

Cábalmo

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Número 16 / Diciembre 2021



FACULTAD DE
DERECHO

- Choque de titanes en tiempo de ocupación
Principio conservacionista vs. principio transformador
- Orígenes de la *willful blindness* y su aplicabilidad
en el Derecho Internacional Penal
- La protección integral en la relación DIH-DIDH
Una propuesta para futuras investigaciones
- La desaparición forzada en México y el Derecho Internacional
Humanitario

Cálamus

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

udla

CRÉDITOS

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS - ECUADOR

Facultad de Derecho

RECTOR

Gonzalo Mendieta

VICERRECTORA ACADÉMICA

Marlena León

DECANO

Álvaro Galindo

DIRECTOR ACADÉMICO

Nicolás Burneo

DIRECTORA CÁLAMO

Lydia Andrés

COMITÉ EDITORIAL NACIONAL

- José Suing, PhD. Universidad de las Américas
- Richard Ortiz, PhD. Universidad de las Américas
- Pamela Jijón, PhD. Universidad de las Américas
- Wladimir Sierra, PhD. Universidad de Berlín
- Patricia Alvear, PhD. Universidad de las Américas
- Emilio Cerezo, Mg. Universidad de las Américas
- Juan Manuel Alba, PhD. Universidad de las Américas

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL

- Timothy Tambassi, PhD. Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”, Italia
- Juan Antón, PhD. Universitat de Barcelona, España
- Ignacio Cremades, PhD. Universidad Complutense de Madrid
- Blanca Rodríguez, PhD. Universidad de Sevilla
- Roberto Bueno, PhD. Universidade Federal de Uberlândia, Brasil
- Gorki Yuri Gonzales, PhD. Universidad Católica del Perú
- Mónica González Contró, PhD. Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
- Teodoro Yan Guzmán, PhD. Universidad de la Habana, Cuba
- Julio Antonio Fernández, PhD. Centro de Estudios de la Administración Pública, Habana-Cuba
- Patricia Reyes, PhD. Universidad de Valparaíso, Chile

- Martín Aldao, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Raúl Gustavo Ferreyra, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina

CORRECCIÓN DE ESTILO

Emilio Cerezo, Mg.

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-PORTUGUÉS

Marcella da Fonte Carvalho, PhD.

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-INGLÉS

Alejandro Sarzosa, ll.mm.

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN

Jorge Navarrete

V&M Gráficas

Contacto: 3201 171

PERIODICIDAD

Semestral

DEPÓSITO LEGAL

Para contribuciones o canjes dirigirse a: Universidad de Las Américas, Facultad de Derecho - Sede UdlaPark Este, subsuelo 4 - Quito, Ecuador.

Teléfono +593 (2) 3981000

Envío de artículos, información y suscripción:

calamo@udla.edu.ec

DERECHOS RESERVADOS

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los autores. Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.

Esta obra está bajo licencia Creative Commons 4.0 reconocimiento sin obra derivada (CC BY-ND 4.0)

ISSN IMPRESO

1390-8863

ISSN DIGITAL

2737-6133

Cálamo 16: Los artículos que conforman el número 16 de Cálamo, previo a su publicación, han sido evaluados bajo la modalidad de revisión por pares ciegos.

Como todos los números de Cálamo, la edición decimosexta contiene artículos sobre distintos temas relevantes en el ámbito jurídico, enfocándose este número en una temática central que se desarrolla en la sección *Dossier*. Esta fue coordinada por María Helena Carbonell Yáñez, PhD en Derecho y especialista en Derecho Internacional Humanitario. En la sección *Ensayo*, abierta a otras líneas temáticas, hemos incluido dos artículos: uno sobre Derecho Constitucional y otro sobre Bioética. Finalmente, complementan estas dos secciones una reseña y dos entrevistas.

Empezamos el *Dossier* con un artículo de su coordinadora, en el que analiza el derecho de la ocupación y la responsabilidad de los Estados desde el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Carbonell Yáñez busca demostrar la necesidad de evolución del derecho de la ocupación, el cual, a decir de la autora, debería abandonar el principio conservador y dar paso a un principio de ocupación transformador en el que se otorgue una mejor protección a los derechos humanos en contextos de ocupación internacional.

