial donde no es necesario cruzar una frontera nacional, no existe el principio de no devolución, por tanto, puede ser devuelto o extraditado, permite acordar el asilo a quien hubiese cometido delitos políticos, incluso comunes y que no existe un procedimiento internacional por lo que es discrecional de cada Estado. Por su lado, el refugiado le motiva una persecución por motivos de raza, credo, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo..., la condición es declarada conforme a normas universales, no admite modalidad diplomática por lo que es necesario cruzar la frontera, se encuentra protegido por el principio de no devolución por lo que no pueden ser devueltos o extraditados.”

En Latinoamérica, la primera legislación que introdujo la división de las categorías de protección fue la panameña¹¹, a través de la figura de “necesitados de protección temporal” lo que nos permite ver

⁶ GRAHL-MADSEN, Atle (1966): *The Status of Refugees under International Law* (Leiden, A.W. Stijhoff) p.145.

⁷ GROSS ESPIELL, Héctor (1992): *Compilación de Instrumentos Jurídicos interamericanos relativos al Asilo diplomático, Asilo Territorial, extradición y temas conexos*. p. 73.

⁸ LARA, Salvador (1982) : *Asilo y protección internacional de los refugiados en América Latina*. p. 52.

⁹ KOURULA, Pirkko (1997): *Broadening the Edges: Refugee Definition and International Protection Revised* (Boston/Londres/La Haya, Martinus Nijhoff) p. 67.

¹⁰ DU BLANC, Gianelli (1999) : *El asilo y la protección de los refugiados en América Latina. Estudio comparativo de las legislaciones nacionales*, p. 147.

¹¹ PANAMÁ, Ley No. 43 de 1958 “Por la cual se adopta la Convención sobre Asilo Territorial”.

de manera práctica que existen diferenciaciones entre dos grupos de personas que solicitan la protección internacional de un Estado probablemente por los mismos motivos, la diferencia es el cargo o título que una de esas personas ostenta.

El autor Leonardo Franco plantea que las posibles causas de la confusión terminológica podrían ser:

- A) La consideración de la tradición de asilo latinoamericano como un fenómeno autónomo;
- B) El uso terminológico indistinto que se hace de “asilo” y “refugio” en la normativa latinoamericana sobre asilo territorial y asilo diplomático;
- C) El desprestigio creciente de la práctica del asilo latinoamericano por concesiones que favorecen la impunidad, la consiguiente percepción de necesidad de diferenciarla del sistema universal;
- D) La conveniencia de políticas oficiales de mantener un régimen discrecional de concesión del asilo;
- E) Los nuevos fenómenos de refugiados y su diferenciación social, económica y política respecto de los tradicionales asilados políticos;
- F) La influencia de la legislación española, que hacía distinción entre “asilo” y refugio¹²

La diferenciación entre ambas figuras pudiera crear algún tipo de privilegio, otorgando a aquel segmento de políticos públicamente conocidos, una salvaguarda e impidiendo a todo aquel que no lo sea a acceder a esta figura jurídica de protección. Esta situación crea una serie de desventajas que favorecen el debilitamiento del Sistema Interamericano y la protección de la vida humana.

También menciona las siguientes desventajas¹³:

- A) El hecho de que en éste se enfatizan desproporcionalmente los derechos y la discrecionalidad de los Estados en detrimento de los derechos de las personas que necesitan protección internacional;
- B) La aplicación del derecho de asilo de forma elitista, favoreciendo a personalidades conocidas en el ámbito político y, consecuentemente, perjudicando a personas anónimas que también necesitan justificadamente protección internacional;
- C) Que el Sistema Interamericano de asilo no había elaborado normas de tratamiento que delimitaran el contenido de los derechos de los que se consideraran asilados.

Nuestra investigación tiene como propósito el de fortalecer la protección de los refugiados y asilados en América Latina, y, para ello, estimamos que debemos alertar sobre el riesgo que entraña la situación descrita, al tiempo que se considera conveniente realizar un examen detenido de las cuestiones problemáticas.

Tomando en consideración que, en estos casos, el fin último del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario es promover el marco normativo que inste a los Estados a brindar la protección internacional a toda persona que su libertad o vida peligre por una amenaza real o inminente y es necesario emprender un esfuerzo para remediar esta dualidad de significados que dan pie a violaciones de sus derechos.

¹² ESPAÑA, Ley 5/1984 de 1984. “Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Regulado”.

¹³ FRANCO (2004) p. 323.

2. Principales problemáticas que motivan el desplazamiento forzoso en la región latinoamericana

Desde mucho antes que comenzara el proceso de descolonización, América Latina ya practicaba la protección internacional. Desde aquella época, la región ha reconocido que existen situaciones que pudieran poner en peligro la libertad o vida de una persona y que esta pudiera encontrarse en una condición de desventaja frente a una autoridad superior por lo que necesitaría la intervención de un tercer Estado u autoridad que garantizara su integridad.

Es por esto, que nos resulta relevante estudiar los motivos por los cuáles las poblaciones latinoamericanas se han visto en la necesidad de desplazarse de manera forzosa, lo que ha constituido una población de refugiados o asilados en la región. Estos desplazamientos han sido promovidos, a lo largo de la historia, por situaciones de distinta naturaleza como lo son: crisis económicas, humanitarias y desastres naturales, crisis políticas y de violencia organizada que resulta para nosotros importante puntualizar.

a. Las crisis económicas

Estas pueden ser consecuencia de situaciones como: dependencia económica, mala administración de fondos públicos por parte del Estado, poca inversión privada o extranjera, desempleo, monopolios, falta de normativas eficaces o poca recaudación de tributos.

Los gobiernos, al desarrollar una política fiscal expansiva, donde se aumenta el gasto público sin tomar en consideración las repercusiones como la alta inflación o el déficit público o cerrándose al comercio, poniendo en práctica medidas proteccionistas, han contribuido a la creación de crisis económicas en la región latinoamericana.

Estas crisis han sido visualizadas en ejemplos recientes como el de Venezuela. Dicho fenómeno ha ocasionado que la población, ante la escasez de insumos necesarios para la supervivencia, la alta tasa de desempleo e inflación y la ineficiencia de la administración pública, se ha visto en la necesidad de migrar, como refugiados en la búsqueda de mejores condiciones.

El reciente informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁴, relacionado con la situación en Venezuela, estableció que: “a pesar de que el Gobierno ha decretado varios aumentos en el salario mínimo, su poder adquisitivo ha disminuido hasta el punto de que ya no se lo puede considerar como un salario de subsistencia... las personas entrevistadas por el ACNUDH manifestaron su preocupación respecto de que los ingresos mensuales de sus familias eran insuficientes para cubrir sus necesidades básicas y que solo daban para adquirir aproximadamente cuatro días de comidas por mes... el desvío de recursos, la corrupción y la falta de

¹⁴ ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Informe de mayo del 2019.

mantenimiento en la infraestructura pública, así como la subversión, han tenido como resultado violaciones al derecho a un nivel adecuado de vida, entre otros, debido al deterioro de servicios básicos como el transporte público y el acceso a electricidad, agua y gas natural.

b. Las crisis humanitarias y desastres naturales

Las crisis de carácter humanitario podrían estar vinculadas a las económicas considerando que una situación de hiperinflación podría llevar a que la población no pueda acceder a los insumos básicos o medidas proteccionistas ante el comercio internacional podrían llevar a la escasez. En ambos supuestos, la sociedad podría estar en riesgo de seguridad alimentaria y los obligaría a migrar como refugiados.

Por otro lado, los desastres ocasionados por la naturaleza producto del cambio climático o calentamiento global también guardan relación con el desplazamiento de la población por tener la capacidad de efectuar daños materiales graves, muchos que pudieran ser irremediables como es el ejemplo reciente de la erupción del Volcán de Agua en Antigua, Guatemala.

En el caso de Venezuela, la Comisión interamericana de los Derechos Humanos, ha manifestado que las crisis humanitarias representan uno de los principales elementos que motivan el desplazamiento forzoso de la población. Citamos:

“La CIDH considera que las violaciones masivas a los derechos humanos, así como la grave crisis alimentaria y sanitaria que viene enfrentando Venezuela como consecuencia de la escasez de alimentos y medicamentos, también ha conllevado al crecimiento exponencial de cientos de miles de personas venezolanas que se han visto forzadas a migrar hacia otros países de la región en los últimos años... La grave crisis alimentaria y sanitaria ha impactado en especial a grupos en situación de exclusión y discriminación histórica, como niños, niñas y adolescentes, mujeres, personas mayores, pueblos indígenas y afrodescendientes, personas con discapacidad, personas con enfermedades y personas en situación de pobreza”¹⁵

Por otro lado, en su visita a Venezuela, la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, destacó que el derecho a la alimentación y a la salud impactaban directamente la vida de los venezolanos¹⁶, llevándolos a escapar a los países vecinos. En su informe mencionó que:

“El Gobierno no ha demostrado que ha utilizado todos los recursos disponibles para garantizar la realización progresiva del derecho a la alimentación, ni tampoco hubiere buscado, sin éxito, asistencia internacional para abordar dichas deficiencias... las personas entrevistadas constantemente refirieron una falta de acceso a alimentos, debido tanto a la escasez como a los precios inasequibles. La disponibilidad de suficiente comida de calidad es deficiente, y los entrevistados dijeron que comían una vez, o como mucho dos veces al día y que consumían pocas proteínas o vitaminas. La falta de acceso a alimentos tiene un impacto especialmente adverso en las mujeres que son

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 2/18 de marzo del 2018.

¹⁶ ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, informe de mayo del 2019.

principalmente encargadas y/o jefas de familia, quienes se ven obligadas a dedicar un promedio de 10 horas al día en hacer filas para obtener comidas.”

Sobre la deficiente capacidad del Estado de garantizar el derecho a la salud, mencionó que: “...la situación es grave. Las personas entrevistadas describieron consistentemente una infraestructura de la atención a la salud que lleva años deteriorándose y que se caracteriza por el éxodo de doctores/as y personal de enfermería, así como por graves carencias en la atención médica básica y de medicamentos. Las familias de los/as pacientes tienen que suministrar todos los productos de primera necesidad, entre otros, agua, guantes y jeringuillas. Se ha informado de carencias del 60 al 100 por ciento de los fármacos esenciales en cuatro de las principales ciudades de Venezuela, incluyendo Caracas... así mismo, enfermedades que anteriormente estaban controladas y habían sido erradicadas, entre ellas enfermedades evitables con vacunas como sarampión y difteria, han reaparecido.”¹⁷

c. Las crisis políticas

Son las más comunes cuando nos referimos a motivos que ocasionan la solicitud de asilo o refugio en Latinoamérica y fue lo que incentivó -históricamente- a la creación de las instituciones en la región.

Crisis que pudieran ocasionarse por una mala administración de la cosa pública, el autoritarismo, concentración del poder y la poca inclusión o intolerancia en la sociedad. Estos elementos usualmente llevan a manifestaciones, caravanas o piqueteos por parte de la oposición que ocasionaría brotes de violencia y persecución que motivaría a la población a desplazarse tal como sucedió en Chile y Argentina en la década de los 1970.

La Comisión Interamericana ha hecho referencia a la persecución política como uno de los motivos principales para el desplazamiento de venezolanos, cuando destacó que: “observa que un gran número de personas venezolanas se han visto forzadas a huir de Venezuela como consecuencia de violaciones a derechos humanos, la violencia e inseguridad, y la persecución por opiniones políticas.”¹⁸

Por su lado, la Alta Comisionada de Naciones Unidas estableció en su ya referido informe que: “durante al menos una década, el Gobierno, así como las instituciones controladas por el Gobierno han aplicado leyes y políticas que han acelerado la erosión del estado de derecho y el desmantelamiento de las instituciones democráticas, incluyendo la Asamblea Nacional. Estas medidas tienen como objetivo neutralizar, reprimir y criminalizar a opositores/as políticas y críticas del Gobierno. Esta tendencia se ha aumentado desde 2016, después de que la oposición ganara la mayoría de los escaños de la Asamblea Nacional, lo cual llevó a un incremento de la represión

¹⁷ ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Informe de mayo del 2019.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 2/18 de marzo del 2018.

selectiva de la oposición política y a una restricción incesante del de por si limitado espacio democrático.”¹⁹

d. La violencia organizada

Este fue el motivo del desplazamiento de la población centroamericana durante la década de los 80's producto de la violencia protagonizada por los grupos de crimen organizados o “maras” que representaban un actor preponderante en la realidad social.

Ante las políticas ineficaces en materia de seguridad, grupos poblacionales provenientes de países como Guatemala, Honduras y El Salvador se vieron obligados a migrar a otros países - principalmente Estados Unidos y Sudamérica- para escapar de la realidad que afrontaban en su país de origen.

En cuanto a este motivo de desplazamiento, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos ha manifestado que: “las pandillas se han constituido como un motivo principal de temor para la sociedad en varios países de la región al percibirse como responsables de la comisión de una proporción de violencia y el delito... el surgimiento de pandillas guarda estrecha relación con las condiciones socioeconómicas de los que la conforman, los contextos de violencia en los que crecen, y la vulneración de derechos y la exclusión en la que viven...en el presente las maras y pandillas constituyen un problema importante de seguridad en Guatemala, El Salvador y Honduras. En Belice existe evidencia de que pandillas o maras centroamericanas de perfil delictivo podrían sumarse a aquellas que ya operan en el país y reforzarse la captación de jóvenes; así mismo existe preocupación por el incremento del fenómeno en Panamá. En el Caribe, las “street gangs” de carácter violento representan también un importante problema de seguridad y violencia.”²⁰

II. Marco normativo y doctrinal

Así como ya hemos mencionado, la protección internacional en América Latina se ha otorgado desde el siglo XVI y existen ejemplos que sustentan esto. Sin embargo, es importante destacar que fue hasta finales del siglo XIX que comenzó a regularse de manera positiva en la Conferencia de Derecho Internacional Privado celebrada en Montevideo en 1889.

De igual forma, haber reconocido el asilo y refugio de manera positiva en esa época, sigue constituyendo a la región como pionera. Particularmente por esto, nos resulta relevante analizar la evolución histórica de ambas figuras para identificar el motivo de su creación, la esencia que debe inspirarla y contrastarlo con la aplicación contemporánea.

Al incluir también su evolución internacional, podremos visualizar el desarrollo casi paralelo que tuvo en otras regiones y distintas particularidades. De esta manera, tener una óptica más amplia sobre la protección internacional.

¹⁹ ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, informe de mayo del 2019.

²⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, informe sobre Violencia, niñez y crimen organizado de la CIDH (noviembre del 2015).

1. Creación y evolución

a. *Internacionalmente*²¹

La etimología de la palabra que hoy utilizamos se remonta al vocablo griego “asylos” que significa “sitio inviolable”. También podemos destacar los antecedentes dentro de la religión cristiana. Esta comenzó a aceptar asilados en los primeros templos, al tiempo que se convertía en la religión oficial del Imperio Romano. La población tenía respeto a la investidura del sacerdote que ejercía como intercesor y luego también era relevante la inviolabilidad del carácter sagrado del recinto (iglesias, conventos, cementerios). Esto podría conocerse como asilo canónico o eclesiástico.

El asilo diplomático o extraterritorial aparece con el nacimiento de las naciones-estados y el desarrollo de la diplomacia permanente en el Continente Europeo durante los siglos XV y XVI, producto del asentamiento de embajadas y la concesión de privilegios personales a los embajadores, quienes desde ese momento gozaron de derechos como la inviolabilidad de su propiedad. Este privilegio se formalizó en el Congreso de Westfalia de 1648.

Tras las desastrosas consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció un Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Tal como lo establecen sus documentos constitutivos, el mandato de ACNUR es proteger y buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados.

Sus actividades se fundan en un conjunto de normas e instrumentos internacionales, que incluye la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los cuatro Convenios de Ginebra (1949) sobre el Derecho Internacional Humanitario, así como la multitud de tratados y declaraciones internacionales y regionales, vinculantes y no vinculantes, que abordan específicamente las necesidades de los refugiados.

b. *En América Latina*

Tal como lo señaló Colombia en sus alegatos en el Caso de Asilo (Colombia vs. Perú) ante la Corte Internacional de Justicia²², la institución del asilo en América nació como resultado de la coexistencia de dos fenómenos: el poder de los principios democráticos, del respeto al individuo y a la libertad de pensamiento; y por otro, a la frecuencia inusual de revoluciones y luchas armadas que pusieron en peligro la seguridad y la vida de las personas del bando perdedor.

Podríamos marcar como hito la Revolución Francesa, donde existe una evolución de las instituciones en América Latina y que inspira la independencia de varios países y que motivó la celebración de varias convenciones como no hay en otras regiones como la de 1823 donde se pacta el Acuerdo de Extradición entre México y Colombia²³.

²¹ GOODWIN-GILL, Guy (1996): *The Refugee in International Law* (Oxford, Oxford Scholarly Authorities on International Law) p. 217.

²² Caso Colombia v. Perú (1950).

²³ TORRES GIGENA, Carlos (1998): *Asilo Diplomático. Su práctica y teoría*. p. 366.

Las Conferencias de Lima²⁴, celebradas en 1867, constituyeron la primera oportunidad en que “se trató de reglamentar el derecho de asilo de manera positiva”, puesto que hasta el momento sólo regía de manera consuetudinaria. Varios años más tarde, el 23 de enero de 1889, se celebra el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, desarrollado en Montevideo producto de dos incidentes relacionados con el asilo diplomático, primero el de un General peruano en mayo de 1865 en la embajada de los EEUU en Perú y segundo como con la protección brindada a un grupo de peruanos asilados con el encargado de negocios en funciones de Francia en Perú lo cual dejó en evidencia la necesidad de adoptar normas comunes. Actualmente, es considerado uno de los instrumentos que marcaron precedente en esta materia y nos da luces que América Latina posee una amplia tradición en materia de asilo.

América Latina ha desarrollado varios instrumentos en el siglo XX y XXI, de los que podemos destacar las Convenciones sobre Asilo diplomático y Asilo Territorial, ambas adoptadas el 28 de marzo de 1954 en Caracas, Venezuela. Fueron constituidas luego de la sentencia proferida por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) el 20 de noviembre de 1950 (Caso de Asilo, Colombia vs. Perú) con motivo del asilo otorgado en la embajada de Colombia en el Perú al señor Víctor Haya de la Torre y estas convenciones representaron una actualización de las normativas toda vez que la CIJ había desarrollado una regulación precisa y concreta sobre varios aspectos relevantes que no se encontraban incluidos dentro de la legislación Latinoamericana y a su vez, constituye el documento vigente utilizado en el Sistema Interamericano²⁵.

Además de esto, podemos agregar que actualmente organismos como la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos constituidos mediante la Convención Americana de los Derechos Humanos, o Pacto de San José de 1969 son los encargados de dictar directrices, emitir informes situacionales, dirimir conflictos y absolver dudas dentro del espacio latinoamericano.

2. Principales instrumentos internacionales en materia de Asilo y Refugio

a. *Derecho Internacional Humanitario*

Al abordar el refugio, debemos referirnos de manera obligatoria al Estatuto del Refugiado del año 1951²⁶ como régimen de protección universal. Este documento -como señalamos con anterioridad- fue aprobado en Naciones Unidas como fruto de un esfuerzo de los Estados Miembros para atender a todos los refugiados producto de las atrocidades y crímenes masivos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial en Europa. Es por esto por lo que, hace un énfasis especial en el principio de no devolución. El Protocolo de 1967²⁷ eliminó las restricciones geográficas y temporales que había limitado el primer texto aplicable solo a personas en dicha situación.

²⁴ CONFERENCIAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL SISTEMA, Lima (1867).

²⁵ ALFONSÍN, Quintín (2001): *Naturaleza del derecho al asilo diplomático*, p. 274.

²⁶ CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE GINEBRA (1951).

²⁷ PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE Ginebra (1967).

Dentro del contenido podemos destacar que este documento ha servido de marco normativo para el desarrollo de doctrina y otros instrumentos de protección a los derechos humanos. El mismo define refugio, la protección bajo el principio de no devolución y establece un catálogo de derechos inviolables como lo son: el acceso a los tribunales (artículo 16), el empleo remunerado (artículo 17), trabajo por cuenta propia (artículo 18), gravámenes fiscales (artículo 29), entre otros. Tiene el fin de que los Estados receptores adopten las medidas pertinentes.

De manera posterior, en la región latinoamericana fue adoptada la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados en el marco de una conferencia especial realizado por ACNUR, en noviembre de 1984, en Cartagena de Indias, Colombia. Este documento amplió el ámbito de aplicación para incluir a personas que se ven forzados a abandonar sus hogares porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que perturben de manera sostenida y persistente el orden público.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-21/14²⁸ destacó que la ampliación de la definición de refugiado responde no solo a las dinámicas de desplazamiento forzado que la originaron, sino que también satisface los desafíos de protección que derivan de otros patrones de desplazamientos que suceden en la actualidad.

La Corte le ha dado un gran valor al Estatuto de los Refugiados, considerándolo como parte íntegra de los instrumentos internacionales de la región Latinoamericana y vinculándolo con la Convención Americana de los Derechos Humanos en casos como Caso de la Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia²⁹ y la Opinión Consultiva citada ut supra. este valor ha sido reafirmado por los Estados del Continente americano en la Declaración y Plan de Acción de Brasil del 2014 donde expresaron:

“Reconocemos los desarrollos de la jurisprudencia y la doctrina de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en los países en que se aplican, respecto del contenido y alcance del derecho a solicitar y recibir asilo incluido en los instrumentos regionales de derechos humanos, su vinculación con los instrumentos internacionales sobre los refugiados, el carácter *ius cogens* del principio de no devolución, incluyendo el no rechazo en frontera y devolución indirecta, y la integración de las normas de debido proceso en los procedimientos de determinación de la condición del refugiado para que estos sean justos y eficientes.”

Podemos destacar algunos otros instrumentos que forman parte íntegra del marco normativo que se ha desarrollado en la región como lo es la Conferencia Internacional sobre los Refugiados, de Guatemala (1989), Declaración de san José sobre los Refugiados (1994), Declaración de Tlatelolco sobre Acciones Prácticas en el derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe (1999) por mencionar algunas.

²⁸ DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL (2014): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-21/14.

²⁹ Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado de Bolivia (2013).

b. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El derecho al asilo posee importantes marcos normativos sobre todo en América Latina. Con el surgimiento de los distintos instrumentos internacionales donde se expresaba el catálogo de derechos humanos, fue la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 el primer instrumento internacional que incluyó el derecho de asilo en su artículo XXVII. Unos meses después, fue incluido dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 14, a iniciativa del bloque latinoamericano.³⁰

La diferencia entre un documento y el otro es que la frase “recibir asilo” fue cambiada por “buscar asilo y disfrutar de él” debido a la resistencia de algunos países por sugerir que el Estado se encontraba en la obligación de otorgar dicha protección conforme a todas las normas establecidas en los instrumentos internacionales. Al darle otra redacción, le brindó a los Estados la facultad de establecer su legislación interna en cuanto al recibimiento de personas en esta condición.

Al hablar de marco normativo, debemos referirnos a la Convención de Asilo de la Habana (1928), la Convención de Asilo Territorial de Montevideo (1933), la Convención de Caracas sobre el Asilo Diplomático y Asilo Territorial, aunado a los Casos y fallos emblemáticos tanto de la Corte Internacional de Justicia como de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, así como las opiniones consultivas. Todos estos conforman lo que llamamos hoy “la tradición de asilo” en América Latina y han ayudado al desarrollo de doctrina y marco regulatorio que serviría a los Estados a adoptar las medidas necesarias para el respeto de los derechos de aquellas personas que solicitan asilo.

Es importante destacar que estos convenios otorgan al Estado la facultad de aceptar o no el asilo, bajo sus propias regulaciones pero a su vez establece que no podrá devolverlo al país de origen, lo que pudiera representar una desventaja para aquella persona que huye de una situación grave, además, abre espacio a que dicha persona entre en un estatus de limbo jurídico y desprotección, al establecer el artículo 27 de la Convención de Caracas sobre asilo Diplomático, que “efectuada la salida del asilado, el Estado asilante no está obligado a radicarlo en su territorio; pero no podrá devolverlo a su país de origen sino cuando concurra voluntad expresa del asilado.”

Al hablar sobre asilo en América Latina, debemos referirnos a Asilo Territorial o Asilo Diplomático. Tal diferenciación fue desarrollada durante la firma de las Convenciones de Caracas sobre el Asilo Diplomático y Asilo Territorial, que representan dos documentos complementarios pero diversos. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha definido ambas instituciones en su reciente Opinión Consultiva OC/25-18 de mayo del 2018³¹ y que citamos a continuación:

I) Asilo territorial: consiste en la protección que un Estado brinda en su territorio a las personas nacionales o residentes habituales de otro Estado en donde son perseguidas por motivos políticos, por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como

³⁰ PIZA ESCALANTE, Rodolfo, y CISNEROS SÁNCHEZ, Máximo (1982): Algunas ideas sobre la incorporación del Derecho de Asilo y de Refugio al Sistema Interamericano, p. 392.

³¹ LA INSTITUCIÓN DEL ASILO Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO HUMANO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN (2018) Opinión Consultiva OC25/18.

delitos políticos o comunes conexos. El asilo territorial se encuentra intrínsecamente relacionado con la prohibición de extradición por delitos políticos o comunes cometidos con fines políticos.

II) Asilo diplomático: consiste en la protección que un Estado brinda en sus legaciones, navíos de guerra, aeronaves militares y campamentos, a las personas nacionales o residentes habituales de otro Estado en donde son perseguidas por motivos políticos, por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos o comunes conexos.

En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos fue incluido a través de la incorporación del artículo 22, numeral 7 de la Convención Americana. No se encontraba en el proyecto inicial, pero fue incluido a petición de Colombia y posteriormente fue aprobado por los Estados miembros. Este instrumento de derechos humanos no desarrolla de manera minuciosa o reglamentaria de todo lo que el derecho implica por lo que remite a la legislación interna de cada Estado y ha sido en las sentencias donde la Corte, como parte íntegra del Sistema Interamericano, ha desarrollado el derecho, como en su reciente opinión consultiva OC-25/2018 realizada por el Estado de Ecuador.

3. Principios³²

A la luz del Estatuto de los Refugiados de Ginebra, de 1951 y su Protocolo de 1967 como principales instrumentos universales de protección a aquellas personas que cumplen con las condiciones antes mencionadas, podemos destacar los siguientes principios regulatorios:

- I) Obligación de no devolver (non- refoulement) y su aplicación extraterritorial;
- II) Obligación de permitir la solicitud de asilo y de no rechazar en frontera;
- III) Obligación de no penalizar o sancionar por ingreso o presencia irregular y de no detención;
- IV) Obligación de brindar acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado;
- V) Obligación de asegurar las garantías mínimas de debido proceso en procedimientos justos y eficientes para determinar la condición o estatuto de refugiado;
- VI) Obligación de adaptar los procedimientos a las necesidades específicas de las niñas, niños y adolescentes;
- VII) Obligación de otorgar la protección internacional si se satisface la definición de refugiado y asegurar el mantenimiento y continuidad del estatuto de refugiado;
- VIII) Obligación de interpretar de forma restrictiva las cláusulas de exclusión, y
- IX) Obligación de brindar acceso a derechos en igualdad de condiciones bajo el estatuto de refugiado.

Debemos agregar que fallos de la Corte Interamericana³³ ha desarrollado doctrina sobre los principios que deben respetarse y las prohibiciones de hechos en los que no debería incurrir un Estado Miembro. Estos son:

- A) Prohibición de expulsión de los nacionales y el derecho a ingresar al propio país;

³² CONVENCION Y PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE GINEBRA DE 1951 y 1967 respectivamente.

³³ Caso del Comité Haitiano de Derechos Humanos vs. Estados Unidos, (1997); Caso Wong Ho Wing vs. Perú (2015); Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (2014).

- B). Límites a la expulsión de los extranjeros;
- C) Prohibición de Expulsión Masiva de Extranjeros.

4. Requisitos Procedimentales

Como hemos mencionado, para que una o un grupo de personas soliciten asilo o refugio, debe producirse una situación de violencia o amenaza de violencia que pudiera afectar de manera directa la vida de la persona que lo solicita³⁴.

El refugio debería otorgarse bajo las formas que establece el Estatuto de Roma y los otros instrumentos que hemos citado ut supra, siempre que se ocasionen situaciones en el país de origen que pudieran afectar o que actualmente afecta a la persona como los distintos elementos que hemos mencionado: las crisis económicas, humanitarias o desastres naturales, políticas, de crimen organizado o cualquier otra.

Los instrumentos a los que hemos hecho alusión no establecen directrices específicas³⁵ sobre cuáles son los pasos para seguir al momento de recibir a aquellas personas que provienen de una situación de amenaza a su vida, sin embargo, a la luz del artículo 31 y 32 del Estatuto de los Refugiados, podemos analizar que establecen importantes limitantes a los Estados receptores y que pasaremos a analizar a continuación.

El artículo 31 establece que los Estados no podrán imponer sanciones penales por causa de entrada o presencia de personas que vienen escapando de una situación de violencia y se encuentren dentro del territorio del Estado receptor sin autorización. Además, que el Estado deberá concederle al refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para su admisión en otro país. Esto nos da la oportunidad de entender el proceso de llegada de la persona refugiada. Por el carácter humanitario de la institución, el Estado posee una mayor obligación de recibir a estas personas y no devolverlas a su país de origen u expulsarlos a cualquier otro sin que exista otro Estado receptor que acceda.

También el artículo 32 nutre los requisitos que el Estado debe cumplir como es la prohibición de expulsión. Dicha disposición establece que “la expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional...” Lo que apela a la discrecionalidad del Estado y sus normas que pudieran favorecer o no al refugiado. Sin embargo, más adelante establece que el refugiado deberá tener la oportunidad de presentar pruebas, formular recurso de apelación y hacerse representar ante una autoridad competente lo que significa que deberá ser mediante un proceso previamente establecido y no de manera arbitraria. El Estado deberá garantizar al refugiado un plazo razonable para que éste pueda gestionar su admisión legal en otro país.

³⁴ CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, Ginebra (1951).

³⁵ CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE GINEBRA, Ginebra (1951) y la CONVENCION SOBRE ASILO DIPLOMATICO Y TERRITORIAL, Caracas (1954).

En el Coloquio, celebrado en Cartagena, en 1984³⁶, los Estados latinoamericanos en la cláusula cuarta ratificaron la naturaleza pacífica, apolítica y exclusivamente humanitaria que debe tener el reconocimiento de la condición de refugiado e instó a los participantes a crear las políticas necesarias para la inclusión de esas personas a la sociedad. Aportando a la doctrina con un compromiso más reconociendo la no discriminación del que debe gozar todo el proceso donde el Estado receptor recibe a aquellas personas que se encuentran en esta situación lamentable.

Por otro lado, el asilo es mucho más restrictivo al momento de otorgarse, vinculándolo sobre todo con persecuciones de carácter político que pudieran atentarse contra la vida del solicitante se encuentra establecido en el artículo 6 de la Convención de Caracas sobre el Asilo Diplomático (1954) que expresa:

“Se entienden como casos de urgencia, entre otros, aquellos en que el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades, o por las autoridades mismas, así como cuando se encuentre en peligro de ser privado de su vida o de su libertad por razones de persecución política y no pueda, sin riesgo, ponerse de otra manera en seguridad.”

Las Convenciones de Caracas sobre el Asilo Diplomático y Asilo Territorial representan los principales instrumentos internacionales de la región latinoamericana que nos dan luces al procedimiento y directrices que deben seguir los Estados signatarios.

En el caso de la Convención de Caracas sobre el Asilo Diplomático, el artículo 5 establece que “el asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencias y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado salga del país con las seguridades otorgadas por el gobierno del Estado territorial...” sugiriendo que el asilo se otorga por un plazo o tiempo determinado de manera unilateral por el Estado, valorando la importancia de que sea el tiempo prudente para que se superen los riesgos a la vida, libertad o integridad personal del solicitante.

Esta Convención señala en su artículo 3, la responsabilidad del Estado signatario de excluir a aquellas personas que al momento de solicitar la protección se encuentren inculpadas o procesadas ante los tribunales ordinarios con relación a delitos comunes, o que estén condenadas y no hayan cumplido con las penas respectivas. Procedimentalmente, estas personas deberán ser invitadas a retirarse o entregadas al gobierno local que no podrá juzgarlas por delitos políticos anteriores al momento de la entrega.

En su artículo 17, la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático menciona que una vez se realiza la salida del asilado del territorio del Estado donde corre peligro, el Estado que otorgó el asilo no está obligado a radicarlo en su territorio, sin embargo, no podrá devolverlo a su país de origen sin previa autorización del asilado, disposición que nos parece garantiza la protección del asilado y establece la responsabilidad del Estado asilante, desde el momento que acepta la solicitud, de tutelar todos los derechos inherentes del asilado.

Por su lado, la Convención de Caracas sobre el asilo territorial, menciona en su artículo 2 que, al momento de conceder el asilo, deberá brindar las mismas condiciones que a sus habitantes, sin

³⁶ DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE LOS REFUGIADOS, Cartagena (1984).

ninguna restricción. Dichas persona o grupo, sobre todo aquellos que fueron notoriamente dirigentes de un movimiento subversivo podrá ser ubicado con una distancia prudencial de las fronteras (artículo 9), lo que para nosotros representa una protección adicional para que estas no sufran de posibles ataques de Estados vecinos que pudiera ser el perpetrador, patrocinador o aliado. En el supuesto de que esta persona o grupo decidan salir del territorio del Estado asilante, podrá hacerlo siempre que le notifique al primero y que no se dirija a su país de procedencia (artículo 10). Al igual que la Convención de Asilo Diplomático, la de Asilo Territorial establece que la extradición no es procedente cuando se trate de personas que sean perseguidos por delitos políticos o por delitos comunes cometidos con fines políticos (artículo 4).

III. Principales retos del asilo y refugio en sistema interamericano de protección de los derechos humanos

El hecho de que desde hace varios siglos, América Latina reconozca la importancia de la protección y cooperación internacional para garantizar el goce una serie de derechos como la libertad y vida de la población, nos sugiere también que desde antes de la descolonización, existían situaciones que ponían a aquellas personas en situaciones desventajosas, donde una autoridad superior pudiera, de manera sistemática o utilizando el aparato gubernamental, atentar contra la persona, obligándolo a desplazarse de manera forzosa y solicitar la protección.

En este apartado desarrollaremos lo referente a todas aquellas situaciones que representen retos al Sistema Interamericano, es decir, que impida que el mismo sea fiscalizador y garante de los derechos consagrados en la Convención, y a su vez, que impide que aquellas personas que han sido víctimas tengan una reparación efectiva.

Al identificar los desafíos del Sistema, nos iremos encaminando a lo que buscamos con este trabajo de investigación: realizar conclusiones y recomendaciones que pudieran aportar a la “tradición latinoamericana” como doctrina y contribuir a hacer frente a los mismos.

1. Regímenes autoritarios

Desde sus inicios en la región, la protección internacional se ha otorgado a personas que escapan de una situación de peligro a su libertad o vida, principalmente promovida por un líder -o varios- que, mediante la utilización del aparato Estatal, buscan causar un daño a aquella persona que se opone a algo en determinado.

Este fue el caso de Juan Rodríguez Suárez, uno de los primeros registros de asilo (consuetudinario) otorgado en la región, donde en 1559, se le inició un proceso político y que a todas luces lo desfavorecería. Desde entonces, estos los que se pudieran considerar como los principales perpetradores de derechos humanos en la región.

Vemos los vivos ejemplos en el Estado de Venezuela y Nicaragua, donde los gobiernos han generado un espectro de violencia generalizada y brutal represión, llevándolos a perseguir a todo aquel que no esté de acuerdo con el régimen incluso hasta llevarlos a la muerte.

En el reciente informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos³⁷, se estableció que uno de los motivos que genera la crisis es provocada por: “las instituciones responsables de la protección de los derechos humanos, tales como la Fiscalía General, los/as jueces/as y la Defensoría del Pueblo, generalmente no llevan a cabo investigaciones prontas, efectivas, exhaustivas, independientes, imparciales y transparentes sobre violaciones de derechos humanos y otros crímenes cometidos por actores estatales, no llevan a las personas responsables ante la justicia, ni protegen a personas víctimas y testigos. Dicha inacción contribuye a la impunidad y la repetición de las violaciones... estas políticas van acompañadas de retórica pública, utilizada también por autoridades de alto rango, que desacredita y ataca de manera constante a quienes critican al Gobierno o se oponen a él. La oposición política, los/as activistas de derechos humanos y los/as periodistas, entre otros/as, son con frecuencia el blanco de los discursos que los tildan de traidores y agentes desestabilizadores. Los medios de comunicación progubernamentales difunden ampliamente esta retórica, por ejemplo, a través del programa televisivo semanal “Con el mazo dando” presentado por el Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente...”

La descripción vertida por la Alta Comisionada nos da luces de la concentración del poder dentro del sistema venezolano. Esta situación promueve un Estado donde no se garantiza el goce de derechos humanos fundamentales de la población, por ende, ignorando su responsabilidad como miembro del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.

Por otro lado, la OEA, ha manifestado³⁸ que: “la CIDH expresa su preocupación por el número alto de personas detenidas en el ejercicio del derecho a la protesta social, así como por la información que apunta a que dichas detenciones responderían a fines políticos y de represión contra manifestantes. A tal respecto, recuerda que las prohibiciones generales al ejercicio del derecho a participar en protestas pacíficas no pueden servir de fundamento para vigilar, detener y someter a procesos penales a manifestantes o líderes sociales por el solo hecho de expresar sus opiniones sobre una política o medida gubernamental...la CIDH ha recibido información sobre circunstancias que violarían los derechos de las personas detenidas. En la mayoría de los casos, no serían informados de las razones de su detención, sino hasta su presentación ante la autoridad judicial. Hasta ese momento no se le permitirían comunicarse con sus familiares o abogados. Se ha denunciado también casos de incomunicación y traslados arbitrarios entre centros de detención en horas de la madrugada y sin notificación previa. La Comisión también ha tomado conocimiento de casos en los que, a pesar de contar con una orden de excarcelación, las personas no serían liberadas. De igual forma, se ha denunciado que jueces impondrían como requisito de liberación fianzas garantizadas por uno o más fiadores, que prolongarían de manera innecesaria la detención.”

El extracto antes citado, sustenta nuestro punto de que los regímenes autoritarios representan uno de los retos del Sistema Interamericano. Sobre todo, por la imposibilidad de los mecanismos del sistema para hacer efectivo el cumplimiento de las disposiciones de los instrumentos de protección de los derechos humanos, como la propia Convención Americana. Al haber tal concentración del poder, no existen contrapesos ni oposición que pudiera exigir el cumplimiento de las obligaciones

³⁷ ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, informe de mayo del 2019.

³⁸ INFORME DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, informe de diciembre del 2017.

que el Estado ha adquirido. Por no existir un Estado de derecho, con una administración de justicia transparente e imparcial, se le dificulta a las víctimas agotar la vía interna. De igual forma, se les complica a los órganos que forman parte del Sistema ejercer acción si no existe una denuncia por la parte de los afectados.

2. Regímenes nacionalistas y/o Populistas

Son estos los que surgen con mayor frecuencia en la región, no sólo despertando el sentimiento de xenofobia en la población, que luego dificultará la integración de los refugiados y asilados dentro de la vida productiva del país, sino llevando a cabo acciones violatorias a las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Algunos ejemplos se materializan en casos como el Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana³⁹ donde la Comisión Interamericana destacó que: “una expulsión se torna colectiva cuando la decisión de expulsar no se basa en casos individuales sino en consideraciones de grupo, aunque el grupo en cuestión no sea numeroso”, haciendo un importante énfasis en que estas expulsiones habían sido basadas en discriminación de nacionalidad.

En su reciente Resolución 2/18⁴⁰, relacionada a la migración de personas venezolanas, la Comisión Interamericana de los derechos humanos destacó la preocupación del aumento de la xenofobia y la poca aceptación de los migrantes producto de los estigmas creados donde se les responsabiliza de los males de la sociedad. Compartimos un extracto:

“La CIDH también tiene información sobre graves prácticas xenófobas y discriminatorias en contra de personas venezolanas en países de tránsito y destino, entre las que destacan insultos, abusos de autoridades y particulares, extorsión, así como discursos que estigmatizan y criminalizan las personas venezolanas al culparlas de aumentar los índices de violencia en sus países y quitar empleos a los nacionales. Asimismo, como consecuencia de su situación de extrema vulnerabilidad y pobreza, muchas personas venezolanas se encuentran más expuestas a ser víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual, prostitución forzada, explotación laboral, servidumbre y prácticas análogas a la esclavitud, entre otras.”

3. Vacíos en los instrumentos de Protección de los Derechos Humanos

Al revisar los principales convenios de derechos humanos como lo son: la Convención Americana de los Derechos Humanos, la Declaración y Convención de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, notamos que existen disposiciones que podrían interpretarse en menoscabo de los derechos del asilado y refugiado -como en efecto pasa- sin importar que cada uno de ellos incluye una disposición relacionada a que los Estados no deberán interpretarse de tal forma. Desarrollaremos nuestras consideraciones abordando cada instrumento internacional en la secuencia en que las citamos.

³⁹ Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana (2014).

⁴⁰ MIGRACIÓN FORZADO DE PERSONAS VENEZOLANAS, Resolución 2/18 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, marzo del 2018.

En constancia de que los vacíos legales representan uno de los retos del Sistema Interamericano, la Comisión Interamericana destacó⁴¹ que: “observa que en el marco de la crisis de migración forzada que enfrentan las personas venezolanas, existen vacíos de protección para el goce efectivo de los derechos humanos de las personas. Entre ellas, preocupan a la CIDH prácticas tales como rechazos en frontera, expulsiones o deportaciones colectivas, la dificultad de muchas personas venezolanas para obtener pasaportes u otros documentos oficiales exigidos por algunos Estados para regularizarse o ingresar de forma regular a sus territorios, pagar los costos de las solicitudes de visas y el acceso igualitario a los derechos en los países de destino...Entre los múltiples desafíos que enfrentan las personas venezolanas al migrar, también se destacan los obstáculos para obtener protección internacional, la discriminación, las amenazas a su vida e integridad personal, la violencia sexual y de género, los abusos y explotación, la trata de personas, la desaparición de migrantes y refugiados, el hallazgo de fosas clandestinas en zonas fronterizas y rutas migratorias con restos que se presumen de personas venezolanas a falta de documentos de identidad...”

Es por esto, que nos interesamos en estudiar los principales instrumentos de derechos humanos que rigen el Sistema Interamericano. Como se ha establecido, los vacíos promueven que los Estados pudieran aplicar la protección internacional en detrimento de las personas que escapan de una situación donde su libertad o vida se encuentren en peligro.

Primero, la Convención Americana de los Derechos Humanos, en su artículo 22⁴², al referirse al derecho a circulación y residencia limita a que solo las personas que se hallen legalmente podrán circular por el territorio de un Estado. Además, que dicho derecho puede ser suspendido mediante una ley para proteger la seguridad nacional y el orden público, sugiriéndonos a la invocación de un estado de excepción y suspensión de garantías, posteriormente desarrollado en el artículo 27⁴³ del mismo documento.

Consideramos que estos dos puntos mencionados podrían abrir la puerta para interpretaciones arbitrarias y que impacten de manera negativa a aquella persona que se encuentre escapando de una situación lamentable. Estableciendo que sólo los que se encuentren legalmente podrán transitar, a nuestras luces, dificulta a que dichas personas entren al territorio, efectúen los trámites administrativos correspondientes y a su vez, que accedan a servicios básicos que muchas veces los campos de refugiados no poseen. Luego, la facultad de suspensión que le otorga la norma al Estado brinda la capacidad de hacerlo de manera antojadiza. Ambos puntos son materializados empíricamente con el ejemplo del Estado de Venezuela que decretó el cierre de fronteras con Colombia en 2015, con Brasil en diciembre de 2016, con Aruba, Curazao y Bonaire en enero de 2018, en virtud de la declaratoria de un estado de excepción que a su vez dificulta que los ciudadanos venezolanos salgan del territorio, soliciten y reciban asilo, refugio u otra protección complementaria.

Segundo, la Declaración de los Derechos del Niño, en su Principio 4, menciona que: “todo niño debe gozar de la seguridad social... tanto a él como a su madre, (incluyendo) cuidados especiales,

⁴¹ MIGRACIÓN FORZADO DE PERSONAS VENEZOLANAS, Resolución 2/18 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, marzo del 2018.

⁴² CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, San José (1969).

⁴³ Ídem.

incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados”⁴⁴ lo que muchas veces es difícil garantizar en la praxis, tomando en consideración los campos de refugiados en los que muchas veces son reclusos donde no tienen acceso a servicios básicos. Aplica el mismo análisis para el Principio 7 donde se declara que “el niño tiene derecho a recibir educación... y a llegar a ser un miembro útil de la sociedad.”⁴⁵ toda vez que dichos campos de refugiados impiden la integración de estas personas a la productividad del país.

Aunado a lo anterior, el Principio 6 establece que “salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse el niño de corta edad de su madre”⁴⁶ pero conocemos que no se ha podido consumir dicha práctica, y lo vemos en ejemplos como en el de la Caravana de Migrantes Centroamericanos hacia Estados Unidos de América donde se separan familias, incluyendo menores de edad, por políticas domésticas y le resulta difícil al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, ofrecer una respuesta efectiva para la protección de estos niños y niñas vulnerables.

Para ejemplificar, destacamos el Comunicado de Prensa⁴⁷ donde la Comisión Interamericana mencionó que: “durante los últimos años, ha venido observando el aumento de la migración de personas provenientes de El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, quienes buscan llegar a los Estados Unidos y, en menor medida, a México... la CIDH ha observado que, como respuesta a la situación, los Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos han venido implementando políticas y prácticas de manera conjunta en materia de migración y asilo, las cuales están teniendo impactos directos en los derechos humanos de los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados...la CIDH también ha recibido información sobre casos de separación de familias bajo el Programa “Quédate México” en los que los padres y/o madres permanecen en México, mientras que sus hijos son enviados a la Oficina de Reasentamiento de Refugiados (ORR) de los Estados Unidos de América. La CIDH reitera que el derecho a la no devolución establece la prohibición de expulsar o devolver a las personas a donde sus derechos a la vida, la integridad personal y a otros derechos humanos están en riesgo de violación...”

Notamos que, en la práctica, el principio de no separación familiar, consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño, no ha sido respetado. Con las crecientes caravanas de migrantes provenientes de Centroamérica, cientos de familias⁴⁸ han sido separadas. En este sentido, se le imposibilita, por un lado, a los Estados garantizar el goce de los derechos de la Convención, y por el otro, al Sistema Interamericano intervenir para reivindicar este derecho sin que exista una denuncia de las víctimas.

Tercero, la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 22 señala que: “Los Estados partes adoptarán las medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internos aplicables reciba... la protección y la asistencia humanitaria adecuada para el disfrute de los derechos

⁴⁴ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Nueva York (1989).

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Comunicado de Prensa 180/19 de la CIDH (julio del 2019).

⁴⁸ Comunicado de Prensa 180/19 de la CIDH (julio del 2019).

pertinentes... A tal efecto, los Estados parte colaborarán con Naciones Unidas... por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia.”⁴⁹

Notamos que esta disposición establece como fin último, en caso de que las familias sean separadas, que niño obtenga la información necesaria para localizar a los padres y reunirse con ellos y en la situación que sea imposible localizarlos, el Estado se encargará de su protección, haciendo especial énfasis en la palabra “localizarlos”. Este artículo no contempla la situación en que a los padres se le niega la protección y deben regresar a su país donde se encuentran amenazados.⁵⁰ De tal manera, el menor no podría reunirse con su familia sin correr el mismo riesgo a su integridad.

Cuarto, el Pacto de los Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene en su artículo 2, numeral 3, que: “Los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.”⁵¹ entre los derechos reconocidos: condiciones de trabajo equitativos y satisfactorios, un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie, condiciones de existencia dignas para ellos y sus familias, el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas... (artículo 7), lo que causa preocupación al momento de interpretar.

Dicha disposición brinda la capacidad a aquellos países en vías de desarrollo, como lo son todos los Estados miembros sujetos al Sistema Interamericano, a eximirse de la responsabilidad de garantizar a extranjeros (para los efectos del presente trabajo de investigación, asilados y refugiados) derechos laborales, aceptados en el Pacto y que representan condiciones mínimas de todo trabajador. El Pacto no pasa a definir que aquellos exentos deben sustentar y ahondar en los motivos.

Por último, dentro de nuestro análisis también nos remitimos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente en su artículo 13 donde establece que: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte... sólo podrá ser expulsado de él en el cumplimiento de una decisión adoptada mediante ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello...”⁵² que para nosotros, primeramente, señala que los que se encuentren legalmente deben ser expulsados conforme a los procedimientos legales de lugar y respetando sus garantías judiciales, sugiriendo que aquellos que no tengan condición “legal” por mantenerse en un trámite de refugio o asilo, sí pueden ser devueltos sin agotar la vía legal toda vez que no contempla el Estatuto de los Refugiados y el principio de no devolución. Además, una vez más brinda la facultad al Estado de devolverlos por alegar el mantenimiento de la seguridad y el orden público sin instar a que los mismos notifiquen formalmente cuáles son.

⁴⁹ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Nueva York (1989).

⁵⁰ Comunicado de Prensa 180/19 de la CIDH (julio del 2019).

⁵¹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Nueva York (1976).

⁵² PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Nueva York (1976).

4. Impunidad

Según la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, podemos definir impunidad como: “la inexistencia, de hecho, o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.”

⁵³

La protección internacional ha sido utilizada en reiteradas ocasiones como medio para evadir la justicia del Estado territorial y protegerse de un posible proceso judicial desfavorable, más no porque su libertad o vida se encuentren amenazadas.

Por ejemplo, datos relevaron que: “88% de los peruanos que se consideran informados sobre el caso de Alan García cree que el expresidente peruano solicitó asilo político en Uruguay para evadir a la Justicia, y apenas un 9% defendió su derecho por ser un perseguido político. Además, 92% de los encuestados está de acuerdo con la decisión que tomó el Gobierno uruguayo de rechazar el pedido del exmandatario.” ⁵⁴

Esta encuesta se realizó bajo la muestra de 1,316 personas y reafirma nuestra posición de que existe una percepción generalizada enfocada a argumentar que la protección internacional ha sido utilizada para la evasión de la justicia.

Por otro lado, la deficiencia de la administración de justicia, propiciando la impunidad de aquellos que cometen violaciones de los derechos humanos, representan un reto del Sistema Interamericano. ACNUR ha establecido que: “en determinadas situaciones, puede existir un nexo causal entre la carencia o deficiencia de justicia y seguridad como derechos fundamentales de todos los individuos, y la subsecuente persecución o amenaza de persecución y la necesidad de protección internacional. En efecto, la impunidad y la inseguridad son factores destabilizadores del Estado de derecho, y pueden contribuir a generar desplazamientos forzados.” ⁵⁵

En este sentido, la Corte ha manifestado que: “... el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares” ⁵⁶

Lo anterior, pudiera ser producto de que los principales convenios que regulan la materia otorgan cierta discrecionalidad por parte del Estado asilante de conceder o no el asilo y a su vez, han sido interpretados como discrecional. Esta discrecionalidad ha contribuido a que se otorgue la protección

⁵³ CONJUNTO DE PRINCIPIOS ACTUALIZADO PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS MEDIANTE LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD, Nueva York (2005).

⁵⁴ Diario El Comercio, Perú (2018).

⁵⁵ XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, ACNUR, San José (2003).

⁵⁶ Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala (1998); Caso Blake vs. Guatemala (1998); Caso Loayza Tamayo vs. Perú (1997).

internacional con base a afinidades políticas (principalmente) o de otra índole, no guardando relación con una amenaza inminente a su libertad o vida.

5. Discrecionalidad y burocracia del Estado receptor

Al revisar cifras del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) notamos que al 31 de enero del 2018, se contabilizaban 133,861 solicitudes de asilo de personas venezolanas, al tiempo que se registraban otras 350,861 que optaron por otras alternativas migratorias de estancia legal, sobre todo en países como Colombia, Brasil, Perú, Ecuador, Estados Unidos de América, Panamá, Costa Rica, Trinidad y Tobago, México, Argentina, Chile, Uruguay, Canadá, como otros países del mundo.

Ante la abusiva discrecionalidad y la burocracia que muchas veces conlleva el pago de costos apoderados legales, muchos han recurrido a los canales clandestinos que provee la migración irregular, a través de peligrosas rutas terrestres y marítimas. Debemos destacar que, en reiteradas ocasiones, los migrantes no conocen sus derechos a la protección internacional. A su vez, que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, que requieren ser atendidas por el Estado territorial con un enfoque especial y diferenciado.

Esto ha creado un mercado como pudiera definirse como trata de personas donde existe un “mediador” encargado de transportarlos y que muchas veces sacan provecho, haciendo cobros abusivos y hasta atentando con la integridad de la persona. La Comisión Interamericana de los derechos humanos ha destacado que: “existen obstáculos para obtener la protección internacional”⁵⁷ que interpretamos representa la burocracia y discrecionalidad del Estado territorial que pone al migrante que solicita en un estado de vulnerabilidad y que lleva a “la discriminación, las amenazas a su vida e integridad personal, la violencia sexual y de género, los abusos y explotación, la trata de personas, la desaparición de migrantes y refugiados, el hallazgo de fosas clandestinas en zonas fronterizas y rutas migratorias con restos que se presumen de personas venezolanas y falta de documentos de identidad; así como obstáculos en el acceso a asistencia humanitaria, particularmente acceso a vivienda, salud, alimentación, educación y otros servicios básicos.”⁵⁸

Destacamos los avances que han tenido varios miembros del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, entre esos, Chile, en donde se crearon condiciones migratorias para suplir las carencias del sistema administrativo convencional, de manera que la persona que llega escapando de una situación de violencia o persecución, pueda tener una condición migratoria estable e integrarse a la fuerza laboral mientras se encuentra tramitando la protección internacional de manera paralela. Sin embargo, esta condición migratoria es temporal y está sujeta a la aprobación del trámite administrativo convencional, que usualmente tiene altos porcentajes de denegación.