El segundo artículo lo escriben Juan José Alencastro Moya y Guillem Torraguitart Muenuera. Los autores describen los orígenes y evolución del modelo de imputación subjetiva denominado *willful blindness*, para analizar su posible utilización en los delitos que son competencia de la Corte Penal Internacional: genocidio, agresión y crímenes de guerra y lesa humanidad. Concluyen que esto sería posible para los crímenes de guerra y de lesa humanidad, y realizan recomendaciones de tratamiento jurídico para sancionar a personas responsables de infracciones internacionales usando esta figura.

Hugo Cahueñas Muñoz y Juan Felipe Idrovo Romo escriben el tercer artículo. Los autores plantean una aproximación hacia una nueva propuesta sobre la interacción entre Derecho Internacional Humanitario y

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente en cuanto al uso de fuerza letal. Partiendo de las teorías existentes, de exclusividad, complementariedad e integración, proponen una interpretación que considere todas las normas aplicables de ambas ramas del Derecho.

Cerrando esta sección, el artículo de Steffania Sánchez Magallán Sánchez se centra en la desaparición forzada y el uso de las Fuerzas Armadas en las tareas de seguridad pública en México. A partir de la noción de cultura de paz, la autora propone complementar la legislación mexicana sobre derechos humanos con el Derecho Internacional Humanitario.

El artículo de Dunia Martínez Molina abre la sección de temática abierta estudiando los retos judiciales para el cumplimiento de sentencias constitucionales en el Ecuador. La autora evidencia los retos e implicaciones de la acción de incumplimiento, evaluando sus efectos en las garantías jurisdiccionales constitucionales. Más allá de señalar la ineficacia que significa la inejecución de las sentencias de garantías, Martínez Molina quiere buscar caminos que hagan viable su espíritu en defensa de los derechos.

En el segundo y último artículo de la sección Ensayo, Claudia Orellana se interesa por la Bioética y los derechos reproductivos, específicamente en la práctica de la reproducción médicamente asistida en Ecuador. A partir de la constatación de la necesidad de normar dicha práctica médica y de la falta de desarrollo de regulaciones sobre temas biomédicos y biotecnológicos, la autora asevera que es indispensable regular la reproducción médica asistida en un marco de principios bioéticos.

Este número incluye la reseña que realiza Santiago Zúñiga de la obra del filósofo José María Ripalda, *Umbral de época, De Ilustración, románticas e idealistas*. Este libro, publicado en el año 2021, entre relato

historiográfico y ensayo filosófico, recorre parte del pensamiento occidental europeo entre fines del siglo XVIII e inicios del XIX, y expone el advenimiento del Idealismo trascendental, el Romanticismo y la Ilustración.

Este número cierra con dos entrevistas sobre el tema central desarrollado en el *Dossier*. La primera entrevista la realiza Michelle Flores Martínez a la profesora colombiana Isabel Jaramillo Sierra, quien discute acerca de Derecho Internacional Humanitario y género, centrándose en el acuerdo para la terminación del conflicto armado colombiano. La segunda entrevista

la realiza la profesora colombiana Alexandra Ruiz a las integrantes del Semillero de Derecho Penal Internacional de la Universidad de Nariño, en Colombia.

Este número es un aporte a discusiones contemporáneas y relevantes en el ámbito del Derecho Internacional, por lo que les invitamos a leer las propuestas de quienes colaboraron en él. Sin duda alguna, el momento en el que nos encontramos es propicio para tratar temas de trascendencia global.

Y, una vez más, les extendemos la invitación permanente a dialogar y colaborar con nosotros.

Alvaro Galindo
Decano de la Facultad de Derecho

ÍNDICE

Dossier

- **PRESENTACIÓN** 8
María Helena Carbonell Yánez
- **CHOQUE DE TITANES EN TIEMPO DE OCUPACIÓN**
Principio conservacionista vs. principio transformador 11
María Helena Carbonell Yánez
- **ORÍGENES DE LA *WILLFUL BLINDNESS* Y SU APLICABILIDAD**
EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL 28
Juan José Alencastro Moya
Guillem Torraguitart Muenuera
- **LA PROTECCIÓN INTEGRAL EN LA RELACIÓN DIH-DIDH**
Una propuesta para futuras investigaciones 45
Hugo Cahueñas Muñoz
Juan Felipe Idrovo Romo
- **LA DESAPARICIÓN FORZADA EN MÉXICO Y EL DERECHO**
INTERNACIONAL HUMANITARIO 61
Steffania Sánchez Magallán Sánchez