⁵⁷ MIGRACIÓN FORZADO DE PERSONAS VENEZOLANAS, Resolución 2/18 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, marzo del 2018.

⁵⁸ Ídem.

IV. Análisis de casos del asilo y refugio en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

En este apartado buscamos analizar la aplicación del asilo y refugio en América Latina, revisando casos emblemáticos como el (Caso Asilo, Colombia vs. Perú, Corte Internacional de Justicia) de Haya de la Torre, la Opinión Consultiva OC-25/18 del 30 de mayo del 2018 realizada por el Estado de Ecuador a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y el caso de Julian Assange, responsabilizado por WikiLeaks, asilado en la Embajada del Ecuador en Londres hasta el pasado abril del 2019, que ha tomado mucha relevancia en las últimas semanas.

Lo anterior, para reconocer en la práctica, cómo se ha aplicado esta figura jurídica dentro de la jurisdicción del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y luego para continuar identificando los retos que afrontamos como región. A su vez, para ir conduciendo el trabajo de investigación a su cauce: hacer propuestas de mejora para superar dichos desafíos.

1. Caso Asilo, Colombia vs. Perú, Corte Internacional de Justicia

Este caso es emblemático cuando nos referimos a la tradición de asilo en América Latina. El mismo surgió cuando un dirigente político peruano, de nombre Víctor Haya de la Torre, miembro del partido Alianza Popular Revolucionaria Americana fue acusado por el Estado del Perú por haber instigado una revuelta y efervescencia popular que alteraba directamente el orden público, atentando con la seguridad de la población del mismo país.

Dicha revolución inició el 3 de octubre del 1948 y fue reprimida militarmente por el régimen de turno. El día subsiguiente, se promulgó un decreto por el cual se responsabilizaba de manera directa a la Alianza Popular Revolucionaria Americana, dirigido en ese momento por Víctor Haya de la Torre, precisamente del delito de rebelión, del cual fue procesado por la justicia ordinaria del Estado del Perú. En noviembre del mismo año, se encontraba en libertad por lo que se giraron instrucciones a fin de ordenar su comparecencia ante el juez de instrucción. Fue por esto, que Haya de la Torre consideró que su libertad y vida se encontraban en peligro y solicitó asilo en la Embajada de Colombia que le fue concedida el 3 de enero de 1949.

El 4 de enero de 1949, el Embajador de Colombia en Lima, la capital del Perú les notificó a las autoridades peruanas del asilo concedido a Haya de la Torre y a su vez, solicitó que se expidiera un salvoconducto que permitiera al asilado abandonar el país.

El Estado del Perú rechazó la calificación de asilado en virtud de que consideraba que el delito por el que se le estaba acusando (rebelión) configuraba un delito común y el Estado Colombiano incurría en una mala interpretación del tratado, a su vez, alegaba que no era obligación del Estado territorial (en este caso, Perú) otorgar el salvoconducto en estas circunstancias. Al no poder llegar a un mutuo acuerdo, ambos Estados convinieron mediante un acta de fecha 31 de agosto de 1949, someter el caso ante la Corte Internacional de Justicia.

a. Posición de las partes: Colombia

Primeramente, el Estado de Colombia hizo alusión al Acuerdo Bolivariano de 1911, sobre la extradición, la Convención de la Habana de 1928, relativa al asilo, la Convención de Montevideo de 1933, relacionada al asilo político y al derecho internacional americano, estableciendo que se encontraban facultados para calificar la naturaleza del delito para los efectos de conceder el asilo. Estaban reivindicando el derecho a la calificación unilateral y definitiva del delito, que surtiría efectos directo para el Perú. Es decir, que consideraban las distintas herramientas del Sistema Interamericano, le otorgaban la facultad exclusiva de decidir si reconocían el delito como común o político, a lo que resolvieron considerarlo con naturaleza política.

A su vez, el Estado de Colombia, con base al cuarto párrafo del artículo 2 de la Convención de la Habana, argumentó que el Estado del Perú tenía la obligación de otorgar un salvoconducto a Haya de la Torre a fin de que este pudiera abandonar el país con total seguridad. Citamos para mayor entendimiento:

“Tercero: El Gobierno del Estado podrá exigir que el asilado sea puesto fuera del territorio nacional dentro del más breve plazo posible; y el Agente Diplomático del país que hubiere acordado el asilo, podrá a su vez exigir las garantías necesarias para que el refugiado salga del país respetándose la inviolabilidad de su persona.”⁵⁹

Lo anterior, intentando probar que la libertad y vida del dirigente político se encontraba gravemente amenazada por las autoridades peruanas que se encontraban utilizando estos cauces para responsabilizarlo de un delito político que no tenía mayor fundamento que el señor Haya de la Torre no compartía las mismas visiones políticas que el régimen de turno.

b. Posición de las partes: Perú

Por su lado, el Estado del Perú solicitaba a la Corte que se reconociera que el Estado de Colombia había concedido el asilo a Haya de la Torre, en violación de la Convención de la Habana, específicamente del segundo párrafo del artículo 1 que establece que en caso de que se le acusara al señalado por un delito común, no puede ser objeto de protección de otro Estado, mediante el asilo. La disposición reza de la siguiente manera:

“Las personas acusadas o condenadas por delitos comunes que se refugiaren en alguno de los lugares señalados en el párrafo precedente deberán ser entregadas tan pronto como lo requiera el gobierno local.”⁶⁰

A su vez, esgrimió que la circunstancia en la que se otorgó el asilo, carecía de uno de los elementos fundamentales como lo es la urgencia que la debe justificar, tomando en consideración que las autoridades judiciales del Perú, solicitaron la comparecencia del señor Haya de la Torre en el mes de noviembre y no fue hasta enero del siguiente año en que el mismo solicitó el asilo, lo que denota que dichas autoridades buscaban investigar conforme a derecho y asegurando el respeto a sus garantías

⁵⁹ CONVENCION DEL ASILO, La Habana (1928).

⁶⁰ Ídem.

judiciales consagradas en la Constitución y convenios internacionales considerando que en dicho periodo no se cometieron arbitrariedades. Citamos para ilustrar:

“Primero: El asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencia y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado se ponga de otra manera en seguridad”⁶¹

c. Consideraciones y decisión de la Corte

La Corte Internacional de Justicia, como órgano supranacional, facultado por su Estatuto, aceptado por ambas partes, pasó a revisar cada uno de los argumentos que presentaron las partes, en este caso, el Estado de Colombia y el Estado del Perú, con el fin de determinar si los instrumentos de derecho internacional invocados favorecían o no las posiciones defendidas.

Primeramente, con relación a la facultad unilateral de calificar el delito que arguyó el Estado de Colombia, la Corte estimó que, si se trataba de una calificación provisional mediante el cual, el diplomático examinaría si se cumplieron las condiciones requeridas o no, se pronunciaría al respecto y existiese la posibilidad de impugnar su opinión, surgiría una controversia que hubiese podido resolverse con arreglo a las vías legales previsto por las partes. No obstante, en esta situación el Estado de Colombia reivindicada dicho derecho de calificación como unilateral y definitivo que surtiría efecto directo en el Perú al no poder oponerse y argumentar que dentro de su legislación configura un delito común.

Dentro de los instrumentos de derecho internacional que el Estado de Colombia invocó, estaba el Acuerdo Bolivariano, celebrado en el Congreso Bolivariano de Caracas, donde los Estados de Ecuador, Bolivia, Perú, Colombia y Venezuela, acordaron ciertos compromisos en materia de extradición. En esta ocasión, haciendo alusión específica al artículo XVIII donde se menciona ligeramente los principios del derecho internacional. Citamos:

“Fuera de las estipulaciones del presente Acuerdo, los Estados signatarios reconocen la institución de asilo, conforme a los principios del Derecho Internacional.”⁶²

La Corte, notó que el Acuerdo se limita a reconocer los principios del derecho internacional, sin mencionar específicamente cuáles, lo que podría ser entendible considerando que dicho instrumento es principalmente de extradición y que esta materia guarda relación con el asilo, no se traduce en que debe desarrollarlo ampliamente. Esto representó una deficiencia para el primer argumento del Estado de Colombia toda vez que los principios del derecho internacional no establecen el derecho a la calificación unilateral. La Corte consideró que el hecho que se le conceda el asilo no debe derogar la soberanía del Estado en el que se cometió el delito, tomando en consideración que el asilado en ese momento se encontraba en el territorio del Estado en el que se ha cometido y la protección brindada por el Estado de Colombia no puede sustraer al delincuente de la justicia.

En cuanto al segundo tratado invocado por Colombia, como fue el caso de la Convención de la Habana, los Magistrados señalaron que dicho instrumento no reconoce el derecho a la calificación

⁶¹ CONVENCIÓN DEL ASILO, La Habana (1928).

⁶² ACUERDO BOLIVARIANO, Caracas (1911).

unilateral ni explícita ni implícitamente. El tercer tratado, la Convención de Montevideo, no había sido ratificado en ese momento por el Estado del Perú por lo que no podía invocarse frente a él.

Además, con lo que respecta al derecho internacional americano, el Estado de Colombia no logró probar que existiera, regional o localmente, un uso constante y uniforme de la calificación unilateral como un derecho del Estado de asilo y una obligación del Estado territorial. Los hechos presentados no eran constantes, tenían contradicciones y fluctuaciones en el uso de este por lo que no logró constatar que dicha práctica tenía fuerza de ley en la región latinoamericana.

Como segundo argumento principal, Colombia invocó la Convención de la Habana para establecer la obligación del Estado del Perú en otorgar al señor Haya de la Torre un salvoconducto para que este saliera del país con plena seguridad. En esta situación, la Corte determinó que el artículo invocado no era aplicable y había sido interpretado de manera errónea toda vez que sólo podría aplicarse cuando el Estado territorial exigiera que abandonara su territorio, solo después de esta condición, el agente diplomático que había concedido el asilo podría exigir dicho salvoconducto y que surtiera efecto obligatorio para el Estado territorial. Los Magistrados reconocieron que existía una práctica bastante común de que, al momento de conceder el asilo, inmediatamente el Estado asilante solicitara el salvoconducto y el Estado territorial lo concediera, sin embargo, que esta práctica no entraña una obligación para el Estado territorial. En el caso que nos ocupa, el Estado del Perú no había exigido la partida del asilado por lo que no estaba obligado a expedir un salvoconducto.

Por su lado, el Estado del Perú como primer argumento esgrime que el señor Haya de la Torre había incurrido en un delito común no en uno político y que debían ser considerada la legislación peruana, alegando que Perú no podía de manera unilateral decidir sobre esto. Como segundo punto, destacó que no existía dicha situación de urgencia que establece la Convención de la Habana, lo que configura un elemento necesario para que el Estado de Colombia justifique el asilo.

La Corte, reconociendo que el Estado del Perú dentro de su solicitud no incluyó que se pusiera a su disposición al asilado, pasó a revisar ambos argumentos que representaban su defensa. Inicialmente, observó que a Haya de la Torre se le responsabilizaba de un tipo penal denominado: “rebelión militar”, vigente en el Código Penal de 1924 (vigente a la fecha del caso) que establecía:

“El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y expatriación.”

Con relación a lo anterior, los Magistrados notaron que la naturaleza del tipo penal no puede considerarse como común, por estar relacionado a sedición, motines, conspiraciones en contra de los poderes del Estado, haciendo alusión a dos grupos distintos: la autoridad y el pueblo que en este caso son los opositores. Desde la óptica de la Corte, el delito atribuido a Haya de la Torre era notablemente político. Por consiguiente, rechazó la reconvención de Perú en este punto en específico.

En cuanto a la urgencia, donde el Perú alegó que era necesaria la persistencia de un peligro para que la persona pudiera gozar de esta protección internacional, la Corte tuvo que adentrarse a los hechos fácticos del caso.

Entre la rebelión militar de la que se acusaba a Haya de la Torre y la concesión del asilo, habían transcurrido tres meses por lo que identificó que el peligro en el que se encontraba no era de rasgos humanitarios, contra la acción violenta de un Estado autoritario sino el peligro de enfrentar un proceso judicial que, desde su perspectiva, podría no ser justo, independiente y donde se le concederían las garantías judiciales de lugar. En este sentido, menciona la Corte que la Convención de La Habana no pretende proteger a un ciudadano que haya atentado contra las instituciones de su país de un proceso judicial ordinario. No basta haber sido acusado de un delito político para tener el derecho al asilo, que sólo es oponible a la acción de la justicia cuando una actuación arbitraria haya reemplazado el imperio de la ley. En ese momento, no se había probado que la situación del Perú impidiera que Haya de la Torre obtuviera un juicio justo y garantista ni la subordinación de la justicia al Poder Ejecutivo.

La Convención de la Habana establece la protección internacional mediante el asilo en caso de que peligre la integridad del solicitante, pero no busca, mediante de esta figura jurídica, el privilegio de evadir su jurisdicción internacional. En caso de que sea utilizado con estas intenciones, desnaturalizaría su esencia y contravendría uno de los principios nodrizos del derecho internacional: el de la no intervención. Si la Convención otorgase la facultad de conceder el asilo a todos aquellos protagonistas de sucesos revolucionarios presumiendo que la administración de justicia siempre se encuentre en una situación de alteración, de incurriría en injerencia extranjera en menesteres netamente domésticos.

Al tiempo que se concedió el asilo, el 3 de enero de 1949, la Corte consideró que no existía una situación de urgencia, tal como lo establece la Convención. En la Sentencia concluyó que la concesión del asilo no se ajustaba al párrafo 2 del artículo 2 de la Convención antes citada.

Adicionalmente, los dos argumentos de Colombia fueron rechazados. En cuanto a lo argumentado por el Estado del Perú, su primer argumento, relacionado con la naturaleza común del delito cometido por Haya de la Torre, fue rechazado en virtud de destacar sus rasgos políticos. El segundo punto del Perú, sobre la urgencia de la situación, se admitió por 10 votos a favor y 6 en contra.

2. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia

El caso fue sometido a la Corte el 21 de febrero del 2012 y se refiere a la argumentada devolución de la Familia Pacheco desde el Estado de Bolivia al Perú el 24 de febrero del 2001, en virtud de la negación del reconocimiento del estatuto de refugiados en Bolivia y de la decisión de expulsión emanada de las autoridades de migración de Bolivia. Ellos habían ingresado a Bolivia el 19 de febrero del 2001. Las autoridades al notar la situación irregular adoptaron medidas a fin de expulsarlos a Perú. Paralelamente, el señor Pacheco Osco, solicitó al Estado el reconocimiento del estatuto de refugiados en favor de él y los miembros de su familia.

Luego de haber escuchado ambas partes, la Comisión Interamericana alegó que el Estado de Bolivia había cometido una violación de las garantías judiciales, al momento de solicitar asilo y a la garantía

de no devolución, consagrados en los artículos 8, 22.7 y 22.8 de la Convención, en perjuicio de la Familia Pacheco (Rumaldo Juan Pacheco, Fredesvinda Tineo Godos, las niñas Frida Edith y Juana Guadalupe, y el niño Juan Ricardo). La Comisión realizó recomendaciones y otorgó al Estado de Bolivia el plazo de dos meses a fin de que las adoptara. Al no hacerlo, consecuentemente fue sometido a la Corte.

a. Posición de las Partes - Estado de Bolivia

El Estado negó su responsabilidad en la expulsión de la Familia Pacheco Tineo hacia el Perú. Esbozaron varios argumentos como: que las supuestas víctimas no habían agotado los recursos internos dentro de la jurisdicción boliviana y que ya habían sido parte del proceso Caso Penal Castro Castro vs. Perú dentro del Sistema Interamericano donde se comprobó que habían sido víctimas de violaciones a derechos consagrados en la Convención por el Estado de Perú, por lo que ya habían sido resarcidos por lo que no podía determinarse una doble responsabilidad.

Además, agregó que la Comisión se había basado en informes y preceptos de ACNUR, lo que pudiera ser considerado Soft-Law y no podía imponerse a los Estados. Tal como menciona la Sentencia: “según el Estado, la Convención de Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967, que constituyen “hard law”, no establecen el procedimiento que los Estados deben seguir para conceder o negar el estatuto de refugiado y los Estados tienen un alto margen de apreciación para definir el procedimiento a seguir respecto de las solicitudes abusivas o infundadas de refugio, el cual no puede ser desconocido por la Corte imponiendo obligaciones no convencionales a partir de las directrices de ACNUR. Argumentaron que la doctrina del control de convencionalidad genera la obligación correlativa para la Corte de no crear nuevas obligaciones para los Estados.”⁶³

El Estado argumentó que había solicitado al Consulado de Chile en Bolivia, una certificación a la Institución Nacional de Migraciones donde constara el estatus migratorio de la Familia Pacheco Tineo dentro del territorio chileno, de esta manera determinar si eran refugiados o no. La Sentencia menciona que: “durante la audiencia pública celebrada en este caso, el Estado aportó un certificado de la Dirección Nacional de Migración, según el cual, después de revisar en sus archivos no encontró constancia escrita del Consulado de Chile que confirmara o no confirmara el estatus de refugio, aclarando que ese no es un certificado del Consulado de Chile como tal. El Estado manifestó que no existe una respuesta por parte del Consulado y dado que es una respuesta de carácter negativo, es decir que no existe respuesta, el Estado ha hecho las mayores gestiones para poder presentar una prueba a la Corte... para averiguar si eran refugiados en Chile y no obtuvo respuesta a estas averiguaciones.”⁶⁴

Dentro de sus alegatos, el Estado alegó que la familia Pacheco Tineo burló los controles migratorios de varios países y que las presuntas víctimas no cumplían las condiciones esenciales para obtener el Estatuto de Refugiados. En palabras de la Corte: “resaltó, genéricamente, que las consideraciones o fundamentos que hacen la Comisión y los representantes no explican ni justifican la presencia voluntaria de la familia Pacheco en el Perú, que estaba libremente transitando en el Perú, haciendo gestiones propias de una persona normal que no tiene el mínimo temor de correr riesgo alguno

⁶³ Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (2013), p. 14, referencia No. 31.

⁶⁴ Ídem, p. 17, párrafo 48.

contra su integridad o vida ni la de sus hijos. Consideró que este es el punto central que la Corte debe analizar, porque de lo contrario, se estaría amparando el abuso, el fraude, la mentira en beneficio de la familia Pacheco Tineo, quienes no puedan obtener beneficios, si estos son ajenos a los principios nobles con los que fue concebido el estatuto de refugiado.”⁶⁵

El Estado también argumentó que había suficiente razón para devolver a la familia hacia el Perú, en virtud de que los mismos estaban siendo requeridos por delitos de terrorismo y buscados por la INTERPOL. Mencionó que las personas cuentan con la oportunidad de solicitar protección como refugiados con base a los motivos convincentes y no así para impedir una devolución a autoridades migratorias del país de origen. Destacó que: “según las mismas directrices de ACNUR, es aceptable que las solicitudes abusivas o fraudulentas sean tramitadas mediante procedimientos acelerados y en este caso estaban buscando refugio a la carta, según sus intereses. Alegó que fue semanas después de los hechos que el Estado tuvo conocimiento de que los peticionarios gozaban de refugio en Chile, lo cual les impedía solicitar un nuevo refugio. Según las normas internacionales sobre los refugiados, cuando una persona tiene que salir del país de asilo para ir al país de origen o donde su vida corría peligro, tiene que ir necesariamente con un pasaporte especial otorgado por el Estado o ACNUR, por un tiempo limitado y previa justificación de la urgencia del viaje, requisitos que no fueron cumplidos por la familia Pacheco Tineo.”⁶⁶

b. Posición de las Partes - Familia Pacheco Tineo

Dentro de sus consideraciones, la Comisión destacó que, en la década de 1990, el señor Rumaldo Pacheco y la señora Fredesvinda Tineo fueron procesados en Perú por supuestos delitos de terrorismo. Al estar en el centro de detención, fueron víctimas de violación de derechos como el de la integridad personal, conocido en el caso Penal Castro Castro vs. Perú. Luego, fueron absueltos del referido proceso puestos en libertad en 1994.

El 13 de octubre de 1995, ingresaron a Bolivia por la Paz, después de enterarse que sobre ellos recaía una nueva orden de captura, emitida por las autoridades del Estado de Perú. El 21 de marzo de 1998, salieron del territorio boliviano al momento que el Estado de Chile les reconociera su condición de refugiados.

Posteriormente, el 3 de febrero de 2001, los mismos regresaron a Perú a fin de gestionar su posible retorno al país de su nacionalidad, actualizar documentos profesionales, revisar algunas inversiones que tenían en el Perú y gestionar la posibilidad de conseguir algún empleo. Al ser infructífero el viaje y habiendo determinado que la sentencia que ordenaba su detención no había sido revocada o archivada, se dirigieron nuevamente al territorio boliviano por una zona de la frontera que se encontraba poco custodiada por lo que no los detuvieron si sellaron sus pasaportes.

El 20 de febrero del 2001, se aproximan al Servicio Nacional de migración de Bolivia con la finalidad de manifestar su condición, alegando que solo se encontraban en ese país para cruzar nuevamente a Chile, de paso solicitando apoyo con el traslado. En ese momento, sus pasaportes fueron confiscados y ellos detenidos. Aunado a lo anterior, existía una orden de devolución al Perú.

⁶⁵ Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (2013), p. 41, párrafo 122.

⁶⁶ Ídem, p. 41, párrafo 123.

La familia presentó un habeas corpus bajo el sustento de que en el Estado de Chile se le había concedido la protección internacional y debía salir del centro de detención para acogerse a dicho derecho en este otro Estado. El habeas corpus fue concedido, pero a consideración de la Comisión, ya la violación de sus derechos había ocurrido.

El 24 de febrero del 2001 fue ejecutada la orden de devolución o expulsión hacia el Perú a través de una localidad llamada el Desaguadero. La familia permaneció en una oficina del Servicio Nacional de Migración hasta que las autoridades peruanas respondieron a la solicitud y los recibieron dentro del territorio peruano.

El argumento principal de la defensa de la familia Pacheco Tineo se basa en que no existen los antecedentes para sustentar que existió un proceso administrativo que les haya hecho cesar del Estatuto de Refugiados por lo que los mismos seguían gozando de todos los derechos consagrados en dicho tratado. Además, que un Asesor de Migraciones en lugar de apoyar a la familia, abusó de ellos, tal como lo establece la Sentencia: “las presuntas víctimas manifestaron que la finalidad del apersonamiento fue regularizar sus documentos, informar sobre su intención de cruzar el territorio boliviano para llegar a Chile y solicitar apoyo para su traslado...en esa circunstancia fueron retenidos los pasaportes de la familia Pacheco Tineo en la oficina del SENAMIG. Las presuntas víctimas manifestaron, además, que en esa oportunidad presentaron todos los documentos que portaban, inclusive que acreditaría su condición de refugiados en Chile...”⁶⁷

El Servicio de Migraciones rehuyó a su deber de examinar si la familia Pacheco Tineo tenían las características principales que exige la calidad de refugiados mediante el cual se requiere primordialmente atender las declaraciones de los solicitantes. Señalaron que la propia legislación interna aplicada, reconocía el derecho de impugnación administrativa pero que la expulsión de la familia fue ejecutada antes de las 48 horas de la notificación, que es el plazo para apelar, es decir, sin estar en firme la resolución que la ordenaba. Por lo que afirmaron se dio un caso *in absentia*, incompatible totalmente con la Convención.

c. Consideraciones de la Corte

Por su lado, la Corte analizó los siguientes puntos: a) las garantías mínimas del debido proceso en procedimientos de carácter migratorio que pueden culminar con la expulsión o deportación de una persona extranjera, b) las garantías mínimas del debido proceso ante solicitudes de reconocimiento del estatuto de refugiado (derecho a buscar y recibir asilo y principio de no devolución), y c) el análisis de los hechos del presente caso bajo la normativa y criterios anteriores.

En cuanto al primer apartado, la Corte determinó que: “de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en la que se encuentre. Los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido

⁶⁷ Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (2013), p. 28, párrafo 79.

identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos y sufren un nivel de desprotección de derechos...”⁶⁸

Es por lo anterior que la Corte considera los Estados miembros del Sistema Interamericano debe conceder protección especial a personas y grupos de migrantes. Así como lo manifestó: “no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que, al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos, en cumplimiento con su obligación de garantizar el ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra cosa. Lo anterior es aún más relevante, si se tiene en cuenta que en el ámbito del derecho internacional se han desarrollado ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen, en procedimientos de expulsión o deportación de extranjeros, un apego estricto a las garantías del debido proceso, la protección judicial y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica o estatus migratorio del migrante.”⁶⁹

Indicó que el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 8 de la Convención, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. En este sentido, se citó, cuando en una oportunidad anterior recaló que:

“Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe conocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.”⁷⁰

La Corte analizó otros casos relacionados con las medidas privativas de libertad de carácter punitivo para el control de flujos migratorios y determinó que las sanciones son una expresión del poder punitivo del Estado y la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos, por tanto, serán arbitrarias las políticas migratorias que se basen en la detención obligatoria de migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas. Citamos:

“En todo caso, puesto que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas, y dado que en una sociedad democrática el poder punitivo solo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro, la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos. En consecuencia, serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la

⁶⁸ Ídem, p. 42, párrafo 128.

⁶⁹ Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (2013), p. 43, párrafo 129.

⁷⁰ *EL DERECHO A LA INFORMACIÓN SOBRE LA ASISTENCIA CONSULAR EN EL MARCO DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL* (1999): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-16/99.

detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines.”⁷¹

En cuanto al apartado relacionado a las garantías mínimas del debido proceso en procedimiento para determinar la condición o estatuto de refugiado y el principio de no devolución, la Corte considera que una vez declarado el Estado, el Estatuto del Refugiado protege a la persona a la cual se la ha reconocido más allá de las fronteras de ese Estado, de modo que otros Estados en los que ingrese esa persona deben tomar en cuenta tal condición y adoptar las medidas necesarias a fin de que se garanticen todos los derechos consagrados en el Estatuto del Refugiado, la Convención de Caracas y la propia Convención Americana. En la Sentencia la Corte lo mencionó de esta forma:

“La Corte considera que, de las anteriores disposiciones y regulaciones, se desprende que, una vez declarado por un Estado, el estatuto de refugiado protege a la persona a la cual le ha sido reconocido más allá de las fronteras de ese Estado, de modo que otros Estados en los que ingrese esa persona deben tomar en cuenta tal condición al momento de adoptar cualquier medida de carácter migratorio a su respecto, y, por ende, garantizar un deber de precaución especial en la verificación de tal condición y en las medidas que pueda adoptar.”⁷²

Con lo relacionado a lo calificación jurídica de los hechos del presente caso, la Corte no le corresponde determinar de la procedencia formal o material de la solicitud de asilo presentada por la familia Pacheco Tineo, lo que corresponde a las autoridades internas. Al SIDH le corresponde determinar si las actuaciones de las autoridades nacionales fueron compatibles con la Convención Americana.

Básicamente, el argumento de la Corte en este punto se refería a que las autoridades de Bolivia no brindaron la oportunidad de gozar de un proceso imparcial, donde pudiesen contradecir la decisión de expulsarlos y argumentar su condición de refugiados. Mencionó que: “la Corte constata que desde el momento mismo en que las presuntas víctimas se presentaron ante el SENAMIG, este órgano inició las gestiones para su expulsión. No consta si dicho órgano efectivamente les otorgó la posibilidad de exponer ampliamente las razones que los asistían en contra de una eventual expulsión relacionada con su situación migratoria, si en ese sentido les comunicó sus derechos, o si les informó expresa y formalmente de los cargos en su contra. Es decir, las presuntas víctimas no fueron formalmente notificadas de la apertura de un procedimiento administrativo en su contra, ni tuvieron conocimiento formal de los cargos administrativos que se les imputaban bajo el Régimen Legal de Migración.”⁷³

A su vez, desde el día que la Familia Pacheco Tineo se apersonaron a la Autoridad Migratoria, el asesor encargado estaba predispuesto, comunicando al Cónsul chileno su voluntad de no otorgar el refugio y devolverlos a su lugar de residencia. Esto, en palabras de la Corte: “el día 20 de febrero de 2001, el Asesor de Migración había expresado la intención de expulsarlos de Bolivia y, desde el día 21 siguiente -el mismo día de la resolución de CONARE-, la Dirección de Migración había

⁷¹ Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (2013), p. 44, párrafo 131.

⁷² Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (2013), p. 50, párrafo 150.

⁷³ Ídem, p. 57, párrafo 162.

adelantado al Cónsul chileno que no concederían refugio a esta familia y que le darían un plazo prudencial para resolver su lugar de residencia. Luego de declarado con lugar el recurso de habeas corpus, el Asesor General de Migración manifestó al Cónsul chileno su molestia por ello y que el Gobierno se reservaría el procedimiento a seguir y que ciertamente lo ocurrido complicaba la situación del Sr. Pacheco. El Cónsul chileno le solicitó entonces que evitara medidas drásticas y, al día siguiente, comunicaba su Cancillería que, luego de arduas negociaciones con Extranjería, se había logrado evitar la expulsión de la familia ese día y se había llegado a un acuerdo verbal para su traslado a Chile...”⁷⁴

Dentro de sus conclusiones, la Corte reiteró que el derecho a buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana no asegura que deba reconocerse el Estatuto de Refugiado a la persona solicitante, pero sí que su solicitud sea tramitada con las debidas garantías. Además, agregó que la expulsión al país de origen de los miembros de una familia, en violación a las garantías mínimas de debido proceso y conociendo que los mismos podrían contar con la protección de un tercer país, va en contra del derecho a buscar y recibir asilo y con el principio de no devolución. Citamos:

“A efectos del presente caso, la expulsión al país de origen de los miembros de una familia en violación de las garantías mínimas de debido proceso, y con conocimiento de que podían contar con protección como refugiados de un tercer país, resulta incompatible con el derecho de buscar y recibir asilo y con el principio de no devolución, reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana. Además, el Estado es responsable por la violación del derecho a ser oído con las debidas garantías en un procedimiento administrativo que culminó con la expulsión de la familia, así como a la protección judicial, en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Rumaldo Juan Pacheco Osco, Fredesvinda Tineo Godos, Frida Edith, Juana Guadalupe y Juan Ricardo, los tres de apellido Pacheco Tineo.”⁷⁵

Finalmente, condenó al Estado de Bolivia y solicitó la reparación de las víctimas, no solo con la indemnización monetaria sino con la divulgación de la sentencia, la capacitación de las autoridades y el reconocimiento de los derechos a la familia Pacheco Tineo.

3. Caso de Cesare Battisti

El caso consiste en el asilo otorgado al italiano Cesare Battisti, militante comunista revolucionario en el Estado de Brasil luego de ser acusado y procesado de ser responsable de actos terroristas durante los llamados “años de plomo”.

Battisti nació en un pueblo cerca de Roma, en una familia que por muchos ha sido considerada como católica practicante con influencia del comunismo. Durante sus primeros años, se involucró en varios episodios de delincuencia y hasta llegó a ser detenido por asalto.

⁷⁴ Ídem, p. 62, párrafo 186.

⁷⁵ Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (2013, p. 65, párrafo 199.

Mientras se encontraba detenido en la cárcel Udine, durante el año 1977, conoció a Arrigo Cavatina, uno de los ideólogos y militantes del grupo Proletarios Armados por el Comunismo (PAC) al que luego pasaría a sentirse identificado y formar parte de este. En la época, el grupo era conocido por estar conformados por revolucionarios radicales que promovían robos calificándolos como una forma de “expropiación proletaria”.

En el año 1979, Battisti fue arrestado por el presunto homicidio del joyero Pierluigi Torregiani, que popularmente era conocido como “el justiciero de extrema derecha” al que posteriormente fue sentenciado, no solo por la muerte de Torregiani sino por tres más, del carnicero Lino Sabadin, del mariscal de la policía penitenciaria Antonio Santoro y del Policía Andrea Campagna.

La defensa de Battisti alegó que el mismo era inocente de haber cometido estos crímenes y que el proceso se había desarrollado en un ambiente donde no se garantizaba la imparcialidad y la garantía de todos sus derechos judiciales. Sus expedientes fueron elevados a distintas instancias de la justicia italiana y por la Corte Europea de los Derechos Humanos, en donde a todas luces fue considerado como un proceso común y no político.

Battisti nunca cumplió con su pena toda vez que escapó de la prisión en el año 1981, para irse a vivir clandestinamente a Francia, en un periodo corto y luego a México. Comenzando la década de los 90s, regresó a Francia donde recibió la condición de refugiado político por el gobierno de Francois Mitterrand, condición que cambió al entrar el nuevo mandatario Jacques Chirac, lo que lo hizo escapar a Brasil en 2004.

En marzo de 2007, fue detenido mediante una operación conjunta entre la INTERPOL y la policía italiana, francesa y brasileña y pasó a estar recluso preventivamente en un centro de detención en Brasilia.

Poco tiempo después, el Estado de Italia solicitó su extradición, argumentando que Battisti fue juzgado de manera democrática, imparcial y ofreciéndole todas las garantías de Ley, por lo que era legítima su solicitud. Esta petición fue aunada al hecho de que el Comité Nacional para los Refugiados de Brasil (CONARE) negase su solicitud de refugio político.

Fue un momento muy controvertido toda vez que, sin importar la decisión de la autoridad brasileña competente, el Ministro de Justicia, Tarso Genro, concedió a Battisti el estatus de refugiado de manera unilateral, a inicios del 2009. Esto, de manera conjunta con el apoyo de varios miembros del Partido de los Trabajadores, incluyendo al presidente de la época, Luiz Inácio Lula Da Silva, ya que consideraban que el italiano era víctima de una persecución política.

El caso fue sometido al Supremo Tribunal Federal de Brasil, quienes fallaron en 2009 en favor de la extradición, pero determinó que la decisión final, recaía en el poder Ejecutivo, es decir, el presidente. Fue por esto por lo que el 31 de diciembre del 2010, Lula vetó la extradición, lo que permitió la excarcelación de Battisti y lo ponía en libertad.

Recientemente, con la toma de posesión de Jair Bolsonaro, la situación cambió. La nueva administración consideró que esta era una oportunidad para fortalecer la relación Brasil - Unión Europea.

Battisti finalmente fue arrestado cuando intentaba cruzar la frontera entre Brasil y Bolivia, con más de veintitrés mil reales en efectivo, lo equivalente a seis mil dólares. Según fuentes como BBC⁷⁶, el señor manifestó que se dirigía al país vecino a adquirir equipos de pesca, ropa y vino y que el dinero no todo era suyo sino de otras personas que viajaban con él.

El actual presidente, Jair Bolsonaro, ha manifestado en reiteradas ocasiones su deseo de extraditar a Battisti. De hecho, el mismo mantiene contacto con el Ministro de Interior italiano, Matteo Salvini, quien le pidió ayuda a este caso en donde el presidente brasileño contestó vía twitter: “ayudaré al envío a Italia del terrorista asesino defendido por sus compañeros brasileños con los mismos ideales”.

Este caso nos resulta útil para los efectos del presente trabajo de investigación de manera que identificamos que la protección internacional puede ser utilizada para evadir o burlar la acción de la justicia dentro de una jurisdicción. Además, que, dentro de legislaciones domésticas de algunos Estados miembros del Sistema Interamericano, puede seguir otorgándose la protección internacional de manera unilateral, discrecional y antojadiza, así como pasó en Brasil donde no existieron contrapesos que pudieran hacer efectiva la extradición toda vez que la decisión final recaía sobre el presidente.

4. Opinión Consultiva OC 25/18 de mayo del 2018, realizada por el Estado de Ecuador, Corte Interamericana de los Derechos Humanos

Esta opinión dictada por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en sus facultades otorgadas por la Convención Americana, representa uno de los documentos fundamentales para el análisis del asilo y refugio dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y adquiere relevancia por su reciente aplicación en el caso de Julian Assange.

Dicha opinión fue realizada el 18 de agosto de 2016 por el Estado de Ecuador, con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana, y conforme al mismo documento, se llamó a una audiencia pública, que se celebró el 24 y 25 de agosto del 2017 en el marco del 119° Periodo Ordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, celebrado en San José Costa Rica y donde distintos sectores de la sociedad civil, ONGs y Estados Miembros pudieron expresar su opinión sobre la admisibilidad.

a. Consulta del Estado de Ecuador

Las consultas fueron las siguientes:

a) Teniendo en cuenta el principio de igualdad, no discriminación y pro-homine, consagrados en los distintos instrumentos de derechos humanos del Sistema Interamericano y la prohibición de interpretación en perjuicio de estos principios, tal como establece el artículo 29 de la Convención Americana, ¿cabe que un Estado, grupo o individuo realice actos o adopte una conducta que signifique el desconocimiento de dichas disposiciones, incluyendo el artículo 5 del Estatuto de los

⁷⁶ BBC en español (2019).

Refugiados, de manera que se atribuya a los artículos relacionados con el asilo y refugio, un contenido restringido en cuanto a la forma o modalidad del asilo, y cuáles consecuencias jurídicas deberían producirse sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona afectada por dicha interpretación regresiva?

b) ¿Cabe que un Estado, ajeno a determinada convención sobre asilo, obstaculice, impida o limite la acción de otro Estado que sí es parte en dicha convención de manera que no pueda cumplir con las obligaciones y compromisos contraídos en virtud de dicho instrumento, y cuáles deberían ser las consecuencias jurídicas de dicha conducta para la persona que se encuentre asilada?

c) Cabe que un Estado, ajeno a determinada convención sobre asilo, o que pertenezca a un régimen jurídico regional distinto de aquel en base al cual se concedió asilo, entregue a quien goza del estatuto de asilado o refugiado al agente de persecución, violando el principio de no devolución, argumentando que la persona asilada pierde esta condición por encontrarse en un país extraño a dicho régimen jurídico, al ejercer su derecho de libre movilidad humana, y cuáles deberían ser las consecuencias jurídicas derivadas de dicha conducta sobre el derecho de asilo y los derechos humanos de la persona asilada?

d) ¿Cabe que un Estado adopte una conducta que en la práctica limite, disminuya o menoscabe cualquier forma de asilo, argumentando para ello que no confiere la validez a ciertos enunciados de valor ético y jurídico como son las leyes de la humanidad, los dictados de la conciencia pública y la moral universal, y las cuáles deberían ser las consecuencias de orden jurídico que se desprenderían del desconocimiento de dichos enunciados?

e) ¿Cabe que un Estado deniegue asilo a una persona que solicita dicha protección en una de sus sedes diplomáticas aduciendo que otorgarlo sería dar mal uso a los locales que ocupa la Embajada, o que concederlo de esta forma sería extender indebidamente las inmunidades diplomáticas a una persona sin estatus diplomático, y cuáles deberían ser las consecuencias del orden jurídico de dichos argumentos sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona afectada, teniendo en cuenta que podría tratarse de una víctima de persecución política o de actos de discriminación?

f) ¿Cabe que el Estado asilante deniegue una solicitud de asilo o refugio o revoque el estatuto concedido como consecuencia de la formulación de denuncias o del inicio de un proceso legal contra dicha persona, habiendo indicios claros de que dichas denuncias tienen un móvil político y que su entrega podría dar lugar a una cadena de sucesos que terminaría causando graves daños al sujeto, es decir, la pena capital, cadena perpetua, tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, a la persona reclamada?

g) Considerando que los Estados tienen la facultad de otorgar asilo y refugio con base a las disposiciones de derecho internacional y el Sistema Interamericano y reconociendo el derecho de calificación por parte del Estado asilante, si un mecanismo de protección de los derechos humanos perteneciente al Sistema de Naciones Unidas, llegase a determinar que la conducta de un Estado puede interpretarse como desconocimiento del derecho de calificación ejercido por el Estado que asila, motivo por el cual dicho mecanismo ha acreditado que el procedimiento en que ha incurrido dicho Estado conlleva la violación de los derechos procesales de la persona refugiada, ¿cabe que el Estado que ha sido objeto de la resolución o dictamen de un mecanismo multilateral perteneciente al Sistema de Naciones Unidas, mediante la cual se le atribuye responsabilidad en violación de los derechos de una persona asilada o refugiada, solicite cooperación judicial en materia penal al Estado asilante sin tener en cuenta el mencionado dictamen ni su responsabilidad en el menoscabo de los derechos de la persona asilada?

b. Consideraciones de la Corte

En un principio la Corte hizo notar que la consulta presentada por el Estado de Ecuador poseía características como: i) únicamente las preguntas “a” y “g” especifican las disposiciones jurídicas a se analizadas, ii) contiene interrogantes relativos a la interpretación de diferentes disposiciones jurídicas que involucran varios instrumentos regionales e internacionales, iii) todas las preguntas incluyen presupuestos y condicionantes fácticos, aunque no se hace mención expresa de alguna controversia o disputa concreta que pueda mantener el Estado solicitante en el ámbito interno o internacional, iv) las preguntas “b” y “c” hacen referencia, como presupuesto fáctico de la consulta, “a un Estado, ajeno a determinada convención sobre asilo” o bien “ a un Estado que pertenezca a un régimen jurídico regional distinto de aquel en base al cual se concedió el asilo”, y v) las pregunta “d” está formulada en términos vagos y abstractos por lo que consideró que era inadmisibile in toto.

Por otro lado, la Corte estimó que la pregunta identificada con el literal “g” engloba cuestiones que no poseen conexión al comprender dos cuestiones con significado diverso, las cuales pueden distinguirse claramente. Primero, el alcance del “derecho de calificación a favor del Estado de acogida” y segundo, “la posibilidad de que un Estado solicite cooperación judicial en materia penal de un Estado asilante”.

Además, se cuestiona las consecuencias que deriva el incumplimiento por parte de “un Estado que ha sido objeto de una resolución o dictamen de un mecanismo multilateral perteneciente al Sistema de Naciones Unidas”. Ante esto, argumentó que las consecuencias de las decisiones adoptadas en el marco de los órganos, tratados y procedimientos especiales del sistema universal de protección de los derechos humanos que establezcan una responsabilidad internacional, exceden el ámbito de competencia del Tribunal (la Corte), por lo que no fue admisible. Citamos:

“Por otro lado, se consulta sobre las consecuencias que derivan del incumplimiento por parte de “[un] Estado que ha sido objeto de la resolución o dictamen de un mecanismo multilateral perteneciente al Sistema de Naciones Unidas”, y, en particular, cuando dicho mecanismo establezca que “la conducta de [ese] Estado puede interpretarse como desconocimiento del derecho de calificación ejercido por el Estado que asila”. Ante ello, la Corte considera que la cuestión referida al valor jurídico y a las consecuencias de las decisiones adoptadas en el marco de los órganos de tratados o de procedimientos especiales del sistema universal de protección de los derechos humanos que establezcan responsabilidad internacional, exceden el ámbito de competencia de este Tribunal, en tanto se rigen por su propio marco normativo y mandato, por lo que no es admisible. Los aspectos restantes podran ser objeto de la presente opinión consultiva.”⁷⁷

En cuanto al punto “a”, referido a la interpretación de los instrumentos de derechos humanos, la Corte mencionó que las convenciones que conforman el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, por ser considerados tratados del derecho internacional, debe interpretarse conforme al artículo 31 de la Convención de Viena, es decir, en buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su propio objeto y fin. Como establece el artículo subsiguiente (artículo 32), podrá utilizarse los medios de

⁷⁷ LA INSTITUCIÓN DEL ASILO Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO HUMANO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN (2018) Opinión Consultiva OC25/18. p. 27, párrafo 27.

interpretación complementaria cuando: a) deje ambiguo u oscuro el sentido o b) cuando conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Fue por esto por lo que, la Corte recurrió a las pautas interpretativas del propio sistema. Haciendo alusión a la Opinión Consultiva OC-16/99⁷⁸ donde se manifiesta que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos y: “cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.”

La Corte estableció que el hecho de que los instrumentos de protección de derechos humanos del Sistema Interamericano expresaran que se otorgará el asilo “de acuerdo con la legislación de cada Estado” no debería traducirse en que los Estados no cuenten con una obligación inmediata de respetar y garantizar el derecho de asilo. En la Sentencia establecieron que: “la Corte ya ha establecido que el hecho de que los Estados partes puedan fijar condiciones del ejercicio de un derecho no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones de aquellos que han contraído según el artículo 1.1. El hecho de que el artículo 22.7 derive a la legislación interna y a los convenios internacionales no impone, como condición previa para el respeto y garantía del derecho de asilo, la adopción de normas o la ratificación de tratados. A tal respecto, este Tribunal ha señalado que el sistema de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas, y no a facultar a los Estados para hacerlo. Por ello, si bien el artículo 22.7, interpretado de manera conjunta con las obligaciones dispuestas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, requiere que los Estados adopten medidas legislativas y de otra índole para garantizar el derecho a buscar y recibir asilo, conforme a la propia convención y a otros convenios internacionales pertinentes, ello no significa que si el Estado no cuenta con legislación interna o no es parte de otros tratados que impliquen obligaciones internacionales sobre asilo, no se encuentra obligado a respetar y garantizar el derecho a buscar y recibir asilo.”⁷⁹

En cuanto a la territorialidad del asilo, la Corte interpretó que la tradición latinoamericana se reduce al reconocimiento del asilo territorial, es decir, dentro del espacio que configura el territorio del Estado asilante, haciendo mención de los instrumentos regionales que así lo estiman como el artículo 15 y 17 del Tratado sobre Derecho Penal Internacional de 1889, el artículo 1 de la Convención sobre Asilo de La Habana de 1928, el artículo 11 del Tratado sobre Asilo y Refugio de Montevideo de 1939, en los artículos I y II de la Convención sobre Asilo Territorial de 1954, y en los artículos XII y XVII de la Convención sobre Asilo Diplomático de 1954.

Como mencionamos, conforme al derecho internacional público, no existe acuerdo universal relacionado a la existencia de un derecho individual a recibir asilo diplomático, a pesar de que esta está enfocada a brindar protección a los individuos en circunstancias complicadas de la vida

⁷⁸ *EL DERECHO A LA INFORMACIÓN SOBRE LA ASISTENCIA CONSULAR EN EL MARCO DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL* (1999): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-16/99.

⁷⁹ *LA INSTITUCIÓN DEL ASILO Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO HUMANO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN* (2018) Opinión Consultiva OC25/18. p. 27, párrafo 27.p. 48, párrafo 141.

democrática en un país determinado. Sin embargo, la Corte consideró que la falta de consenso internacional no implica que los Estados deben desconocer y descartar en su totalidad el asilo diplomático toda vez que estos se encuentran facultados para otorgarla. Citamos:

“La falta de consenso internacional, no implica desconocer que, a veces, el recurso de asilo diplomático no puede ser totalmente descartado, ya que los Estados conservan la facultad de otorgarlo, al constituir la potestad soberana de los mismos. En efecto, las personas han buscado asilo en las misiones diplomáticas por siglos, y los Estados, a su vez, han otorgado alguna forma de protección a individuos perseguidos por razones políticas o que enfrentan una amenaza inminente a su vida, libertad, seguridad y/o integridad, no siempre reconociendo el asilo diplomático, sino en muchas ocasiones recurriendo a negociaciones de carácter diplomático. En esta medida, de conformidad con el derecho internacional, el asilo diplomático consiste en una práctica humanitaria con la finalidad de proteger derechos fundamentales de la persona, la cual ha sido otorgada con el fin de salvar vidas o prevenir daños a derechos fundamentales ante una amenaza inminente.”⁸⁰

Indistintamente que la tradición latinoamericana no incluya el asilo diplomático, los Estados miembros de la OEA tienen la responsabilidad de respetar, por medio de todos sus funcionarios públicos y entidades estatales, los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana de todas las personas bajo su jurisdicción sean o no nacionales, sin discriminación alguna. Por tanto, existen ciertas obligaciones en el supuesto que una persona acuda o irrumpa en una sede diplomática en búsqueda de protección y se encuentra bajo la jurisdicción de ese Estado. En este sentido, mencionaron que:

“La Corte ha indicado que, el uso del término jurisdicción en el artículo 1.1 de la Convención Americana, implica que el deber estatal de respeto y garantía de los derechos humanos se debe a toda persona que se encuentre en el territorio del Estado o que, de cualquier forma, sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control. En esta línea, la Corte ha establecido en sus precedentes que el hecho de que una persona se encuentre sometida a la jurisdicción del Estado no equivale a que se encuentre en su territorio... por tanto, el margen de protección a los derechos reconocidos en la Convención Americana es amplio, en la medida en que las obligaciones de los Estados Partes no están restringidas al espacio geográfico correspondiente a su territorio, sino que abarca aquellas situaciones donde, aún fuera del territorio de un Estado, una persona se encuentre bajo su jurisdicción. Por tanto, para la Corte, la jurisdicción a la que se refiere el artículo 1.1 de la Convención Americana contempla circunstancias en que conductas extraterritoriales de los Estados constituyan un ejercicio de la jurisdicción por parte de dicho Estado.”⁸¹

A consideración de la Corte, aquellas obligaciones son: i) de garantizar las normas de protección y asegurar la efectividad de los derechos reconocidos en la Convención en toda circunstancia y respecto a toda persona, sin discriminación alguna, ii) interpretar el artículo 1.1 de la Convención Americana como el deber de garantizar dichos derechos a toda persona que se encuentre en su territorio o que, de cualquier forma, sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control, una

⁸⁰ Ídem, p. 52-53, párrafo 155.

⁸¹ LA INSTITUCIÓN DEL ASILO Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO HUMANO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN (2018) Opinión Consultiva OC25/18, p. 55-56, párrafos 171 y 173.

persona que se encuentre sometida a su jurisdicción no equivale a que se encuentre en su territorio, iii) la prohibición de devolución que engloba el artículo 22.8 considerando que el mismo menciona la devolución de “extranjeros” sin hacer distinción entre solicitantes de asilo o refugiados, iv) prohibición de devolución o expulsión no solo “a otro país, sea o no de origen” en el que la persona pudiera encontrarse amenazada sino cualquier Estado en el cual se pueda a su vez expulsar, devolver o extraditar posteriormente, abarcando la llamada devolución indirecta, v) obligación exigible de entrevista a la persona y evaluación preliminar del riesgo de devolución, vi) la responsabilidad de actuar y dar un estatus a la persona, evitando que las mismas queden en un limbo.

Las consideraciones de la Corte han marcado un precedente porque fue la ocasión más reciente en que el Tribunal regional ha determinado el alcance de las responsabilidades adquiridas con la ratificación de la Convención Americana e instrumentos relacionados, fuera del territorio que conforma su jurisdicción.

5. Caso de Julian Assange

El pasado 11 de abril de 2019, luego de 7 años, las autoridades británicas ingresaron a la embajada de la República del Ecuador en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, para arrestar a Julian Assange, editor y periodista australiano, fundador de Wikileaks, presunto responsable de propagar datos confidenciales, no solo de personas particulares, sino de entes estatales como la FBI y la CIA, por no haber comparecido ante las cortes británicas a las audiencias del proceso de extradición iniciado por Suecia.

El arresto se perfeccionó luego que el presidente de la República del Ecuador, Lenin Moreno, retiró el asilo que su Estado había otorgado desde el 19 de junio del 2012 después de que los tribunales británicos determinaron que la solicitud de extradición por parte de Suecia había sido conforme a derecho por lo que el procesado debía trasladarse a dicho país.

Esto marcó un precedente importante relacionado a la aplicación de las normas del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos vinculadas al asilo fuera de la región latinoamericana por lo que nos resulta importante incluir su análisis dentro del presente trabajo de investigación.

La detención de Assange, por parte de las autoridades británicas fue criticada por varios sectores de la sociedad, principalmente porque su detención tuvo tintes políticos, por la presunta tortura psicológica, violación de los principios del asilo, y porque se desconoció su previa naturalización conforme a la legislación del Ecuador.

a. Relación con la política

Así como hemos mencionado, uno de los principales motivos por el cual la detención de Assange fue cuestionada por sectores de la sociedad civil y personas influyentes como el ex presidente ecuatoriano, Rafael Correa⁸², fue por la posibilidad de la intromisión de asuntos políticos, lo que

⁸² Entrevista a CNN en Español (abril del 2019).

despierta dudas si los procesos que se le siguen son de categoría común o políticos, lo que definiría si la entrega fue conforme a los instrumentos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano.

El primer hecho que nos da luces del matiz político es la publicación por parte de WikiLeaks, de los “INA papers”, en marzo del 2019, donde se involucra de manera al presidente Lenin Moreno y a parte de su familia con una sociedad off-shore y cuenta bancaria en Balboa Bank, en la República de Panamá donde había recibido injustificadamente 18 millones de dólares.

El 28 de marzo, el entonces Secretario de Comunicaciones, Andrés Michelena dijo a CNN en Español que los INA papers formaban parte de un complot de Julian Assange, el presidente venezolano Maduro y el ex presidente ecuatoriano Correa para derrocar al gobierno de Moreno. Expresó: “Tienes que entender cómo están conectadas estas personas, Assange es el Troll Center, el pirata informático del ex presidente Correa, [Assange] se encarga del lado tecnológico y de los medios sociales”⁸³.