Ensayo

- **RETOS JUDICIALES PARA EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS**
CONSTITUCIONALES EN EL ECUADOR 74
Dunia Martínez Molina
- **PRINCIPIOS BIOÉTICOS COMO LINEAMIENTOS DE LA REPRODUCCIÓN**
MÉDICAMENTE ASISTIDA EN ECUADOR 89
Claudia Patricia Orellana Robalino

Reseña

- **UMBRAL DE ÉPOCA** 104
De Ilustración, románticas e idealistas
Santiago Zúñiga

Entrevista

- **DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y PERSPECTIVA DE GÉNERO**
El acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz
estable y duradera en Colombia
Entrevista a Isabel Jaramillo Sierra 108
Michelle Flores Martínez
- **CONCURSO DE SIMULACIÓN JUDICIAL ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**
Entrevista con las integrantes del Semillero de Derecho Penal Internacional de la Universidad
de Nariño de Colombia: Melissa Rosales, Ruby Imbacuán y Gabriel Caicedo 114
Alexandra Ruiz

DOSSIER

Handwritten signature in orange ink

PRESENTACIÓN

María Helena Carbonell Yáñez*

La guerra es un fenómeno social complejo y omnipresente en la historia de la humanidad. Los esfuerzos por entenderlo y erradicarlo han sido constantes, y no hay sociedad humana en la que no se haya intentado explicarlo. Las teorías sobre la guerra parten de distintos enfoques: filosóficos, políticos, económicos, antropológicos, históricos, tecnológicos, legales, sociológicos e incluso psicológicos. Si bien cada disciplina y enfoque usa categorías analíticas desde sus respectivos paradigmas, se puede decir de manera general que aquellos que entienden la guerra como un fenómeno unidimensional pecan de reduccionistas. Las causas, los fines y las consecuencias de la guerra son variadas, razón por la cual la interdisciplinariedad y la diversidad de enfoques deben complementarse para buscar su adecuada comprensión.

Desde el Derecho Internacional Público y la Ciencia Política, la guerra ha sido estudiada como un reflejo de la capacidad del soberano dentro del paradigma tradicional del *ius ad bellum*, el “derecho a la guerra”. Esta visión de la capacidad del soberano (el Estado a finales del siglo XIX) como un elemento racional de la política del Estado cambia con la Primera Guerra Mundial (1914-1918). La guerra dejó entonces de ser un mal necesario y es vista desde entonces como una calamidad o un desastre social.

Fue tal la conmoción causada por la Gran Guerra, por la crueldad, el número de muertes y todas las afectaciones a las sociedades en su conjunto, que el entonces presidente estadounidense Woodrow Wilson, retomando las palabras del escritor de ciencia ficción H.G. Wells, dijo ya en 1917 que sería la “guerra para acabar con todas las guerras”. Pero la historia demostraría lo equivocado que estaba con la llegada de la Segunda Guerra Mundial.

Las atrocidades de estos dos conflictos armados trajeron consigo importantes iniciativas para intentar

limitar si no erradicar la guerra. Se pueden resaltar algunos, como la adopción del Tratado de Paz de Versalles y la creación de la Sociedad de Naciones (1919), la adopción del Pacto Briand-Kellog (1928) y la creación de la Organización de las Naciones Unidas-ONU (1945).

Estas grandes iniciativas pusieron un límite al uso de la guerra como herramienta política de los Estados. Si bien es cierto que la ONU, en su carta constitutiva, reconoce la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, ésta no es absoluta. Basta ver el artículo 51 de la Carta de la ONU en el que se recoge un rezago del poder soberano con la idea de la legítima defensa:

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

A pesar de estos loables intentos por limitar el *ius ad bellum*, los conflictos armados son constantes. Hasta la elaboración de este número, existían en el mundo más de 15 conflictos armados, entre internacionales y no internacionales. ¿Qué posibilidades tenemos entonces si es imposible erradicar por completo la guerra? ¿Debemos asumirlos como un mal necesario, como un fenómeno humano inevitable?

* María Helena Carbonell Yáñez, PhD en Derecho y especialista en Derecho Internacional Humanitario, es la coordinadora del presente Dossier.