El mismo día, la Asamblea Nacional emitió una resolución⁸⁴ manifestando su apoyo al presidente Moreno e invitando al Ministerio de Relaciones Exteriores a tomar medidas contra el asilo de Assange sobre la base de la filtración de INA papers “en el interés nacional” si considera pertinente hacerlo.

En otra oportunidad⁸⁵, el ministro de Relaciones Exteriores dijo: “Es absolutamente indignante, reprochable, pinta al señor Assange de cuerpo entero... ciertamente vamos a actuar. No vamos a permitir que use su portal para interferir en canales de comunicación privados del Jefe de Estado de los ecuatorianos... está mordiendo la mano de quien le da de comer”. También declaró: “vamos a analizar si las agresivas publicaciones del Sr. Julian Assange contra el estado ecuatoriano merecen una acción legal del estado ecuatoriano”.

Por su parte, el abogado de Assange en Ecuador, Carlos Poveda, manifestó que Assange no tuvo nada que ver con la publicación: “Recuerde que WikiLeaks tiene una organización interna y que Assange ya no está en el editor. Ahora recurriremos a otros tipos de situaciones, especialmente a la Comisión Interamericana.”⁸⁶ Sugiriendo que dicha detención y entrega solamente configura una vendetta política por parte del presidente Moreno.

Adicional a esto, se relaciona la detención de Assange con menesteres políticos debido a una transferencia realizada por el Fondo Monetario Internacional (FMI) que asciende a la suma de USD 4,200 millones que en esencia tenía como fin crear una economía más dinámica e inclusiva, promoviendo la competitividad, la creación de empleo y apoyando a la sostenibilidad fiscal en la economía ecuatoriana.

⁸³ Entrevista a CNN en Español (marzo del 2019).

⁸⁴ Resolución Asamblea Nacional de Diputados de la República del Ecuador (marzo del 2019).

⁸⁵ Entrevista de IVOOX (marzo del 2019).

⁸⁶ Entrevista de CNN en Español (mayo del 2019).

Allegados a Assange han argumentado⁸⁷ que el Ecuador canjeó con el FMI la emisión del préstamo antes mencionado por la entrega de Assange, tomando en consideración que el préstamo debe ser previamente aprobado por el Directorio Ejecutivo del FMI, donde EE. UU. tiene mucha influencia.

b. Presunta tortura psicológica y violación a derechos humanos

En 2014, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (GTDA) se le encomendó analizar el caso del fundador de WikiLeaks, Julian Assange. Luego de haber realizado la investigación correspondiente, el GTDA arribó a la conclusión de que “la privación de libertad de Julian Assange es arbitraria, porque contraviene los arts. 9 (prohibición de detención arbitraria), 10 (tutela judicial) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 1 (autodeterminación), 3 (igualdad para el goce de los derechos), 4 (prohibición de suspensión de los efectos contraviniendo el derecho internacional o por motivo de discriminación), 10 (derechos de los privados de libertad), 14 (igualdad ante la Ley) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.”⁸⁸

Esto, en virtud de que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte no había concedido el salvoconducto de manera que Assange pudiera abandonar el territorio británico sin ser detenido. La GTDA requirió a: “los Gobiernos de Suecia y Reino Unido que evalúen la situación del señor Assange, garanticen su seguridad y su integridad física, faciliten el ejercicio de su derecho a la libertad de circulación de manera oportuna y velen porque disfrute plenamente de los derechos que le garantizan las normas internacionales en materia de reclusión.”⁸⁹

Por su lado, los británicos argumentaron que Assange se encontraba asilado en virtud de la Convención de Caracas de 1954 y las normas regionales del Sistema Interamericano, que no son vinculantes para ellos, a razón de que no forman parte de dicho sistema y al no ser Estado miembro, no se encontraban obligados a otorgar el salvoconducto. Fue por esto por lo que Assange permaneció sin poder abandonar la Embajada ecuatoriana.

Por otro lado, Nils Melzer, relator especial de Naciones Unidas para la tortura y especialista en derecho internacional, ha mencionado en reiteradas ocasiones que Assange ha sido sometido a tortura psicológica no solo por la persecución colectiva, incluyendo declaraciones de amenaza por parte de las autoridades del Gobierno, sino por el trato que recibió dentro de la Embajada del Ecuador durante los últimos años.

En la página del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, reposa el informe de mayo del 2019, donde dicho relator, luego de haber visitado a Assange, mencionó que teme que sus derechos humanos puedan ser seriamente violados si es extraditado a Estados Unidos. Destacó:

⁸⁷ Diario Telesur, publicado en la página web (abril del 2019).

⁸⁸ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA DETENCIÓN ARBITRARIA DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe del 2016.

⁸⁹ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA DETENCIÓN ARBITRARIA DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe del 2016.

"Estoy particularmente alarmado por el reciente anuncio hecho por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de 17 nuevos cargos contra el Sr. Assange bajo la Ley de Espionaje, que actualmente lleva hasta 175 años de prisión. "Esto podría resultar en una sentencia de por vida sin libertad condicional, o posiblemente incluso la pena de muerte, si se agregaran más cargos en el futuro" ⁹⁰

Haciendo énfasis en que a Assange se le ha limitado la visita de sus abogados y a su vez, el acceso a los expedientes que contienen los alegatos y documentación de los Estados que solicitan su extradición lo que impide que el mismo pueda preparar de manera adecuada una defensa ante un caso tan complejo.

Aunado a lo anterior, el reporte destaca la tortura psicológica a la que ha sido sometido Assange a través de campañas públicas de burla, intimidación y difamación, no solo en los Estados Unidos, también en el Reino Unido, Suecia y, más reciente, Ecuador.

Durante su visita, el relator de Naciones Unidas fue acompañado por dos médicos especialistas en psiquiatría. Luego de haber escuchado lo que arrojaron los resultados mencionó en su reporte:

“Era obvio que la salud de Assange se había visto gravemente afectada por el ambiente extremadamente hostil y arbitrario al que había estado expuesto durante muchos años...lo más importante, además de las dolencias físicas, el Sr. Assange mostró todos los síntomas típicos de la exposición prolongada a la tortura psicológica, incluido el estrés extremo, la ansiedad crónica y el trauma psicológico intenso...la evidencia es abrumadora y clara, Assange ha estado expuesto deliberadamente, durante un período de varios años, a formas progresivamente graves de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, cuyos efectos acumulativos sólo pueden describirse como tortura psicológica.”⁹¹

c. Presunta violación del asilo otorgado

Uno de los puntos más controvertidos relacionados a la detención y entrega de Assange fue que el Estado de Ecuador, siendo miembro del Sistema Interamericano y universal de los derechos humanos, desconoció el principio de no devolución o “non-refoulement”, ignorando su responsabilidad como Estado asilante que había sido reafirmada por la Corte Interamericana en mayo del 2018 mediante la Opinión Consultiva OC-25/18. Como agravante, ignoró de manera conveniente el hecho de que Assange ya era ecuatoriano por naturalización.

Primeramente, desde nuestras luces, el Estado de Ecuador violó el principio de no devolución previamente aceptado mediante la ratificación de los instrumentos que forman parte del Sistema Interamericano, tal como el artículo 22.8 de la Convención Americana que establece:

“Artículo 22. Derecho de circulación y de residencia.

1...

⁹⁰ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS , Informe de relator del (mayo del 2019).

⁹¹ Ídem.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.”

Esta responsabilidad había sido recalcada por la Corte Interamericana en la reciente Opinión Consultiva que hemos citado ut supra. El Señor Assange se encontraba dentro de la jurisdicción del Ecuador, por lo que debía gozar de todos los derechos y garantías del Sistema Interamericano, entre esos, la no devolución, tomando en consideración que la vida y libertad del mismo se encuentra en peligro inminente, así como ha dejado en evidencia mediante declaraciones, varias autoridades estadounidenses, suizas y hasta ecuatorianas.

El previo análisis no incluye el hecho de que Assange había solicitado y obtenido la naturalización durante el año 2017, conforme al artículo 6 y 8 de la Constitución de la República de Ecuador, gozando éste de los mismos derechos que un ecuatoriano por nacimiento, así como lo establece el artículo 9 de la misma Carta Magna.

Nos resulta importante destacar que al ser el señor Assange naturalizado y gozar de todos los derechos consagrados en la Constitución, existe un impedimento de extradición, consagrado en su artículo 79 que establece:

“Artículo 79. En ningún caso se concederá la extradición de una ecuatoriana o ecuatoriano. Su juzgamiento se sujetará a las leyes del Ecuador.”

Por otro lado, el Estado ha criticado directamente la forma en que se otorgó dicha naturalización, llamándola “totalmente cuestionable”, así como declaró Juan Falconi, Embajador de Ecuador en Londres entre septiembre del 2013 y junio del 2015. El mismo, alega que dicho procedimiento carece de varios de los requisitos establecidos en la Ley como: i) presentación de solicitud escrita, ii) pago de USD 800, iii) haber vivido tres años antes de haber hecho la solicitud.

A la luz de los hechos podemos notar que dicha yuxtaposición de normas y la interpretación que le ha dado el Estado del Ecuador, afecta la seguridad jurídica toda vez que agotados los procedimientos de naturalización, se pretende revocar, y más que eso, contraviene tanto su derecho doméstico que prohíbe la extradición, así como los principios consagrados en los instrumentos de derechos humanos del Sistema Interamericano, como su principio “erga omnes”, es decir, que los derechos y garantías establecidos en los distintos tratados y convenciones son aplicables a todos los que se encuentren dentro de la jurisdicción de un Estado miembro, sin discriminación.

6. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre del 2003, realizada por los Estados Unidos Mexicanos, Corte Interamericana de los Derechos Humanos

El 10 de mayo de 2002, el Estado de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante México), con base a las facultades que le otorga la Convención Americana de los Derechos Humanos (64.1), sometió a la Corte Interamericana una solicitud de opinión consultiva relacionada principalmente con la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes y su compatibilidad con las responsabilidades adquiridas por los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la Ley.

Así mismo, México expuso dentro de sus consideraciones que el motivo que originó principalmente esta consulta fue la promulgación, por parte de otros Estados miembros de la OEA, de legislaciones que pudieran vulnerar los derechos de los migrantes indocumentados. Citamos:

“Los trabajadores migratorios, al igual que el resto de las personas, deben tener garantizado el goce y ejercicio de los derechos humanos en los Estados donde residen. Sin embargo, su vulnerabilidad los hace blanco fácil de violaciones a sus derechos humanos, basadas especialmente en criterios de discriminación y, en consecuencia, los coloca en una situación de desigualdad ante la ley en cuanto [a]l goce y ejercicio efectivos de estos derechos... En el contexto ya descrito, preocupa profundamente al Gobierno de México la incompatibilidad de interpretaciones, prácticas y expedición de leyes por parte de algunos Estados de la región, con el sistema de derechos humanos de la OEA. El Gobierno de México estima que tales interpretaciones, prácticas o leyes implican negar, entre otros, derechos laborales sobre la base de criterios discriminatorios fundados en la condición migratoria de los trabajadores indocumentados.”⁹²

El Estado también manifestó que tiene especial interés en que la Corte se pronuncie al respecto, toda vez que existen, aproximadamente, 5.998.500 (cinco millones novecientos noventa y ocho mil quinientos) trabajadores mexicanos fuera del territorio nacional. De ellos, se calcula que 2.490.00 (dos millones cuatrocientos noventa mil) son trabajadores indocumentados que, al carecer de una situación migratoria irregular, se convierten en un grupo vulnerable para la explotación humana y laboral, debido a su condición.

El 7 de abril del 2003 el presidente de la Corte emitió una Resolución, mediante la cuál convocó a “una audiencia pública sobre la solicitud de Opinión Consultiva OC-18, el día 4 de junio del 2003 donde participaron algunos de los que mandaron escritos manifestando su opinión al respecto, como miembros de las distintas legaciones de los Estados miembros de la OEA (Honduras, Nicaragua, El Salvador, Costa Rica, República Oriental del Uruguay, Paraguay, Panamá, República Dominicana) y otras organizaciones como las Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Delgado Law Firm, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services, Harvard Law School, National Coalition of Hispanic Organizations, entre otras.

i. Consultas del Estado de México⁹³

1) ¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide per se el goce de tales derechos?

⁹² *CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS* (2003): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-18/03, p. 2, párrafo 2.

⁹³ *CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS* (2003): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-18/03, párrafo 4.

2.1) Los artículos 2, párrafo 1 de la Declaración Universal y II de la Declaración Americana y los artículos 2 y 26 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], así como 1 y 24 de la Convención Americana, ¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia de las personas en el territorio de un Estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción?

2.2) A la luz de las disposiciones citadas en la pregunta anterior [,] ¿puede considerarse que la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las disposiciones mencionadas?

Con fundamento en el artículo 2, párrafos 1 y 2 y en el artículo 5, párrafo 2, [ambos] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

3) ¿Cuál sería la validez de la interpretación por parte de un Estado americano en el sentido de subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, independientemente de la jerarquía que el derecho interno atribuya a tales leyes, frente a las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos oponibles erga omnes?

Habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación, en especial a través de las disposiciones invocadas de los instrumentos mencionados en la presente solicitud,

4) ¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, y en ese contexto, pueden considerarse como la expresión de normas de ius cogens? Si la respuesta a esta segunda pregunta resultase afirmativa, ¿qué efectos jurídicos se derivan para los Estados miembros de la OEA, individual y colectivamente, en el marco de la obligación general de respetar y garantizar, conforme al artículo 2 párrafo 1 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], el cumplimiento de los derechos humanos a que se refieren el artículo 3, inciso (I) y el artículo 17 de la Carta de la OEA?

ii. Consideraciones de la Corte

Durante la fase de presentar escritos, la Comisión Interamericana hizo aportes interesantes al caso, que sentarían base para la Sentencia. Subrayó que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no solo prohíbe las políticas deliberadamente discriminatorias, sino aquellas cuya repercusión sea contra un grupo específico de personas. Mencionó que:

“El principio de igualdad no excluye la consideración del estatus migratorio. Los Estados tienen la facultad de determinar cuáles extranjeros pueden ingresar a su territorio y bajo qué condiciones.

Sin embargo, es necesario mantener abierta la posibilidad de identificar formas de discriminación no contempladas específicamente, pero que constituyan violaciones al principio de igualdad... Los Estados pueden establecer distinciones en el goce de ciertos beneficios entre sus ciudadanos, los extranjeros con estatus regular y los extranjeros en situación irregular. Sin embargo, en virtud del desarrollo progresivo de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para ello se requiere de un examen detallado de los siguientes factores : 1) contenido y alcance de la norma que discrimina entre categorías de personas; 2) consecuencias que tendrá ese trato discriminatorio en las personas desfavorecidas por la política o prácticas estatales; 3) posibles justificaciones de ese tratamiento diferenciado, especialmente su relación con un interés legítimo del Estado; 4) relación racional entre el interés legítimo y la práctica o políticas discriminatorias; y 5) existencia o inexistencia de medios o métodos menos perjudiciales para las personas que permitan obtener los mismos fines legítimos.”⁹⁴

En la Sentencia, la Corte estructuró la respuesta, tomando en consideración que las interrogantes del Estado de México estaba vinculado con: i) la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación (preguntas no. 2.1 y 4); ii) aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes (pregunta 2.1); iii) derechos de los trabajadores migrantes indocumentados (preguntas no. 2.2 y 1); iv) obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (pregunta no. 3).⁹⁵

En cuanto al primer punto, estableció que: “los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona humana tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política.”⁹⁶

En ese sentido, la Corte invocó una pronunciación anterior⁹⁷, donde declaró que:

“...todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención... Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.”

⁹⁴ *CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS* (2003): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-18/03, p. 25.

⁹⁵ *Ídem*, p. 96, párrafo 67.

⁹⁶ *Ídem*, p. 100, párrafo 72.

⁹⁷ Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú (2003).

También destacó la importancia del control de la convencionalidad dentro de las legislaciones de los Estados miembros del Sistema Interamericano, de manera que se integre los preceptos de los principales instrumentos de protección internacional y decisiones de la Corte y se garanticen los derechos, en especial, a estos grupos vulnerables. Citamos:

“En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados”⁹⁸

La aplicación del principio de igualdad y no discriminación, la Corte se refirió a estos como “elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos”⁹⁹ Subrayando el hecho de que la igualdad desprende directamente de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, por lo que iría en contra de los principios del derecho internacional de los derechos humanos, aquellas normas que consideren un grupo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de los derechos de los instrumentos de derechos humanos. Sin embargo, la Corte mencionó que no todas las distinciones pudieran considerarse ofensivas o que vulneren derechos.¹⁰⁰ Advirtió que “solo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando su situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.”¹⁰¹

De esta manera, puntualizaron que a todas las diferenciaciones que hace un Estado dentro de su legislación, no pudieran definirse directa y automáticamente como una discriminación o vulneración de los derechos de la Convención. Por esto, describió que:

“No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esta distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”.¹⁰²

⁹⁸ *CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS* (2003): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-18/03, p. 101, párrafo 77.

⁹⁹ Ídem, p. 103, párrafo 83.

¹⁰⁰ Ídem, p. 105, párrafo 89.

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² *CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS* (2003): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-18/03, p. 106, párrafo 91.

Motivado en lo anterior, la Corte mencionó los efectos del principio de igualdad y no discriminación, destacando que los Estados deben evitar realizar acciones que pudieran contravenir este principio. Por ejemplo, la prohibición de emitir leyes, dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter que promuevan un grupo superior o inferior por motivo de su raza, género, color u otras causales. Además, señaló la obligación de “adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de un grupo determinado de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.”¹⁰³

En cuanto al segundo punto, relacionada con la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes, la Corte mencionó que:

“Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana.”¹⁰⁴

En este punto, la Corte establece puntos relevantes para los efectos del presente trabajo de investigación. La misma destaca que un Estado puede realizar diferenciaciones entre dos grupos, por ejemplo, entre las personas que ya ha sido aprobada su solicitud de asilo o refugio y aquellos que no poseen protección internacional, ya sea porque no la hayan solicitado o porque entraron al territorio del Estado a través de medios irregulares. En ambas circunstancias, el Estado no podrá ejercer medidas que vulneren los derechos de la Convención como el debido proceso, otorgándole el derecho a un recurso efectivo o de aquellos necesarios para desarrollar una vida digna.

Hace un especial énfasis en las garantías que deben otorgarse a fin de que la persona pueda ejercer una defensa efectiva. Por ejemplo, en el caso de que su solicitud de protección internacional sea negada, poder oponerse y sustentar de manera que el juzgador pudiera reconsiderar su decisión. Mencionó que “el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”¹⁰⁵

La Corte pasó a examinar los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados. Relacionado con este punto, hacen un análisis interesante, mencionando que “los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha

¹⁰³ Ídem, p. 110, párrafo 104.

¹⁰⁴ Ídem, p. 113, párrafo 119.

¹⁰⁵ Ídem, p. 115, párrafo 124.

condición... Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.”¹⁰⁶

De esta manera, determinó que aquellas personas que se encuentren en el proceso de recibir respuesta sobre su solicitud de protección internacional, también gozan de derechos laborales, aunque la autoridad no haya regularizado su condición migratoria. Es decir, que dicha condición no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos. Hace la salvedad de que el Estado y los particulares, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados, sin embargo, una vez son contratados, se convierten en titulares de derechos laborales correspondientes a los trabajadores. Citamos:

“El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.”¹⁰⁷

De tal forma, la Corte consideró que existen ciertos derechos que representan primordiales para que el Estado salvaguarde, en el caso de las personas migrantes¹⁰⁸, por considerarse un grupo vulnerable y propenso a ser objeto de violaciones de derechos, estos son: i) la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, ii) la prohibición y abolición del trabajo infantil, iii) las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y iv) los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. Dentro de este grupo, entraría aquellas personas que se encuentran en el país bajo una condición de asilados o refugiados.

Por último, este Tribunal se refirió a las obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Respecto a esto, la Corte hizo alusión al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que establece que: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, es decir, que los Estados miembros de la OEA, por ser signatarios de documentos como la Carta Democrática, la Declaración Americana y la Convención Americana de los derechos humanos, se comprometen a cumplir con las obligaciones y a garantizar los derechos ahí consagrados, con la prohibición de invocar su legislación interna para no reconocer derechos fundamentales o evadir dicha responsabilidad¹⁰⁹.

¹⁰⁶ *CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS* (2003): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-18/03, p. 117, párrafo 133.

¹⁰⁷ Ídem, p. 120, párrafo 148.

¹⁰⁸ Ídem, p. 121, párrafo 157.

¹⁰⁹ Ídem, p. 123, párrafo 165.

Conclusiones y aportes

Luego de haber analizado la historia y surgimiento del asilo y refugio en el plano universal y regional, los principales motivos de desplazamiento forzoso en la región, las herramientas de protección de los derechos humanos y sus carencias, casos emblemáticos y consideraciones de la Corte Interamericana, y cifras de los principales organismos internacionales, llegamos a las siguientes conclusiones y propuestas:

I. Conclusiones

1. Existe una confusión entre la definición de asilo y refugio toda vez que los marcos internacionales no hacen una precisa distinción de estos, han sido los Estados que han desarrollado su propia normativa y no es comúnmente aceptada. Este fenómeno ha causado una pérdida de vigor de los conceptos jurídicos, favoreciendo el debilitamiento del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, por ende, a las personas en riesgo de una amenaza a su libertad o vida.
2. América Latina ha sido la región pionera en el desarrollo de la protección internacional en modalidad de asilo, teniendo una larga tradición de otorgar protección internacional, iniciando desde el siglo XVI y materializándola en el derecho positivo con la Conferencia de Derecho Internacional Privado celebrada en el Uruguay en 1889. Lo que la ha llevado a aportar doctrina no solo para su aplicación dentro del Sistema Interamericano sino para ser ejemplo de cara a otras jurisdicciones. Sin embargo, todos los Estados miembros del Sistema Interamericano no han adoptado la totalidad de los convenios y tratados relacionados por lo que no pudiera considerarse que existe una “tradicción latinoamericana de asilo” uniforme.
3. Los regímenes autoritarios, nacionalistas/populistas, los vacíos de las normas del derecho internacional, la impunidad, y la discrecionalidad del Estado configuran los principales problemas que afronta el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos.
4. Las herramientas de protección de los derechos humanos, tanto universales como regionales (del Sistema Interamericano) brindan a los Estados, esa discrecionalidad de aceptar o no a aquellas personas que escapan de su país de origen producto de una amenaza. Esto crea fenómenos como: la migración irregular, consumación de élites entre los que reciben asilo y refugio y a su vez, la expulsión de personas “ilegales”, entendiéndose como aquellos que no han recibido el estatus de asilado o refugiado de manera formal.
5. Sin importar el compromiso adquirido por los Estados miembros del Sistema Interamericano en el Coloquio de Cartagena en 1984, de aceptar el asilo y el refugio como un medio pacífico, apolítico y exclusivamente humanitario, han utilizado la discrecionalidad para involucrar la política en el otorgamiento de las solicitudes, estando la persona amenazada sujeta a la voluntad política del gobierno del Estado receptor que muchas veces podrían no coincidir en visiones políticas, lo que lo obligaría a tener que solicitar un tipo de “venia”.

6. La discrecionalidad de los Estados no los exime de su responsabilidad de respetar los derechos humanos de todas las personas que se encuentren dentro de su jurisdicción, sin discriminación, siendo extensiva esta responsabilidad a agentes diplomáticos y funcionarios en general que forman parte del gobierno, como elemento íntegro del Estado.

7. Las normas del Sistema Interamericano podrían crear lagunas jurídicas donde la persona solicitante quede en un estatus de limbo al brindar al Estado la facultad de denegar dicha solicitud y a su vez el impedimento de devolver a su país de origen o a cualquier otro donde su vida pudiera correr riesgo, dejándolo en indefensión.

8. Todas las personas migrantes, ya sea que se encuentren amparados bajo protección internacional en modalidad de asilo o refugio o no (índocumentados), deben gozar de garantías judiciales como el debido proceso y todos los derechos que desprenden del mismo. Los Estados no deben diferenciar entre documentados e indocumentados para garantizar los derechos de la Convención y demás tratados de derechos humanos.

9. Instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, coartan derechos laborales de las personas migrantes, como es el caso de los refugiados y asilados en los países emergentes en desarrollo, como lo son todos los Estados miembros del Sistema Interamericano, dejándolos en indefensión ante agentes económicos.

10. La crisis venezolana representa un gran reto no solo para la región sino para la comunidad internacional, siendo esta uno de los conflictos que más ha desplazado forzosamente a personas en tan poco tiempo, teniendo los países vecinos teniendo que reconsiderar sus políticas migratorias. Algunos países han vigorizado sus estándares, disminuyendo la emisión de carnés de residencia, estatus de asilo y refugiado.

II. Propuestas

1. Siendo América Latina una región pionera y de larga tradición en cuanto a la protección internacional, Los Estados miembros del Sistema Interamericano deben reafirmar su compromiso de cumplir con las normas del derecho internacional de los derechos humanos y derecho humanitario, reconociendo el principio “pro-homine” donde se interpreta y aplica la disposición que favorezca mayoritariamente a la persona, sobre todo a este grupo en específico que escapan de una amenaza real o inminente y donde su libertad y vida se pudieran correr peligro y vacíos de naturaleza legal no deben impedir que estas reciban protección internacional.

2. Que los Estados miembros convengan definir la diferencia entre refugio y asilo o declaren que son sinónimos, de manera que no se produzca confusión y pierda vigor los conceptos jurídicos en detrimento de la persona que requiere la protección internacional.

3. Que la OEA sugiera la modificación, anexo o creación de un nuevo documento que limite la discrecionalidad del Estado, de manera que este no pueda coartar de manera unilateral y antojadiza, los derechos de las personas vulnerables. En otro escenario, promover que los Estados reconozcan que, independientemente de la discrecionalidad otorgada, tienen la responsabilidad de respetar los derechos de todas las personas que se encuentren dentro de su jurisdicción, sin discriminación.

4. La creación y el desarrollo de la protección internacional dentro del Sistema Interamericano fue con un fin noble que se ha ido desdibujando, es por esto que resulta necesario, limitar la discrecionalidad que poseen los Estados de suspender derechos como la libre circulación en caso de alteración del orden público, recordando la responsabilidad que tienen de notificar, en tiempo oportuno, a la Secretaría de la OEA, todos los detalles de dicha suspensión, tal como lo establece la Convención Americana.
5. Que los Estados promuevan una política universal que establezca que en caso de que los países en vías de desarrollo, como es el caso de los miembros del Sistema Interamericano, no puedan garantizar los derechos laborales a las personas extranjeras, sea notificado a la secretaría de Naciones Unidas, como medida de publicidad, a fin de que la comunidad internacional junte esfuerzos y lo apoye.
6. Que las organizaciones internacionales, ONGs y sociedad civil que son los actores a los que debe estar en servicio el Sistema Interamericano, tomen su posición como protagonistas relevantes y promuevan la inclusión social de los refugiados y asilados, eliminando poco a poco los campos de refugiados, de manera que estos puedan circular, visitar a sus defensores legales, realizar trámites, tener acceso a servicios básicos y participar en la vida productiva de la economía del país.
7. Para que lo anterior sea posible y exista un procedimiento de protección seguro, reconocemos que debe otorgarse un estatus y registro de las personas que ingresan al país. Es por esto, que sugerimos que los países deberían adoptar las medidas administrativas expeditas y excepcionales de manera que se regularice la condición de las personas vulnerables y evitar que estas queden en un limbo jurídico que sólo aporta a que los mismos sean expulsados del territorio.
8. Reconociendo la importancia de la OEA como principal organismo de integración regional y encargada de reconocer y garantizar los derechos en los que fueron inspirados los actores pioneros de la protección internacional, así como el rol fundamental de los Estados miembros, de manera mancomunada deberían continuar sus esfuerzos promoviendo campañas en favor de la democracia, la inclusión de los refugiados y asilados y en contra de la xenofobia promovida en muchas ocasiones de manera sistemática.
9. El Grupo de Lima y la comunidad internacional en general deberían mantener la cooperación internacional mediante apoyo humanitario y diplomático ante la crisis venezolana a fin de que puedan superar esta situación por las vías constitucionales y reduciendo la violencia que actualmente se vive.
10. La comunidad internacional debería permanecer dándole relevancia a las crisis migratorias, no sólo cooperando internacionalmente a fin de que los países receptores acojan a estas personas que huyen de una situación donde su libertad o vida corren peligro, sino también para cesar la continuidad de los conflictos que los originan.

Acción de Inconstitucionalidad presentada por la Firma Forense Vega & Álvarez contra el Decreto Ejecutivo No. 301 de 19 de noviembre de 2010, “Por el Cual se concede Asilo Territorial a la Señora María del Pilar Hurtado Afanador, ciudadana colombiana”, Entrada No. 1208-10

Magistrado Ponente Harley J. Mitchell D.

**REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – PLENO
PANAMÁ, VEINTINUEVE (29) DE MAYO DE DOS MIL CATORCE (2014)**

VISTOS:

1. Conoce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la acción de inconstitucionalidad presentada por el Licenciado Ángel Álvarez Torres en su calidad de miembro de la Firma Forense Vega & Álvarez, contra el Decreto Ejecutivo N°301 de 19 de noviembre de 2010, a través del cual se le concedió a la señora María Del Pilar Hurtado Afanador, asilo territorial en la República de Panamá.

2. Cumplidos los trámites de reparto, el Magistrado Sustanciador dictó resolución de 28 de diciembre de 2010, mediante la cual se admitió la presente demanda y ordenó correr traslado al Procurador General de la Nación, quien emitió su opinión en la Vista Fiscal N°1 de 13 de enero de 2011.

3. Seguidamente, el Pleno procede a pronunciarse en torno a la constitucionalidad o no del decreto ejecutivo acusado.

ACTO DEMANDADO

4. El acto objeto de análisis, es el Decreto Ejecutivo N°301 de 19 de noviembre de 2010 “Por el cual se concede asilo territorial a la Señora María del Pilar Hurtado Afanador, ciudadana colombiana”, el que fue sustentado en las siguientes consideraciones:

5. En primer lugar se puntualizó, que la señora María Del Pilar Hurtado Afanador, ingresó a la República de Panamá, el 31 de octubre de 2010 y presentó solicitud formal de asilo al Gobierno de nuestra República, el 7 de noviembre de 2010, manifestando su gran preocupación y temor por su seguridad personal.

6. Atendiendo a lo anterior, se consideró favorable la petición presentada “como una forma de colaboración con los requerimientos de estabilidad social y política en la región y en consecuencia estima apropiado conceder el Asilo Territorial”. Asimismo, se dejó plasmado, que “la condición de asilado es de carácter permanente y que dicho estatus solo se pierde por orden del Órgano Ejecutivo o por renuncia expresa de la persona que la ostenta.”

7. Además se sostuvo, que “es facultad del Órgano Ejecutivo conceder asilo territorial a las personas que en su opinión y por razones de índole política, racial, religiosa o cualesquiera otras semejantes, así como sus familiares, se vean obligados a buscar su seguridad personal abandonando su propio país o cualquier otro en el que se hallaren.”

8. El fundamento de derecho aducido correspondió al artículo 42 del Decreto Ley N°16 de 30 de junio de 1960, modificado por el Decreto Ley N°13 de 20 de septiembre de 1965, por el Decreto Ley N°38 de 29 de septiembre de 1966 y por el Decreto Ley N°3 de 22 de febrero de 2008.

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES VULNERADAS Y CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN

9. El demandante estimó como conculcados los artículos 4, 20 y 29 de nuestra Carta Fundamental.

10. Así, nos remitimos al artículo 4 que dice: “La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional”.

11. El accionante manifestó, que se ha concedido el beneficio o protección del asilo político en la modalidad territorial por causas distintas a una persecución por delitos políticos, desconociéndose con ello disposiciones internacionales, lo que desnaturaliza una institución de protección de derechos humanos, al permitir la evasión de la beneficiada de la jurisdicción competente para juzgarla ante la presunta comisión de delitos comunes.

12. También indicó, que el fundamento de derecho fue el artículo 42 del Decreto Ley 16 de 30 de junio de 1960; el Decreto Ley 13 de 20 de septiembre de 1965, que no modificó el artículo 42 del Decreto Ley 16 de 1960; el Decreto Ley 38 de 29 de septiembre de 1966 el que tampoco introdujo cambios al Decreto Ley 16 de 1960 y el Decreto Ley 3 de 22 de febrero de 2008, que derogó el Decreto Ley 16 de 1960.

13. Al respectó acotó, que el artículo 23 del Decreto Ley 3 de 22 de febrero de 2008, establece el carácter temporal a la protección derivada de la concesión de asilo, que según el artículo 24 del mismo cuerpo legal, el asilado tendrá derecho a un permiso de residencia

temporal válida por un año prorrogable, lo que contradice el carácter permanente del asilo político que se otorgó la señora Hurtado Afanador.

14. Igualmente, precisó que como la concesión de asilo no está enlistada entre las facultades del Presidente de la República contempladas en el artículo 184 constitucional, deben aplicarse las disposiciones de los instrumentos de derecho internacional en concordancia con el artículo 4 de la Constitución Política.

15. En ese sentido, manifestó que el Estado panameño está vinculado a las siguientes normas de derecho internacional:

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 14. “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.”

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 22. “7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.”

Convención sobre Asilo Diplomático, aprobada por Le y 42 de 2 de diciembre de 1957

Artículo I. “El asilo otorgado en legaciones, navíos de guerra campamentos o aeronaves militares, a personas perseguidas por motivos o delitos políticos, será respetado por el Estado territorial de acuerdo con las disposiciones de la presente Convención...”

Artículo III. “No es lícito conceder asilo a personas que al tiempo de solicitarlo se encuentren inculpadas o procesadas en forma ante tribunales ordinarios competentes y por delitos comunes, o estén condenadas por tales delitos y por dichos tribunales, sin haber cumplido las penas respectivas, ni a los desertores de fuerzas de tierra, mar y aire, salvo que los hechos que motivan la solicitud de asilo, cualquiera que sea el caso, revistan claramente carácter político.

Las personas comprendidas en el inciso anterior, que de hecho penetraren en un lugar adecuado para servir de asilo, deberán ser invitadas a retirarse o, según el caso, entregadas al gobierno local, que no podrá juzgarlas por delitos políticos anteriores al momento de la entrega.”

Convención sobre Asilo Territorial, aprobada por Ley 43 de 2 de diciembre de 1957

Artículo II. “El respeto que según el Derecho Internacional se debe a la jurisdicción de cada Estado sobre los habitantes de su territorio se debe igualmente, sin ninguna restricción, a la que tiene sobre las personas que ingresan con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos...”

16. Estima el activador constitucional que de conformidad con las normas de estos instrumentos internacionales enunciados, el decreto ejecutivo acusado altera el orden constitucional al desconocer la figura del asilo, que constituye una forma de protección de las personas que sufren o son víctimas de persecución como resultado de sus ideologías políticas, lo que excluye a los delitos comunes, situación que no es acorde con la condición de la señora Hurtado Afanador, quien ha sido incorrectamente beneficiada puesto que se desconoce la obligación dimanante del artículo 4 constitucional.

17. De otro modo, adujo como conculcado el artículo 20 constitucional, que reza “Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley, pero ésta podrá, por razones de trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, subordinar a condiciones

especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general. Podrán, asimismo, la Ley o las autoridades, según las circunstancias, tomar medidas que afecten exclusivamente a los nacionales de determinados países en caso de guerra o de conformidad con lo que se establezcan en tratados internacionales.”

18. El accionante considera violentado este precepto constitucional, toda vez que se ha concedido el beneficio del asilo a favor de una persona de nacionalidad colombiana, para permitirle la evasión o sustracción de la jurisdicción competente para juzgarla por la posible comisión de delitos comunes, delitos éstos que encuentran similitud con conductas ilícitas previstas en tipos penales contemplados en la legislación penal panameña, estableciéndose con ello flexibilidad individual y subjetiva a favor de una ciudadana extranjera, situación está que transgrede el principio de igualdad.

19. Sumado a lo anterior, esgrimió que en la legislación penal colombiana las conductas se encuentran tipificadas bajo el título de los abusos de autoridad y otras infracciones y usurpación y abuso de funciones públicas, en tanto, en la legislación nacional se asemeja a los tipos penales descritos como corrupción de servidores públicos y abuso de autoridad e infracciones de los deberes de los servidores públicos, ambos contemplados bajo la denominación general de delitos contra la administración pública.

20. Asimismo, indicó que el decreto ejecutivo impugnado quebranta el principio universal de igualdad porque beneficia a la señora Hurtado Afanador con una protección política y territorial a través del asilo, en desmedro de la persecución judicial y la posible imposición de sanción por la presunta comisión de delitos que bajo el supuesto abstracto de la norma, son en esencia iguales a las endilgadas a la señora Ana Matilde Gómez Reilaba, quien fuera Procuradora General de la Nación o a cualquier otra persona acusada, enjuiciada y sancionada ante la jurisdicción penal panameña.

21. Por último, señaló como norma constitucional infringida el artículo 29, que dispone “La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo, con las formalidades legales. En todo caso, se guardará absoluta reserva sobre los asuntos ajenos al objeto de examen o de la retención. El registro de cartas y demás documentos o papeles se practicará en presencia del interesado o de una persona de su familia o, en su defecto de dos vecinos honorables del mismo lugar. Todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial. El incumplimiento de esta disposición impedirá la utilización de sus resultados como pruebas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran los autores.”

22. Con relación a esta norma, sustentó la violación en el hecho de haberse concedido el beneficio del asilo político en su modalidad territorial, a favor del señor Hurtado Afanador quien pretende una forma de protección política y territorial que le permite la evasión de la jurisdicción competente para juzgarla por la presunta comisión de delitos comunes, posiblemente ejecutados en perjuicio del derecho fundamental a la intimidad. Además, porque a la beneficiada se le formularon cargos por parte de la Procuraduría General de Colombia, en razón de denuncia pública por la presunta comisión de los ilícitos de revelación de secreto y abuso de funciones públicas, motivos por los cuales mal se podría permitir la utilización de un instrumento de protección de derechos humanos como el asilo, en beneficio de la impunidad sobre le ejecución de hechos que infringen el derecho a la intimidad, consagrado en la Declaración Universal de

Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

OPINIÓN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

23. El Licenciado José Ayúa Prado, Procurador General de la Nación, mediante Vista N° 1 de 13 de enero de 2011, concluyó que no es viable la acción de inconstitucionalidad in examine, con sustento en las siguientes consideraciones:

24. Expuso con relación al alcance del artículo 4 constitucional que las normas internacionales aprobadas por las leyes panameñas, resultan de obligatorio cumplimiento, siendo la consecuencia jurídica de dicha exigencia la adecuación de la legislación nacional a lo establecido en los convenios internacionales, los que tienen rango legal, mas no jerarquía constitucional.

25. Así considera, que los convenios o tratados internacionales, por la sola suscripción y/o ratificación del Estado panameño, no forman parte del bloque de la constitucionalidad, siendo que esta condición debe ser declarada por el Pleno de esta Superioridad.

26. Por otro lado, arguyó que el artículo 184 constitucional no establece como atribución del Presidente de la República la concesión de asilo, por lo que estima que esta figura de orden público internacional, debe ser tratada según lo establecido en el ordenamiento jurídico nacional y los instrumentos internacionales ratificados por Panamá. En ese sentido, el asilo territorial debe abordarse como un tema de legalidad, ante la jurisdicción ordinaria, ya que su otorgamiento no es una facultad constitucional del Presidente de la República sino de índole legal.

27. Aunado a lo esbozado, precisó que el asilo como instrumento de derecho internacional público con fines humanitarios, no es un derecho fundamental, toda vez que según los principios de soberanía nacional el Estado aislante decide unilateralmente concederlo o no, de allí que al ser el asilo una potestad soberana del Estado asilante, no puede tenerse como un derecho humano.

28. En lo que atañe a la vulneración del derecho a la intimidad, puntualizó que las actividades delictivas que el activador constitucional indica se le atribuyen a la beneficiaría del asilo, de haber sido ejecutados, se dieron fuera del territorio nacional y no existen indicios que permitan concluir que se han acreditado circunstancias que produzcan excepciones de extraterritorialidad de la ley penal panameña.

29. Por su parte, en cuanto a la infracción del principio de igualdad, no lo considera violentado porque el artículo 20 constitucional alude a la igualdad entre nacionales y extranjeros ante la ley, lo que se encuentra estrechamente relacionado con lo dispuesto en el artículo 19 constitucional, en cuanto a la prohibición de fueros o privilegios y a la discriminación por razones de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas.

30. Para tales efectos, señaló que el haberle concedido asilo territorial a la señora Hurtado Afanador, no significa que se le otorgó un privilegio de los que prohíbe la legislación nacional.

FASE DE ALEGATOS

31. El activador constitucional dentro del término de ley, presentó sus alegatos por escrito, en los cuales refutó lo afirmado por el Procurador General de la Nación.

32. Primero, expresó su inconformidad con la petición que se declare no viable la acción que se analiza, al estimar que resolver lo planteado con la aplicación de subterfugios legales no es propio de un Estado de Derecho, lo que podría considerarse como denegación de justicia.

33. Respecto a lo afirmado sobre el bloque de la constitucionalidad, indicó que de existir no podría concebirse sin que esté integrado por la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que nuestra Constitución está sustentada y desarrollada a partir de estos dos instrumentos internacionales de derechos humanos. Sumado a ello, acotó que se advierte que el acto acusado desatendió el orden constitucional.

34. Refirió igualmente, que toda actuación pública sin importar el fin o la calidad del funcionario que la emita, debe y tiene que estar ajustada y limitada a todas las normas y disposiciones del ordenamiento jurídico, puesto que la primera obligación de un acto administrativo es ser constitucional.

35. En lo concerniente a la violación al derecho a la intimidad, es del criterio que no pueden confundirse las normas de competencia para disipar la ejecución de la conducta penada de forma universal, toda vez que las escuchas telefónicas y la persecución política a través de esta conducta, se constituyen en una infracción en cualquier parte del mundo.

36. Además expresó, que la discrecionalidad del Estado de otorgar asilo no está exenta de los límites constitucionales y de la naturaleza de la figura, ya que de ninguna manera debe otorgarse el beneficio en contravención al ordenamiento jurídico, siendo que la discrecionalidad opera de forma negativa, podría negarse mas no otorgarse contrario a lo dispuesto en la ley.

37. Como último aspecto aseveró, que se le ha otorgado a la señora Hurtado Afanador un beneficio sin razón política, que le permitirá eludir el cumplimiento de la ley en su país se origen, a través de la desnaturalización de nuestro ordenamiento jurídico que le ha otorgado una condición afortunada que solo podría alcanzarse mediante un fuero o privilegio no sustentado en la ley.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

38. Corresponde a esta Corporación de Justicia analizar la inconstitucionalidad o no del Decreto Ejecutivo acusado, mediante el cual se concedió asilo territorial a la señora María del Pilar Hurtado Afanador.

39. El artículo 4 de nuestra Constitución Política reza “La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional”, este precepto se constituye en un mandato constitucional cuya eficacia depende de las obligaciones internacionales que adquiere de forma voluntaria el Estado panameño, con la ratificación de los convenios o tratados de derecho internacional.

40. En consecuencia, el Estado panameño al adoptar estos tratados y convenios de derecho internacional tiene como responsabilidad dimanante el compromiso de procurar la observancia de estos instrumentos internacionales.

41. Vemos entonces, que este precepto constitucional contiene el principio de buena fe, que es concordante con el artículo 26 de la Convención de Viena del 23 de mayo de 1969 (Ley 17 de 31 de octubre de 1979), que consagra que “Todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

42. Consideramos que esta norma constitucional deber ser vista en el contexto del principio de supremacía de la Constitución, que coloca al Estatuto Fundamental como norma suprema de interpretación del ordenamiento y también vincula a los actos de todas las personas que se encuentran en el territorio nacional, así como los actos de las autoridades, quienes no pueden excusarse del cumplimiento de sus disposiciones, (Cfr. La Inconstitucionalidad por Omisión, Patiño Cruz, Silvia-Orozco Solano, Víctor, pág. 21).

43. La Constitución Política como fuente suprema del ordenamiento jurídico, impone límites a las autoridades públicas quienes son las facultadas para el ejercicio de los poderes públicos, existiendo con ello un control de sus actuaciones sean éstas por comisión u omisión.

44. Acotado lo expuesto, observamos que el Decreto Ejecutivo demandado tiene como fundamento de derecho, el artículo 42 del Decreto Ley N°16 de 30 de junio de 1960, modificado por el Decreto Ley N°13 de 20 de septiembre de 1965; el Decreto Ley N°38 de 29 de septiembre de 1966 y por el Decreto Ley N°3 de 22 de febrero de 2008; sobre este aspecto, hemos advertido que la única normativa vigente al momento de concederse el asilo territorial a la señora Hurtado Afanador, era el Decreto Ley N°3 de 22 de febrero de 2008 (el que está vigente), toda vez que éste derogó todos los decretos aducidos.

45. Así las cosas, advertimos que fue impropio sustentar el Decreto Ejecutivo N°301 de 19 de noviembre de 2010 acusado, en una normativa que había sido expresamente derogada, aun cuando algunos temas fueron reproducidos y tratados con similitud en la regulación vigente, contenida en el Decreto Ley N°3 de 22 de febrero de 2008.

46. Ahora bien, al entrar en el análisis medular, nos referimos; al concepto de asilo:

“MANUEL DIEZ DE VELASCO considera que por Derecho de Asilo debe entenderse “la protección que un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida y libertad están en peligro por actos, amenazas y persecuciones de las autoridades de otro Estado, o incluso por personas o multitudes que hayan escapado del control de las autoridades”.

JESÚS MARÍA YEPES, considerando el sentido más amplio del Derecho de Asilo, lo define como la “protección que un Estado otorga a un individuo, que, huyendo de persecuciones injustas, busca refugio en su territorio, o en algún lugar sometido a su autoridad fuera de su territorio”.

Esta definición recoge expresamente las dos clases de asilo, pues hace referencia al Asilo Territorial cuando expresa en “su territorio”, y al Asilo Diplomático, cuando dice “en un lugar sometido a su autoridad, pero fuera de su territorio”.

En términos generales, se puede afirmar que asilar es la acción de permitir que una persona perseguida por un Estado por determinadas circunstancias (políticas, raciales, sociales o religiosas), encuentre garantías de vida y libertad en otro Estado, o en lugar sometido a la jurisdicción de este último”.

47. También observamos lo que establece el artículo 23 del Decreto Ley N°3 de 22 de febrero de 2008, en lo que atañe a la figura del asilo:

Artículo 23: “Son extranjeros bajo protección de la República de Panamá, los refugiados, asilados, apátridas y personas bajo estatuto humanitario provisional de protección, que hayan ingresado en gran escala o individualmente al territorio nacional en busca de protección temporal, mientras esperan el retorno a su país de origen o su reasentamiento en un tercer Estado.

El reconocimiento de tal condición estará sujeto al ordenamiento jurídico nacional y a los tratados internacionales ratificados por la República de Panamá.”

48. Se infiere de forma diáfana, que el reconocimiento de la condición de asilado, entre otras figuras, se encuentra subordinado a lo estatuido en el ordenamiento jurídico nacional y los tratados internacionales ratificados por la República de Panamá, luego entonces, cabe interpretar que el asilo será otorgado según los presupuestos y las condiciones estipuladas en los instrumentos de derecho internacional aprobados por el Estado panameño.

49. En virtud de ello, nos remitimos a la figura del asilo en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, puesto que aun cuando no son instrumentos internacionales de carácter vinculante, tienen como objetivo establecer criterios de interpretación común de los derechos y libertades fundamentales, que deben ser universalmente respetados:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

“Derecho de Asilo. Artículo XXVII.

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.”

Declaración Universal de Derechos Humanos

“Artículo 14.

En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.”

50. Respecto a los convenios o tratados de derecho internacional que ha ratificado el Estado panameño, que desarrollan y regulan la figura del asilo, se encuentran los siguientes:

Convención Americana sobre Derechos Humanos

“Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia.

...

7. Toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos, y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.”

51. Atendiendo a que el acto que se analiza guarda relación específicamente con la figura del asilo territorial, haremos referencia a la Convención sobre Asilo Territorial, suscrita en Caracas el 28 de marzo de 1954 en la Décima Conferencia Interamericana, aprobada por nuestra República mediante Ley N°43 de 2 de diciembre de 1957, a pesar que también se ratificó la Convención sobre Asilo Diplomático:

“Artículo I. Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno.

Artículo II. El respeto que según el Derecho Internacional se debe a la jurisdicción de cada Estado sobre los habitantes de su territorio se debe igualmente, sin ninguna restricción, a la que tiene sobre las personas que ingresan con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos...”

52. El Estado panameño además ha firmado y ratificado la Convención sobre Concesión de Asilo, aprobada en la Sexta Conferencia Internacional Americana (Ley 71 de 19 de diciembre de 1928) y la Convención sobre Asilo Político, de diciembre de 1933, aprobada en la Séptima Conferencia Internacional Americana (Ley 3 de 27 de septiembre de 1938); ambos instrumentos jurídicos vigentes en Panamá y plenamente vinculantes.

53. En resumen, podemos manifestar que el asilo diplomático es aquel que se requiere y concede en una embajada u otro lugar bajo su autoridad, pero fuera de su territorio por parte de quien se siente perseguido por motivos de origen político y el asilo territorial, es el que solicita cualquiera persona extranjera en territorio de otro país al gobierno respectivo. No obstante, lo anterior, ambos se rigen por las normas de derecho internacional que desarrollan el derecho de asilo, solo que debe prevalecer como condición en la persona que lo solicita o requiere que sea perseguida por motivos o delitos políticos.

54. Conforme al ordenamiento internacional no es dable la concesión de asilo en los supuestos siguientes:

“a) No es lícito conceder asilo diplomático a los reos de delitos comunes;

b) No es lícito conceder asilo diplomático a las personas que, aun cuando estén en peligro de perder su vida o su libertad por motivos o delitos políticos, "al tiempo de solicitarlo se encuentren inculpadas o procesadas en forma ante tribunales ordinarios competentes y por delitos comunes, o estén condenadas por tales delitos y por dichos tribunales, sin haber cumplido las penas respectivas;

c) No es lícito conceder asilo diplomático “a los desertores de fuerzas de tierra, mar y aire, salvo que los hechos que motivan la solicitud de asilo, cualquier que sea el caso, revistan claramente carácter político”.

55. El derecho de asilo es un derecho humano inalienable a la dignidad humana, siendo normado en instrumentos internacionales de derechos humanos, sin embargo, existe resistencia en la comunidad internacional para asimilarlo como tal, es por esta razón, que es concebido como una potestad estatal con sustento en la soberanía, recayendo la decisión de otorgarlo o no en el Poder Ejecutivo, criterio que es seguido por el Estado panameño, según se desprende de lo expuesto en la parte motiva del Decreto Ejecutivo demandado, que detallamos seguidamente:

56. En primer lugar, se hizo referencia a la manifestación de la señora Hurtado Afanador de solicitar el asilo debido a su gran preocupación y temor por su seguridad personal.

57. Con relación a las motivaciones, se consideró favorable la solicitud de asilo como una forma de colaboración con los requerimientos de estabilidad social y política de la región, y se dejó plasmado que es facultad del Órgano Ejecutivo conceder asilo territorial a las personas que en su opinión y por razones de índole política, racial, religiosa o cualesquiera otra semejante, así como a sus familiares, se vean obligados a buscar su seguridad personal abandonando su propio país o cualquiera otro en el que se hallaren.

58. Por consiguiente, se le otorgó asilo territorial en la República de Panamá, a la señora María del Pilar Hurtado Afanador de carácter permanente, observándose que solo se perderá la condición de asilada, por orden del Órgano Ejecutivo o por renuncia expresa de la persona que la ostenta.

59. Al examinar lo dispuesto en los artículos I y II de la Convención sobre Asilo Territorial, observamos que todo Estado tiene el derecho en ejercicio de su soberanía, de conceder la condición de asilada a la persona que proceda de un Estado en donde sea perseguida por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos.

60. Anotamos también, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que el derecho de asilo debe sustentarse en la existencia de persecución por delitos políticos o delitos comunes conexos con los delitos políticos.

61. Estas normas son claras al definir la naturaleza de los motivos que deben originar la solicitud y también aquellas en las cuales debe sustentarse la concesión de la condición de asilado, debiendo ser una persecución por razones de índole política, por delitos políticos o delitos comunes conexos con delitos políticos.

62. Sobre lo que precede, se hace necesario enfatizar, que aun cuando la potestad de otorgar la condición de asilado es percibida como discrecional del Estado en ejercicio de su soberanía, de ninguna manera se puede soslayar el cumplimiento de los requisitos que son exigidos por las normas de derecho internacional público, como son los motivos o razones en las cuales se debe justificar la solicitud de asilo, hechos éstos que le corresponde calificar al Estado al momento de conceder tal condición.

63. Luego entonces, se advierte que el Órgano Ejecutivo no motivó la concesión de la condición de asilada a la señora Hurtado Afanador en razones de persecución de índole política o por delitos políticos, solo hizo alusión “a los requerimientos de estabilidad social y política en la región”, esta resulta ser una consideración alusiva a posibles afectaciones o consecuencias que pudieran surgir, en caso de no concedérsele el asilo a la peticionaria, en el plano internacional de la región, más no ante la posibilidad de riesgos o peligros que tuvieran injerencia en la seguridad personal de la solicitante.

64. Al respecto, somos del criterio que la calificación realizada en el Decreto Ejecutivo acusado, no se adecua a la definición de delito político que se concibe como “todas las violaciones, con un objeto esencialmente político, los derechos que pertenecen al Estado o a las personas privadas, o a las dos a la vez” (El Delito Político, Luis Carlos Zárate, Ediciones Librería del Profesional, 1996, Colombia, pág. 145).

65. En la doctrina existe una clasificación de los delitos políticos en puros y relativos, los primeros refieren aquellos que lesionan los derechos propios del Estado, su organización política y los segundos además de afectar los derechos propios del Estado, se lesionan los derechos de particulares, pero siempre el móvil que lo origina es político (Cfr. Delitos Contra la Existencia y Seguridad del Estado, Julio Romero Soto- Rocío Romero, Ediciones Librería del Profesional, Colombia, 1983, págs. 244–245).

66. Podemos precisar entonces, que lo que distingue a los delitos políticos de los delitos comunes, son la naturaleza del derecho lesionado (ya sea los derechos propios del Estado o derechos de los particulares con interés político) y las motivaciones que hayan determinado al autor o autores en su acción delictiva, toda vez que tienen que ser de carácter político.

67. Sumado a lo indicado, debemos agregar que los delitos comunes conexos a delitos políticos, son aquellos que guardan relación con la clasificación que se hace de los delitos políticos relativos o concurrentes, siendo entonces, aquellas conductas ilícitas ejecutadas por el autor o autores que buscan en el delito común procurarse los medios para cometer un delito político puro (es decir, aquellos en los que solo se afectan los derechos propios del Estado), ahora bien, ambos delitos forman un todo, pero existe entre ellos el elemento de conexidad. (Cfr. Julio Romero Soto- Rocío Romero, obra citada, pág. 245)

68. Cabe puntualizar, que la Sala Penal de esta Corporación de Justicia ha señalado en sentencia de 28 de agosto de 1996, que “de conformidad con el bien jurídico protegido [...] se determina que están dentro de la categoría de delitos políticos los que atentan contra la personalidad jurídica interna del Estado”, consideración ésta, que ha sido mantenida por esta Corte en fallo de 30 de junio de 2008, en el cual se subrayó que “en ausencia de una norma legal que desarrolle el concepto constitucional de delito político, [se] interpreta que los delitos a los

que hace alusión la frase “delitos políticos” en el numeral 12 del artículo 184 de la Constitución Política de la República de Panamá, [...] refiere a los delitos contra la personalidad interna del Estado y los delitos electorales”.

69. Visto lo anterior, advertimos que se otorgó la condición de asilada en su modalidad territorial a la señora Hurtado Afanador, a pesar de la inexistencia y el consecuente incumplimiento de uno de los elementos sine qua non en la condición de la persona que solicitó el asilo, como es la naturaleza de los motivos que la originan, toda vez que la calificación efectuada por el Órgano Ejecutivo no es cónsona con una persecución de índole político, delitos políticos o delitos comunes conexos con delitos políticos, hecho éste que denota la inobservancia de lo dispuesto en las normas de derecho internacional público y de derechos humanos.

70. El artículo 4 constitucional es un precepto que no es auto aplicativo, sino que nos remite a las obligaciones internacionales derivadas de los convenios o tratados internacionales, como fuente de derecho internacional, que han sido aprobados por el Estado panameño.

71. En el caso particular el artículo 4 de la Carta Fundamental nos conduce a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la Convención sobre Asilo Territorial e igualmente, al artículo 23 del Decreto Ley N° 3 de 22 de febrero de 2008 (fundamento legal del Decreto Ejecutivo acusado), que también impone el acatamiento de los instrumentos internacionales en materia de asilo, entre otras figuras de derecho internacional público, cuando expresa “El reconocimiento de tal condición estará sujeto al ordenamiento jurídico nacional y a los tratados internacionales ratificados por la República de Panamá.”

72. Es menester enfatizar, que la Constitución es la norma suprema de obligatorio cumplimiento general, que vincula todos los actos de los particulares y de las autoridades públicas, por ende, subordina a los poderes del Estado y establece los límites al ejercicio de dichos poderes, de allí se deriva el alcance de superioridad de la Constitución.

73. Por tal razón, los actos de las autoridades públicas tienen que ajustarse y adecuarse a los valores, principios y mandatos constitucionales, siendo la Constitución la norma fundamental que otorga legitimidad a los poderes del Estado, puesto que es el cuerpo normativo supremo que le concede las facultades que tienen que ejercer en atención al principio de normatividad.

74. Lo preceptuado en el artículo 4 constitucional, no obliga solamente al Estado panameño a adecuar su ordenamiento jurídico conforme a las normas de derecho internacional aprobadas, sino que también es impositivo al establecer que se tienen que observar y cumplir, ya que al suscribirse, ratificarse y aprobarse se adoptan como normas de obligatorio cumplimiento y no como meros actos declarativos de los que no deviene responsabilidad alguna.

75. La discrecionalidad en la concesión de la condición de asilado a una persona basada en la soberanía del Estado, no implica el desconocimiento de la responsabilidad de cumplir con las normas de derecho internacional aprobadas y adoptadas por el ordenamiento jurídico nacional, así como tampoco la inexistencia de límites en las actuaciones de las autoridades públicas.

76. Cabe mencionar, que el Estado panameño se ha caracterizado por ser generoso en la concesión de asilo, así para efectos ilustrativos nos referiremos a algunos de los últimos precedentes, en los cuales al momento de ser concedidos fueron observadas las normas de Derecho Internacional Público, al cumplir con lo dispuesto en las Convenciones Internacionales de las cuales Panamá es signataria, siendo lo común en estos casos, que las personas a quienes se les concedió el asilo, se encontraban en circunstancias originadas en persecuciones de origen político.

77. Uno de ellos fue la concesión de asilo al señor Raoul Cedras, mediante Decreto Ejecutivo N°322 de 13 de octubre de 1994, que además fue extensiva tal condición a su esposa Yámbico de Cedras, a sus hijos Raoul Olivier, Cristian y Michelle Cedras y al señor Michelin Alberti.

78. Los hechos que precedieron esta concesión estaban relacionados con el derrocamiento en el año 1991 del Presidente electo de Haití, Jean Bertrand Arístides, por parte del ejército haitiano liderizado por Raoul Cedras, siendo esta una situación en la cual intervinieron el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, organismos internacionales, que adoptaron una serie de sanciones y establecieron un embargo económico contra el gobierno de ipso de la República de Haití.

79. En virtud de esta tensa situación que acontecía, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas preparó una intervención armada a ese país la que sería liderizada por los Estados Unidos, con el propósito de volver al Poder al depuesto Presidente, por tanto, frente a esta situación el General Cedras abandonó su cargo como Jefe Militar de Haití el 10 de octubre de 1994, luego dos días después el propio Jean Bertrand Arístides solicitó al entonces Presidente de la República Ernesto Pérez Balladares la concesión de asilo, a la que se accedió con sustento en facilitar la salida del señor Cedras del territorio haitiano y así contribuir con la restauración de la democracia en dicha Nación. El fundamento de derecho fue el artículo 42 del Decreto Ley N°16 de 1960, modificado por el Decreto Ley N°13 de 1965 y por el Decreto Ley N°38 de 1966.

80. Otro antecedente lo constituye, el asilo otorgado al señor Jorge Serrano Elías, quien luego de haber fracasado un autogolpe de Estado, efectuado por su persona el 25 de mayo de 1993, cuando fungía como Presidente de la República de Guatemala, intentó suspender parcialmente la Constitución, disolver el Congreso y destituir a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, así como la Corte Constitucional de ese país.

81. La concesión de asilo territorial se dio a través del Decreto Ejecutivo N°122-a de 7 de junio de 1993, en el que se determinó que “Panamá tiene la potestad de dar asilo a las personas que en su opinión y por razones de índole política, racial o cualesquiera otras semejantes, así como sus familiares se vean obligados a abandonar su propio país u otro en el que se hallaren, o se vean forzados a ello en búsqueda de protección y garantía de su seguridad personal.”

82. Por otra parte, también se le concedió asilo territorial al señor Abdalá Bucaram, mediante el Decreto Ejecutivo N°79 de 24 de abril de 1997, el que fue fundamentado en el Decreto Ley 16 de 1960, modificado por el Decreto Ley 13 de 1965 y el Decreto Ley 38 de 1966.

83. Esta concesión tuvo su origen en motivos políticos relacionados con los hechos suscitados en la República de Ecuador los días 5 y 6 de febrero de 1997, cuando tuvo éxito una huelga para solicitar al señor Bucaram como Presidente, la eliminación de medidas económicas, calificadas como antipopulares, así como su destitución. Así, el día 6 de febrero de 1997, el Parlamento ecuatoriano haciéndose eco de la petición, declaró al señor Bucaram mentalmente incapacitado, sin haberle realizado un juicio político y examen médico alguno y procedió a revocar su mandato presidencial, alegando tal causal establecida en la Constitución ecuatoriana, para tales efectos.

84. Ante esta situación fáctica, el señor Bucaram viajó a Panamá, junto a su familia en el mes de marzo de dicho año y solicitó al gobierno panameño asilo para su persona, esposa, hijos y hermano, con posterioridad a la emisión de la orden de arresto contra su persona por parte de la Corte Suprema de Ecuador.

85. Referido lo anterior, resulta oportuno puntualizar, que “el régimen constitucional no solo supone la obediencia a la Constitución, sino también a la ley ordinaria. En ese sentido, faltar a la

legalidad, cuyo respeto exige la Constitución, es faltar también al propio orden constitucional. El orden constitucional supone el orden en sí mismo y el de las normas que le son inferiores.” (Pedroche, Carlos Bolívar, El Control de la Constitucionalidad en Panamá, Ediciones Fábrega, López, Pedroche y Galindo, Tomo I, pág. 113)

86. En esa línea de pensamiento, podemos agregar que “La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella constituidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad” (García De Enterría, Eduardo citado por Patiño Cruz, Silvia-Orozco Solano, Víctor en obra citada, pág. 59).

87. Considerando el análisis efectuado, somos del criterio que el acto contenido en el Decreto Ejecutivo N°301 de 19 de noviembre de 2010, no atendió el mandato constitucional dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, toda vez que hemos constatado elementos que contradicen esta norma suprema como centro del ordenamiento jurídico nacional, así las cosas, siendo el objeto del control constitucional el mantenimiento del orden de la Carta Fundamental, cabe la respectiva declaratoria de inconstitucionalidad.

88. Con relación a la infracción del artículo 20 constitucional aducido, debemos indicar que esta norma contiene el principio de igualdad que debe imperar en el trato entre nacionales y extranjeros en el territorio nacional, no obstante, enuncia las causas o razones a las cuales se puede subordinar a los extranjeros a determinadas condiciones respecto a los nacionales.

89. Al examinar este precepto constitucional con el acto acusado, no encontramos sustento jurídico que nos permita inferir que con la expedición del Decreto Ejecutivo N° 301 de 2010, se hubiera realizado algún tipo de distinción en el trato entre algún nacional o extranjero, que los pudiera colocar en el plano de la desigualdad ante la ley, por motivos distintos a los dispuestos en la norma constitucional, por consiguiente, no la consideramos conculcada.

90. De otro modo, se enunció como violado el artículo 29 constitucional, que tutela el derecho humano a la intimidad y reserva de las comunicaciones de las personas que se encuentren en el Estado panameño, además dispone que se requiere la autorización por parte de la autoridad judicial, en caso de interceptación de las comunicaciones que tenga injerencia sobre este derecho fundamental.

91. Este Pleno es del criterio que no existe correlación entre el acto contenido en el Decreto Ejecutivo demandado y la infracción que se hubiera podido originar al derecho a la intimidad de alguna persona, por tanto, no estimamos su vulneración.

92. En ocasión de los razonamientos puntualizados, concluye este Máximo Tribunal que el Decreto Ejecutivo N° 301 de 19 de noviembre de 2010, debe declararse inconstitucional por ser violatorio del artículo 4 de la Constitución Política.

PARTE RESOLUTIVA

93. En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, **PLENO**, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE ES INCONSTITUCIONAL**, el Decreto Ejecutivo N°301 de 19 de noviembre de 2010 “Por el cual se concede asilo territorial a la señora María del Pilar Hurtado Afanador, ciudadana colombiana.”

Notifíquese y Publíquese.

HARLEY J. MITCHELL D. (Fdo.)

ABEL ZAMORANO (Fdo.)
OYDÉN ORTEGA DURÁN (Fdo.)
GABRIEL E. FERNÁNDEZ (Fdo.) (VOTO RAZONADO)
VÍCTOR L. BENAVIDES P. (Fdo.)
SECUNDINO MENDIÉTA (Fdo.)
HARRY A. DÍAZ (Fdo.) (SALVAMENTO DE VOTO)
LUIS R. FÁBREGA S. (Fdo.)
JERÓNIMO MEJIA (Fdo.)
YANIXSA Y. YUEN, SECRETARIA GENERAL (Fdo.)

Entrada N°1208-10. Magistrado Ponente: Harley J. Mitchell D.

Acción de Inconstitucionalidad presentada por la Firma Forense Vega y Álvarez contra el Decreto Ejecutivo N°301 de 19 de noviembre de 2010

SALVAMENTO DE VOTO MAGISTRADO HARRY A. DÍAZ

94. Recibido en nuestro despacho el día 16 de junio de 2014 el expediente contentivo de la Demanda de Inconstitucionalidad solicitada por la Firma Forense Vega & Álvarez, contra el Decreto Ejecutivo N° 301 de 19 de noviembre de 2010 a través del cual se concedió asilo territorial a la señora María Del Pilar Hurtado Afanador en la República de Panamá, procedo a manifestar mi postura dentro del término que el artículo 115 del Código Judicial concede para tal fin.

95. Expreso con todo respeto, que no comparto la decisión adoptada en el presente fallo que declara inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 301 de 19 de noviembre de 2010 “Por el cual se concede asilo territorial a la Señora María del Pilar Hurtado Afanador” por las razones que paso a exponer:

96. En primer lugar, el artículo 4 de la Constitución Política al establecer que la República de Panamá acata las normas de Derecho Internacional, refiere que los tratados internacionales ratificados por Panamá y aprobados mediante ley formal son de obligatorio cumplimiento; es decir, nuestro país al ser signatario de determinado tratado o convenio internacional contrae el compromiso jurídico de adoptarlo mediante Ley de la República, siendo obligatorio su cumplimiento; empero, no gozan de rango constitucional.

97. Por otro lado, el Decreto Ley N° 3 de 22 de febrero de 2008 “Que crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones”, en el Título III, Capítulo V sobre “Extranjeros bajo la protección de la República de Panamá”, artículos 23 y 24 establece:

“Artículo 23. Son extranjeros bajo protección de la República de Panamá, los refugiados, asilados, apátridas y personas bajo estatuto humanitario provisional de protección, que hayan ingresado en gran escala o individualmente al territorio nacional en busca de protección temporal, mientras esperan el retorno a su país de origen o su reasentamiento en un tercer Estado. El reconocimiento de tal condición estará sujeto al ordenamiento jurídico nacional y a los tratados internacionales ratificados por la República de Panamá.”

“Artículo 24. Reconocida la condición de refugiado, asilado o apátrida por la República de Panamá, el Servicio Nacional de Migración otorgará un permiso de residencia temporal válido por un año, prorrogable por igual período, siempre que las autoridades competentes certifiquen que mantiene dicha condición.”

98. De las normas que anteceden es oportuno resaltar, que el asilo fue concedido tomando como base el Decreto Ley N° 3 de 22 de febrero de 2008; para el cual, el citado artículo 24 establece el límite de un año y delega en el Órgano Ejecutivo (y no a la Corte Suprema de Justicia) la función de verificar si las condiciones por las cuales fue otorgado se mantienen, con la finalidad de validar la prórroga de la condición de asilado.

99. En ese orden de ideas, las normas anotadas por el activador constitucional sobre la figura del asilo (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, la Convención sobre Asilo Diplomático de 1954, Convención sobre Asilo Territorial de 1954), no recaen en el plano de infracción constitucional, sino legal al no formar parte del Bloque de la Constitucionalidad; aunado al hecho que no existe disposición constitucional expresa que ampare la figura del asilo en ninguna de sus formas, por lo que reiteramos que una vez concedido atendiendo a los tratados internacionales ratificados por la República de Panamá, corresponde específicamente al Servicio Nacional de Migración verificar la prórroga o no de la asistencia humanitaria otorgada al asilado.

100. Lo anterior quiere decir, que lo solicitado por el activador constitucional no debió ventilarse ante esta instancia; sino, a través de la vía ordinaria correspondiente, pues la facultad de conceder asilo en el territorio de la República de Panamá, no forma parte siquiera, de las atribuciones constitucionales que el artículo 184 de la Constitución Política confiere al Presidente de la República con la participación del Ministro (de Relaciones Exteriores en este caso); por tanto, trata de una facultad legal que viene dada a raíz de las normas adoptadas por nuestro país en dicha materia. Es por ello que declarar la inconstitucionalidad; por primera vez en la historia de la jurisprudencia patria, de un asilo, escapa de la competencia de la Corte Suprema de Justicia, y por ende mal podría hacerse justicia constitucional.

101. Así las cosas, comparto el criterio externado por Ministerio Público en la Vista N° 1 de 13 de enero de 2011 al expresar:

“... que la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el alcance del artículo 4 de la Constitución Política, en el sentido que, si bien las normas internacionales aprobadas por las leyes panameñas resultan de cumplimiento obligatorio, la consecuencia jurídica de esa exigencia es la de adecuar nuestra legislación interna a lo establecido en aquellos convenios internacionales, ya que los mismos solamente tienen valor de ley de jerarquía constitucional.

Visto lo que antecede, queda claro que los convenios o tratados internacionales, por sola suscripción y/o ratificación del Estado Panameño, no entran a formar parte del “Bloque de la Constitucionalidad”, sino que tal condición tiene que ser declarada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ...

... que los artículos de los instrumentos internacionales citados por el demandante no forman parte del bloque de la constitucionalidad panameña, sino que han de ser tenidos como parte de la legislación nacional, resulta necesario abordar otro aspecto importante que se circunscribe a las atribuciones constitucionales que el Máximo Estatuto Fundamental de nuestro país, le confiere al Presidente de la República, con la participación del Ministro Respectivo.

... el artículo 184 de nuestra Ley Suprema, establece el catálogo de atribuciones que ejerce el Presidente de la República, con la participación del Ministro de Estado que corresponda y

entre las descritas no se anota la concerniente a la concesión de asilo, lo cual a mi parecer, convierte esta figura del derecho público internacional, en una cuestión jurídica que debe ser tratada bajo el amparo de las leyes nacionales o de instrumentos supranacionales que, ratificados por nuestro país, formen parte de la legislación patria.

Expuesto, en otros términos, el otorgamiento de un asilo territorial debe ser abordado u objetado como un tema de legalidad, ante la jurisdicción ordinaria correspondiente, ya que su concesión no es producto de una facultad constitucional, sino legal, del Presidente de la República. En lo que concierne al argumento del accionante, respecto a que la figura del asilo es asimilable a la del indulto presidencial, debo indicar, en base a lo que he venido exponiendo, que tal postura es desatinada, pues mientras la concesión del último (indulto) corresponde a una atribución constitucional de Presidente de la República, el primero (asilo) se otorga gracias al producto de una facultad legal de dicho mandatario. Como quiera que también, el licenciado ÁLVAREZ TORRES, al referirse al otorgamiento del asilo demandado, sugiere la desnaturalización de una institución de protección de derechos humanos, creo oportuno aclararle que aunque la figura en alusión representa un instrumento del derecho internacional público que conlleva fines humanitarios, no constituye un derecho fundamental e inalienable para la persona que lo solicite, ya que es el Estado receptor o asilante, quien, basado en sus principios de soberanía nacional, decide unilateralmente, concederlo o no.

...

En cuanto al argumento correspondiente a que la concesión de asilo territorial atacado, se infringe la norma de la Constitución Política que regula el derecho a la intimidad (artículo 29), soy de la convicción que no se ha infringido tal normativa, pues, en primera instancia, las actividades delictivas que el activador constitucional indica se le atribuyen a la beneficiaria del asilo, de haber sido ejecutadas, ocurrieron fuera del territorio nacional y no existen indicios que nos lleven a concluir que se configuren las circunstancias necesarias para que se produzcan las excepciones de la de extraterritorialidad de la ley penal panameña.

En lo que respecta al alegato de que con el Decreto demandado se rompe el principio universal de igualdad (artículo 20), porque se beneficia a MARÍA DEL PILAR HURTADO AFANADOR, con una protección política y territorial, en desmedro de la persecución judicial y de la posible imposición de sanción, por la presunta comisión de delitos o conductas penales, debo señalar; que el principio constitucional que recoge la disposición en referencia, alude a la igualdad de los nacionales y extranjeros ante la Ley, la cual se encuentra estrechamente relacionada con lo preceptuado en el artículo 19 del Estatuto Supremo, en cuanto a la prohibición de fueros y privilegios, ni a la discriminación por razones de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas.

Aunque se le haya concedido a MARÍA DEL PILAR HURTADO AFANADOR, un asilo territorial, no significa que se le otorgó algún privilegio de los que prohíbe la Constitución Política, pues la figura jurídica en referencia se encuentra prevista en la legislación nacional y conlleva las regulaciones necesarias para su efectividad y conducencia.

El análisis de estas dos últimas disposiciones (artículo 20 y 29 de la Constitución Política), lo introduzco con el solo propósito de solventar todos los argumentos jurídicos abordados por el demandante, aunque reitero que mi opinión se centra en el hecho que el tema cuestionado a través de la presente acción constitucional debe ser resuelto por la vía de la legalidad.”

102. Asimismo, comparto el criterio que fuera vertido por el Magistrado Alejandro Moncada Luna en sus observaciones al proyecto, al expresar su disenso y coincidir con el criterio

expresado por el Ministerio Público al señalar “que, si bien los tratados internacionales aprobados por leyes de la República son de obligatorio cumplimiento, la consecuencia jurídica de esa obligación es la de adecuar la legislación interna a lo dispuesto en dichos convenios internacionales, porque éstos solo tienen formalmente valor de ley y carecen de jerarquía constitucional.”

103. De igual manera participo de su criterio respecto que “... Panamá es signataria de la Convención sobre Asilo Territorial (Caracas 1954), incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley 42 de 2 de diciembre de 1957 ... y que la exposición de motivos de la citada Convención indica que su contenido se inspiró (entre otros) en principios generales como reafirmar el derecho soberano de los Estados de recibir en su territorio a quienes estimen convenientes” y en consecuencia, el artículo 1º de la convención indica que “Todo Estado tiene derecho, de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno”.

104. En ese orden de ideas, el Magistrado Moncada Luna advirtió también que en consonancia con la norma en comento; el artículo 23 del Decreto Ley 3 de 22 de febrero de 2008 al disponer que la condición de asilado está sujeta al ordenamiento jurídico nacional y a los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, refiere que el Asilo Territorial “es objeto de regulación internacional, no sólo por una convención interamericana especial, sino por instrumentos universales”; así, “la reglamentación especial en esta materia emana de la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas de 1954, la cual ... vincula la figura del asilo territorial con la potestad de los Estados de admitir soberanamente en su territorio a quienes estime pertinente”.

105. Por tanto, vale aclarar, que no ha sido el propósito del Decreto Ejecutivo N° 301 de 19 de noviembre de 2010, el posibilitar que la ciudadana de nacionalidad colombiana MARÍA DEL PILAR HURTADO, se sustraiga de la jurisdicción competente de juzgarla por la supuesta comisión de un delito común; sino, brindar el apoyo humanitario solicitado al Estado Panameño, el cual estimó prudente conceder en virtud de su potestad soberana.

106. Obsérvese que dicha solicitud se basó en la manifestación de preocupación y temor por la seguridad personal de la solicitante, dado el matiz político atribuido a la situación en concreto; y en atención a ello, el Órgano Ejecutivo determinó la favorabilidad del asilo territorial, basándose en requerimientos de estabilidad social y política de la región, lo cual es cónsono con la finalidad de la figura en comento.

107. Lo anterior encuentra sustento en el hecho que, tanto el asilo diplomático como el asilo territorial como formas de asilo político, tienen como finalidad, proteger a cualquier persona perseguida por razones gubernamentales o políticas, con la distinción que el primero, es concedido dentro de un territorio ficticio (embajadas, buques de guerra, etc.) y el segundo del que se goza dentro del territorio del Estado que lo concede.

108. Por las razones expuestas, debo enfáticamente salvar mi voto.

109. Fecha ut supra.

HARRY A. DÍAZ Magistrado (Fdo.)

YANIXA Y. YUEN Secretaria General (Fdo.)

VOTO RAZONADO DEL MAGISTRADO GABRIEL ELÍAS FERNÁNDEZ

110. Debo expresar que en la sesión de 29 de mayo de 2014, en donde se ventiló la inconstitucionalidad solicitada a este Pleno por la firma forense Vega & Álvarez contra el Decreto Ejecutivo No. 301 de 19 de noviembre de 2010, “Por el cual se concede asilo territorial a la señora María del Pilar Hurtado Afanador, ciudadana colombiana”; manifesté lo siguiente: “Analicemos primeramente que la señora MARÍA DEL PILAR HURTADO, era la Directora D.A.S., Departamento de Seguridad de Toda Colombia, un ente eminentemente político de control social, que no solamente tiene Colombia, sino que tienen todos los Estados de todos los países del mundo, para poder garantizar el tipo de Estado o de gobierno escogido. Reflexionemos que esta señora ejercía sus funciones en el gobierno del ex presidente Uribe y sale de Colombia cuando toma posesión el actual presidente Santos, y es un hecho conocido y notorio los conflictos y las contraposiciones dadas entre Uribe y Santos a lo largo de esta historia, es ahí donde cae en la posición del derecho de asilo, y es que el derecho de asilo ha sido, como se ha manifestado, sumamente protegido en América Latina por la cantidad de regímenes de facto que se han dado y las persecuciones jurídicas vinculadas a situaciones políticas y esto recuerda a los líderes estudiantiles en este país que cuando el régimen quería contrarrestarlos en sus movimientos o en sus actividades políticas los llevaba a la jurisdicción administrativa para seguirle juicios como cualquier hecho común u ordinario. Lo cierto es que esa señora al estar en ese departamento de seguridad tuvo que haber cumplido algunas funciones para la propia seguridad y el Estado colombiano, sabiendo todo lo conflictivo y problemático que es la República de Colombia con todos sus ambientes políticos sociales, desde los más recalcitrantes armados, hasta lo más sensual de la literatura, ante esas verdades, considero que se defienda la institución del Asilo, no dejo de sentirme incomodo con lo advertido aquí, ciertamente, que en derecho se tiene razón de que la resolución del Decreto de Gabinete atacada no fue debidamente fundamentada, eso lo alcanzo a comprender, pues esa es una gran debilidad; pero de eso a desconocer que en este caso, que esta persona que si bien está acusada por delitos comunes, no es menos cierto que esos delitos comunes están relacionados con actividades políticas en las que se vieron afectados personas que ahora están en el régimen, pero que habían participado, el propio Santos, como Ministro del Interior, que era jefe de ella, entonces tenemos que ver todo este ambiente socio-político para entonces decidir si realmente vamos a desconocer un instituto tan importante para América Latina, por irnos por puros tecnicismos jurídicos”.

111. Luego del intercambio de criterios y reflexiones realizadas me llevó a la opinión de acompañar el proyecto debido a que el mismo iba a acoger las reflexiones.

112. Al leer la sentencia podemos notar que, no acogió todo lo reflexionado en la discusión del Pleno, para nutrir de mejor manera la Sentencia; razón por la cual emitimos este voto razonado, pues conceptuamos que pudo haberse nutrido con los tópicos que aquí ahora presentamos.

113. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra Asilo significa “sitio inviolable”, “lugar privilegiado de refugio para los perseguidos”. Para Francisco Galindo Vélez, en su obra “El Asilo en el Sistema de las Naciones Unidas y en el Sistema Interamericano”, es “la protección que un Estado otorga en su territorio o en otro lugar bajo el control de alguno de sus órganos, a una persona que llega a buscarlo”.

114. El Asilo es una figura tan antigua como la humanidad, ya que se practicaba tanto en los pueblos antiguos y en las razas primitivas, pues se dice que su existencia responde al instinto de supervivencia propio del ser humano, el cual se manifiesta ante cualquier peligro, y para lo cual era necesario encontrar un lugar que garantizase su protección. Además, hay que reconocer que para esa época el Asilo no encontraba sustento alguno, que fuese más allá de ese instinto de supervivencia del ser humano.

115. No obstante, hay quienes señalan que no existe un criterio uniforme respecto a cómo surge esta institución en los pueblos antiguos, pero se puede tomar en cuenta que casi todas las instituciones políticas y sociales han surgido con base a creencias religiosas, por lo que el Asilo no puede tomarse como una excepción a la regla.

116. Asimismo, se tiene que la misma existencia de esta institución ha sido cuestionada en pueblos como los egipcios, hindúes y hebreos, pero en la antigua Grecia, surge como un medio de defensa en contra de los designios de la fatalidad, alcanzando en ese lugar grandes proporciones.

117. En el pueblo romano, la leyenda propia que narra el surgimiento de ésta, nos dice que el mismo Rómulo fundó Roma en torno al templo que consagró al dios "Asoleo", por lo que para los romanos era fundamental el respeto al derecho de asilo.

118. Cuando miramos hacia la historia del cristianismo, podemos ver que al final de las sangrientas persecuciones en contra de los cristianos, y gracias a la política de tolerancia religiosa fijada por Constantino, eso trajo consigo un nuevo impulso al derecho de asilo, pero basado en los principios fundamentales de la doctrina cristiana, donde se da el respeto a la caridad y al perdón de los pecados por medio de la expiación.

119. Para los bárbaros, el Asilo fue una seria limitación a la venganza bajo un serio respeto a la paz de las iglesias, de la cual al violarse podía conllevar la aplicación de rígidos castigos, que podían incluir hasta la pena capital.

120. Con el feudalismo rodeado de una vasta legislación eclesiástica, la cual fue codificada por Graciano en 1140, quien aporta una marcada disciplina al Asilo Religioso, el cual se encontraba en su apogeo y regido por disposición de la Iglesia, llegando a ser hasta extendido a los crímenes muy graves. Este tipo de Asilo encuentra su decadencia en los siglos XIII Y XIV, al darse un resurgimiento al estudio del Derecho Romano, donde el Asilo se consideraba como una institución de Derechos Humanos, por lo cual el Estado y no la Iglesia, debía tener la facultad de reglamentarlo e inclusive abolirlo.

121. Precisamente, el Asilo contemporáneo surge cuando el Asilo Religioso fue decayendo, aunque se reconoce que la Iglesia se rehusó a renunciar a este privilegio; sin embargo, ya muy adentrado el siglo XVIII, el Asilo es practicado en el viejo continente en sus dos modalidades, especialmente el Asilo Diplomático, pero bajo el estallido de la Revolución Francesa, ya casi no existía por su extenso abuso al concederse y por considerarse que atentaba contra la soberanía estatal.

122. En una concepción moderna el asilo es asociado con los Derechos Humanos, como una condición indispensable para que se dé el respeto y protección de la dignidad humana de toda persona, sobre todo frente a cualquier situación atentatoria de índole política, religiosa o racial.

123. El asilo en la concepción también se ve asociado con los tratados de Westfalia, de Muster y de los Pirineos, los cuales a su vez tiene relación con la aparición de los estados modernos, y marcando una concepción moderna de esta institución, sobre todo con el de Westfalia. Precisamente, en este último se consagra la instauración de las misiones diplomáticas

en cada Estado, así como dos nuevas variantes del asilo: el asilo Diplomático y el Asilo Territorial. El primero en la actualidad se entiende como la protección dada al perseguido en el territorio distinto al del Estado que concede este asilo, mientras que en el segundo se tiene como una protección que se le otorga al perseguido dentro del territorio del Estado asilante. A estos dos tipos de asilos también se les ha denominado bajos los nombres de Asilo Político y Refugio, respectivamente.

124. Al adentrarnos a nuestro Continente, tenemos que es aquí donde más se han llevado los significativos esfuerzos para regular esta institución, dando inicio con éste a la Convención sobre el Asilo, suscrita en la Habana en el mes de febrero de 1928, la cual se ha venido perfeccionando al paso del tiempo y las subsecuentes convenciones americanas, como la Convención de Asilo Político de Montevideo de 1933, y la Convención de Carracas sobre Asilo Diplomático y Territorial de marzo de 1954.

125. De igual forma, es necesario la relación que hay entre estas convenciones y la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde en su artículo 14, se establece el derecho de toda persona de buscar asilo y disfrutar de él, en caso de persecución.

126. Finalmente, no debo dejar de señalar que, en el presente caso era necesario realizar una especie de aplicación analógica del principio general del "favor rei", el cual como todos sabemos implica que ha de aplicarse la ley que sea más benigna a los intereses del acusado. De ahí que, al extenderse este principio al presente caso, por lo menos considero que la presente decisión debió analizar la declaratoria de inconstitucionalidad o no, del acto demandado, tomando en cuenta los factores socio-político que giran en torno a la acusación formulada en contra de la señora María del Pilar Hurtado, donde como ya hemos mencionado, se le acusa en su país de haber cometido delitos comunes, pero sin que éstos dejen de ser vistos y perseguidos bajo un ambiente meramente político, por lo que no debió limitarse la presente decisión en contener un razonamiento restrictivo del caso bajo un plano estrictamente jurídico, por lo que se debió analizar la conveniencia o no, de potenciar el favor asilante.

127. Todas las razones que expusimos en los párrafos que anteceden, son las que nos han llevado a formular el presente Voto Razonado.

MAGISTRADO GABRIEL E. FERNÁNDEZ (Fdo.)

YANIXSA YUEN SECRETARIA GENERAL (Fdo.)

Contribuciones de la jurisprudencia panameña a la práctica en materia de asilo: comentarios a la sentencia de 23 de mayo de 2014*

Gianfranco Smith^ψ

*Autor para Correspondencia. E-mail: gsmith@gmsatlaw.com

Recibido: 18 de diciembre de 2019
Aceptado: 06 de junio de 2020

La sentencia de 23 de mayo de 2014 (“la Sentencia”) resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el abogado Ángel Álvarez Torres en contra del Decreto Ejecutivo No. 310 de 19 de noviembre de 2010¹ (“El Decreto Ejecutivo No. 310”), por el cual el Estado Panameño concedió asilo político a María del Pilar Hurtado, directora del departamento administrativo de Colombia de seguridad durante la administración del ex presidente Álvaro Uribe. En dicha Sentencia, la Corte Suprema de Justicia (“la Corte”) dictaminó que el asilo concedido a María del Pilar Hurtado fue inconstitucional por violar el artículo 4 de la Constitución², que establece la obligación de cumplir con las normas de derecho internacional a nivel interno. Según la Corte, dicha violación ocurrió porque no se tomó en cuenta que la Convención sobre Asilo Territorial de 1954³, de la cual Panamá es parte, la existencia de una persecución política en contra del solicitante. En su lugar, el Decreto Ejecutivo No. 310 se refirió únicamente a “la preocupación y temor por la seguridad” de la solicitante, siendo la

* Acción de Inconstitucionalidad presentada por la Firma Forense Vega y Álvarez contra el Decreto Ejecutivo N°301 de 19 de noviembre de 2010, Entrada N°1208-10, Magistrado Ponente: Harley J. Mitchell D.

^ψ Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad Santa María La Antigua, *Magna Cum Laude*); Especialista en Docencia Superior (Universidad Santa María La Antigua, *Summa Cum Laude*). Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos, Universidad Santa María La Antigua; Profesor Adjunto de Derecho Internacional, Facultad de Relaciones Internacionales, Universidad del Caribe; Relator de Panamá para el módulo “*International Law in Domestic Courts*” de Oxford University Press. Cursos y seminarios especializados en Derecho Internacional en la Academia de la Haya de Derechos Internacionales y la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.

¹ DECRETO EJECUTIVO N° 310 (19 de noviembre de 2010), Por la cual se concede asilo territorial a la Señora María del Pilar Hurtado Afanador, ciudadana colombiana.

² PANAMÁ, Constitución Política de la República (11/10/1972).

³ CONVENCION SOBRE ASILO TERRITORIAL, Caracas (28 de marzo de 1954).

base para otorgar el asilo como una forma de “cumplir con los requerimientos de estabilidad social y política de la región”.

No cabe duda de que la decisión de la Corte fue parcialmente acertada y que realiza una importante contribución a la práctica panameña en materia de asilo. Sin embargo, algunos argumentos expuestos en la Sentencia deben ser revisados, desde una perspectiva de derecho internacional, con el propósito de aclarar algunos razonamientos y conclusiones que no son del todo ciertas. En consecuencia, este artículo analizará las condiciones que según la Corte deben existir para que el Estado panameño otorgue un asilo, así como el fundamento legal del mismo. Otras cuestiones igualmente importantes, tales como el rol que desempeña el artículo 4 de la Constitución como una disposición interna que consagra el deber de cumplir con las obligaciones internacionales; la definición de delito político aceptada por la Corte; y, finalmente, el valor ciertas declaraciones internacionales, también serán analizadas como parte de los argumentos subsidiarios de la Corte.

La primera parte de la sentencia reconoce al artículo 4 de la Constitución como una norma que establece la obligación jurídica de cumplir con los tratados vinculantes para Panamá. Según la Corte, se trata de una norma que reitera el principio *Pacta Sunt Servanda*, codificado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴. Aunque esta interpretación es bastante restringida, por referirse únicamente a los tratados como normas internacionales cubiertas por el artículo 4 de la Constitución, debe reconocerse que el razonamiento de la Corte sobre los sujetos obligados al cumplimiento del mismo fue mucho más amplio, ya que la Corte manifestó que dicha norma “vincula a los actos de todas las personas que se encuentran en el territorio nacional, así como los actos de las autoridades...”, lo cual permite inferir que tanto los agentes estatales como los individuos particulares tienen el deber jurídico de cumplir con los tratados internacionales.

Con fundamento en lo anterior, existía el deber de fundamentarse en los tratados internacionales al momento de conceder asilo a María del Pilar Hurtado, una obligación desarrollada mediante el artículo 23 del Decreto Ley No. 3 de 22 de febrero 2008⁵, el cual establece que el reconocimiento de la condición de asilo estará sujeto a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico interno y en los tratados internacionales. Al ser parte de la Convención sobre Asilo Territorial de 1954, el asilo concedido a María del Pilar Hurtado debía estar fundamentado en la existencia de una persecución política, requisito previsto en el artículo 2 de la misma, y confirmado posteriormente en la opinión consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, en la cual la Corte Interamericana de Derecho Humanos (“CIDH”) confirmó que “...luego de obtenida su independencia [los Estados], se fueron organizando políticamente y comenzaron a adoptar tratados bilaterales o multilaterales para reglamentar el asilo en beneficio de los perseguidos políticos...”⁶.

⁴ CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, Viena (23 de mayo de 1969).

⁵ PANAMÁ, Decreto Ley N° 3 (22 de febrero de 2008), Que crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones.

⁶ La Institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación al artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva de 30 de mayo de 2018. OC-25/18. ¶ 78. [En adelante “Opinión Consultiva OC-25/18”].

La existencia de este requisito fundamental no fue argumentada por María del Pilar Hurtado en su solicitud y tampoco fue mencionado en el Decreto Ejecutivo No. 310, el cual únicamente expresó “la preocupación y temor por la seguridad” de la solicitante, y se refirió a la necesidad de contribuir con “los requerimientos de estabilidad política de la región”. Ninguno de estos dos argumentos era suficiente para justificar el asilo desde una perspectiva de derecho internacional. Por ende, la conclusión de que el Decreto Ejecutivo No. 310 era violatorio al artículo 4 de la Constitución, por ignorar el requisito de persecución política previsto en la Convención de Asilo, fue acertada.

Existen precedentes internacionales que facultan al Estado que concede el asilo calificar provisionalmente la conducta del solicitante, con el objetivo de determinar si esta constituye o no un delito político⁷. No obstante, dicha calificación debe realizarse respetando los estándares internacionales sobre la materia, principalmente aquel que prohíbe conceder asilo a personas requeridas por delitos comunes, una restricción a la que se refirió la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) en su emblemático caso de Asilo entre Colombia y Perú, al interpretar al artículo 1 de la Convención de la Habana de 1928⁸ (de la cual Panamá es Estado parte). En ese caso, la CIJ indicó que el asilo protege a los perseguidos políticos de medidas extrajudiciales en su contra, y que, por ende, no debe ser utilizado en contra del funcionamiento de justicia⁹ (ICJ Report 1950, página 284).

María del Pilar Hurtado no era una persona perseguida políticamente, o por lo menos no desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico interno. Ella era requerida por las autoridades colombianas por cargos de “interceptaciones telefónicas”, un delito tipificado en el capítulo III del Título II del Código Penal de Panamá¹⁰. De acuerdo a la jurisprudencia panameña, los delitos políticos tienen que ver con aquellos que atentan contra la personería jurídica interna del Estado¹¹, una categoría ampliada por el fallo de 30 de junio de 2008 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, al incluir los delitos electorales en la misma¹². Sin perjuicio de las críticas que pueden hacerse a la definición de delitos políticos establecida por la jurisprudencia nacional, el fundamento anterior sirve como referencia para descartar todo argumento a favor de María del Pilar Hurtado como persona perseguida políticamente. En ese sentido, el Decreto Ejecutivo No. 310 no solo carecía de fundamento, sino que tampoco era procedente porque la acusación en contra del María del Pilar Hurtado no tenía como base un delito político a los ojos de la legislación panameña.

La Corte también se refirió al derecho de buscar asilo como un derecho humano, consagrados en importantes instrumentos internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos (“CADH”) (Artículo 22), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (“DADDH”), y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (“DUDH”). Si bien el carácter vinculante de la CADH fue reconocido en la Sentencia, no ocurrió lo mismo con la DADDH y la DUDH, pues ambas fueron entendidas como instrumentos que “tienen como objetivo establecer criterios de interpretación común de los derechos y libertades fundamentales que deben ser

⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: caso de asilo Colombo-peruano, decisión de noviembre 20, 1950: ICJ Report, 1950, P.273-274. [En adelante “Caso de Asilo”].

⁸ CONVENCION SOBRE ASILO, La Habana (20 de febrero de 1928).

⁹ CASO DE ASILO, p. 284.

¹⁰ PANAMÁ, Ley N° 14 (18/5/2007), que adopta el Código Penal.

¹¹ Sentencia de 28 de agosto de 1996, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

¹² Sentencia de 30 de junio de 2008, Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

universalmente respetados”. Al margen de las bondades que pueden rescatarse de la consideración sobre el valor jurídico de ambas declaraciones, el criterio de la Corte deja la impresión de que hubo un desconocimiento de otras fuentes de derecho internacional y de cómo este tipo de instrumentos contribuyen a su formación. La Corte perdió de vista los argumentos a favor de los efectos vinculantes de la DUDH como parte integral de la Carta de las Naciones Unidas o en virtud de la costumbre internacional, respaldados por un amplio sector académico, integrado por profesores de la talla de Louis Sohn, quien ha reconocido expresamente que la DUDH “consagra un catálogo de derechos que se ha convertido en un componente básico de la costumbre, vinculante para los Estados”¹³. Tampoco se tomó en cuenta el dictamen de la opinión consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, en la cual la CIDH confirmó el valor jurídico de la DADDH al mencionar que “la Asamblea General de la Organización [de Estados Americanos] ha reconocido además, reiteradamente, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA...”¹⁴. La ausencia de este tipo de argumentación en la Sentencia, incluso en contra de la posición manifestada, permite concluir que la Corte tomó la decisión correcta con fundamentos débiles o incompletos.

Otro aspecto que merece ser destacado es el reconocimiento hecho por la Corte al asilo diplomático como una modalidad del asilo político, a pesar de que su validez jurídica es cuestionada. Según la Corte, este tipo de asilo es aquel que “se requiere y concede dentro de una embajada u otro lugar bajo la autoridad del Estado, e igualmente regido por el derecho internacional”. No se discute que este tipo de asilo es generalmente concedido en las premisas diplomáticas de los Estados, sin embargo, existen dudas sobre si realmente es respaldado por normas internacionales, o, por lo menos, por una de derecho internacional general. Para los países latinoamericanos no existe ningún problema, pues la mayoría forman parte de la Convención sobre Asilo Diplomático de 1954¹⁵, que permite otorgar este tipo de asilo. El problema existe cuando se concede un asilo de este tipo dentro de una premisa diplomática dentro del territorio de un Estado que no forma parte de dicha convención, ya que surge inmediatamente la pregunta de si el Estado receptor está obligado a respetarlo en virtud de una norma consuetudinaria que lo respalde. En el caso de asilo entre Colombia y Perú, la CIJ declaró no probado el argumento colombiano sobre la existencia de una costumbre que sustentara el asilo diplomático oponible a Perú, pero no descartó la posibilidad de que una norma de esta naturaleza existiera¹⁶. Esta posibilidad fue descartada unas décadas más tardes, en la reciente opinión consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, en la cual la CIDH negó la existencia de suficiente *opinio juris* que sustentara la práctica latinoamericana de otorgar asilo diplomático como parte del derecho internacional consuetudinario, siendo regulado consecuentemente por tratados bilaterales o multilaterales, o por en virtud de la legislación interna con fundamento en la “tradición latinoamericana del asilo”¹⁷. Este fragmento de la sentencia deja evidencia del criterio panameño sobre la naturaleza jurídica del asilo

¹³ SOHN, Louis (1992): “The new international law: protection of rights of individual rather than states”, *American University Law Review*, vol. 32, No. 1, p.17.

¹⁴ Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva de 14 de julio de 1989. OC-10/89. ¶ 42.

¹⁵ CONVENCION SOBRE ASILO DIPLOMATICO, Caracas (28 de marzo de 1954).

¹⁶ CASO DE ASILO, p. 277.

¹⁷ Opinión Consultiva OC-25/18, ¶162-163.

diplomático, sirviendo, a su vez, como sustento del *opinio juris* para la formación de una norma consuetudinaria sobre la materia.

La sentencia de 23 de mayo de 2014 realiza grandes aportes a la práctica panameña en materia de derecho internacional de asilo, ya que expone del criterio jurídico de nuestras autoridades judiciales sobre este tema de suma importancia para el derecho internacional. Se dejó claro que la existencia de una persecución política es un elemento fundamental para concederle un asilo político. También se proporcionó una definición de delitos políticos, que a pesar de su inexactitud, funciona como parámetro al evaluar la conducta de un solicitante de asilo. Sin perjuicio de las imprecisiones en cuanto a las fuentes del derecho a buscar asilo, la conclusión de la Corte es acertada al reconocer que esta institución también está regulada por normas internacionales, que deben ser cumplidas en virtud del artículo 4 de la Constitución.

Finalmente, la aceptación del asilo diplomático en la sentencia de 23 de mayo de 2014 confirma el reconocimiento de esta institución como una regulada por normas jurídicas internacionales, como parte de la tradición latinoamericana del asilo. Con sus aciertos y desaciertos, los razonamientos y conclusiones en la sentencia de 23 de mayo de 2014 sirven para orientar la práctica panameña en materia de asilo, que debe ajustarse a los estándares internacionales mencionados, de los cuales carece nuestra política exterior desde hace décadas.

Revista especializada semestral "Iustitia et Pulchritudo" Instrucciones para publicación

1. Definición

La revista "Iustitia et Pulchritudo" ISSN 1607-4319, es una publicación periódica semestral (dos números regulares, anualmente) publicada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua, de Panamá.

Esta publicación periódica es especializada, centrada en las disciplinas de las ciencias jurídicas delimitadas dentro del campo de conocimiento 0056 (Derecho), de la Clasificación UNESCO: Nomenclatura para los Campos de las Ciencias y las Tecnologías: 5601, 5602, 563, 5604, 5605 y 5699. Entre estas disciplinas se cuentan: teoría del derecho, filosofía del derecho, filosofía política, derecho comparado, derecho civil, derecho penal y procesal, derecho político, derecho constitucional, derecho mercantil, derecho tributario, derecho laboral, derecho administrativo, derecho internacional, ética jurídica, derecho ambiental, derecho registral, derecho del consumidor, derecho informático, derecho comercial, derecho romano, historia del derecho, sociología del derecho, análisis económico del derecho, gobierno, así como cualquier disciplina o interdisciplina afín. Así mismo, aquellas referidas a campo de conocimiento 0059 (Ciencias Políticas).

Iustitia e Puchritudo está abierta al personal docente e investigativo de la Universidad Católica Santa María La Antigua y acepta gustosamente colaboraciones de investigadores provenientes de otros Centros de Educación Superior, Entidades Gubernamentales o Institutos de Investigación nacionales o extranjeros.

2. Política Editorial.

2.1. Todos los artículos serán responsabilidad exclusiva de los autores. Con el fin de prevenir el fraude o el plagio, la Universidad Católica Santa María La Antigua podrá verificar datos sobre la trayectoria científica de los autores y, sobre esta base, decidir sobre su publicación definitiva.

2.2. Existirán dos tipos de artículos, según su origen: colaboraciones regulares enviadas por los autores y colaboraciones solicitadas por el Editor. En el primer caso, los trabajos serán enviados a revisión por parte de evaluadores externos, libremente seleccionados por el Editor, quienes de manera imparcial y anónima aprobarán, recomendarán cambios o rechazarán la publicación del trabajo remitido. En el segundo caso, será prerrogativa final del Editor publicar o no la colaboración solicitada.

2.3. Los trabajos a ser considerados para publicación deberán ser absolutamente inéditos. Los mismos deberán ser enviados vía correo ordinario o electrónico, a la siguiente dirección:

Director Editor
Revista Iustitia et Pulchritudo
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Católica Santa María La Antigua (USMA)
Apartado 0819-8300
Panamá, República de Panamá

O por email a: revista.iustitia@usma.ac.pa

2.4. Los artículos enviados serán publicados Ad Honorem y la revista retribuirá su aporte otorgando gratuitamente a cada colaborador un número determinado de copias de la publicación.

2.5. La Universidad Católica Santa María La Antigua conservará los derechos de autor sobre el material impreso en la edición de la que se trate. El autor mantendrá sus derechos de autor sobre ediciones sucesivas.

2.6. No se devolverán colaboraciones no solicitadas por el Editor.

3. Especificaciones Técnicas para las Colaboraciones.

3.1. La revista publicará varios tipos de colaboraciones:

3.1.1. Ponencias o resúmenes de ponencias presentadas en congresos especializados o profesionales.

3.1.2. Trabajos de investigación jurídica (bibliográfica, hermenéutica o socio-jurídica).

3.1.3. Jurisprudencia.

3.1.4. Análisis de Jurisprudencia.

3.1.5. Artículos de Opinión (fundamentada con referencias) sobre asuntos de naturaleza jurídica.

3.1.6. Cartas al Editor.

3.2. Los cuatro primeros tipos de colaboraciones arriba detalladas (3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 y 3.1.4) se redactarán dirigidas a un público especializado, su extensión máxima ordinaria será de treinta (30) cuartillas, escritas a espacio sencillo, tipos Garamond o Times New Roman, doce (12) puntos.

3.3. Los trabajos de los dos últimos tipos (3.1.5 y 3.1.6) se redactarán dirigidas a un público general, su extensión máxima ordinaria será de cinco (5) cuartillas, escritas a espacio sencillo, tipos Garamond o Times New Roman, doce (12) puntos.

3.4. Todos los trabajos deberán tener un título claramente identificado. Adjunto al título irán el nombre del o los autores, así como su filiación institucional y su dirección postal y electrónica. El primer autor listado será considerado como Autor Principal y a él será dirigida cualquier comunicación referente al trabajo. Toda esta información deberá concentrarse en una misma página, exclusiva para estos fines. Así mismo, los cuatro primeros tipos de colaboraciones arriba detalladas (3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 y 3.1.4) deberán contar con, al menos, cinco referencias bibliográficas, en cada caso.

3.5. Para todos los tipos de escrito:

- Deberán usarse las unidades del Sistema Internacional de medidas, obligatoriamente.
- Las referencias bibliográficas deberán listarse según las normas editoriales de la Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Puede encontrar una guía en <http://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/Norm2>
- Se pide a cada autor principal que provea una traducción, al idioma inglés, del resumen ejecutivo (abstract) de su escrito. En caso de no poder proveerse, el Director-Editor procederá a efectuar la traducción de dicho resumen.

3.6. Los textos enviados para ser considerados para publicación, deberán ser remitidos en forma de documentos editables, escritos usando el procesador de palabra Microsoft Word.

4. Advertencia / Disclaimer

Las opiniones expresadas en artículos que aparezcan impresos dentro de esta publicación son de responsabilidad exclusiva de los autores correspondientes. No reflejan las opiniones o puntos de vista de la comunidad de la USMA (la Universidad Católica Santa María la Antigua) ni de sus directivos, personal administrativo, docente o educando. Las denominaciones empleadas en esta publicación y la presentación de los datos que contengan los trabajos que aquí se publiquen, no implican la expresión de juicio alguno por parte de la USMA ni de los miembros de su comunidad académica sobre la condición de cualquier persona natural o jurídica y la USMA se exime completamente de cualquier responsabilidad legal derivada.

The views expressed in articles that appear in print within this publication are of the sole responsibility of the respective authors. They do not reflect the opinions or views of the community of USMA (Universidad Católica Santa María la Antigua) nor from its directors, staff, faculty or student body. The designations employed and the presentation of data contained within written works published here do not imply the expression of any opinion whatsoever on the part of the USMA or members of its academic community on the status of any natural or legal person, therefore USMA completely rejects and disclaims any derived legal liability.