A pesar de la concepción de la guerra como un atributo innato del Estado y como una herramienta de política exterior, que es evidente a la luz de la historia y con el desarrollo incesante de la industria armamentística y los presupuestos estatales para el mantenimiento y desarrollo de fuerzas armadas, han existido varios esfuerzos por limitar este poder. Por ejemplo, se han planteado causales o requisitos para su uso, como la “guerra santa” o la “guerra justa”. Adicionalmente, con el fin de no chocar con esta expresión del poder del Estado, han existido grandes esfuerzos por limitar la conducta de las hostilidades, con el fin de “humanizar” la guerra, si esto es posible.

Las limitaciones a la forma en la que se llevan a cabo los conflictos armados o lo que coloquialmente se conoce como guerra, son tan antiguas como la humanidad misma. Tenemos antecedentes como el Código de Hammurabi, el *Majabhárata* de la India, el *Wei Liaozi* chino, el Código Lieber en los Estados Unidos y el Primer Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte de la Condición de los Heridos de los Ejércitos en Campaña. Pero la codificación de las normas que regulan los conflictos armados estuvo dispersa hasta la aprobación, en 1949, de los convenios de Ginebra, que tuvo lugar gracias al impulso del Comité Internacional de la Cruz Roja. A partir de dicha fecha, ha existido un proceso de codificación y actualización de las normas que busca humanizar los conflictos armados.

La importancia de la limitación de la guerra no abarca únicamente a las personas que efectivamente participan en los conflictos armados. La normativa que busca limitar la guerra y sus consecuencias también procura proteger a quienes no participan de ella y a quienes han dejado de participar. Sobre este punto, hay que tener en cuenta el rápido desarrollo y los cambios constantes de los medios y métodos de conducir las hostilidades. Frente a esta realidad, es imposible no constatar que tenemos una comunidad internacional todavía reacia a ceder parte de sus rezagos del *ius ad bellum* a través de la codificación de nuevas normas que los limiten más.

Ante esta situación, es indispensable no quedarse de manos cruzadas; desde la academia y la sociedad civil, es preciso generar espacios de socialización,

discusiones y reflexiones sobre las causas, los efectos y las posibles soluciones a los conflictos armados. La academia, que debe caracterizarse por la imparcialidad y el diálogo constante, tiene que ser uno de los foros más importantes para impulsar las discusiones necesarias sobre estos temas.

Es en este contexto que presentamos este Dossier, en el que se incluyen interesantes discusiones sobre algunos puntos esenciales del Derecho Internacional Humanitario (DIH) en la actualidad. Un primer punto se desarrolla en dos de los cuatro textos que conforman el Dossier: la relación entre DIH y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

En el texto “La protección integral en la relación DIH-DIDH. Una propuesta para futuras investigaciones”, Cahueñas e Idrovo presentan una discusión que se enmarca en el entrelazado de dos ramas de protección del individuo: el DIH y el DIDH. Si bien parten del reconocimiento de que existen importantes diferencias y contradicciones, refuerzan la idea de que tienen objetivos y características similares. Desde una revisión crítica de las tres tendencias teóricas que abordan esta relación (exclusividad, complementariedad e integración), los autores plantean una aproximación hacia una nueva propuesta, cuyo objetivo es la protección integral de la sociedad en su conjunto.

Este artículo se complementa con el de María Helena Carbonell Yáñez, enmarcado, igualmente, en esta ten-sa relación, especialmente en momentos de ocupación militar. En el artículo “choque de titanes en tiempo de ocupación. Principio conservacionista vs. principio transformador”, la autora plantea una flexibilización de las limitaciones impuestas a la potencia ocupante, por parte del DIH, en pro de la protección de los derechos humanos de las personas que habitan en el territorio ocupado.

Un tercer artículo, así como una de las entrevistas del número, se interesan de manera específica por realidades latinoamericanas. En estos aportes, los/as académicos/as y los Estados discuten sobre la aplicación del DIH: el artículo de Steffania Sánchez Magallán Sánchez se centra en México y la entrevista a Isabel Jaramillo Sierra en Colombia.

Sánchez Magallán Sánchez, en el artículo “La desaparición forzada en México y el Derecho Internacional Humanitario”, reflexiona sobre las violaciones a las obligaciones del Estado en materia de DIH y de DPH. La autora discute sobre cómo México busca complementar la legislación sobre Derechos Humanos, con el Derecho Internacional Humanitario, desde la perspectiva de la Cultura de Paz, frente a una participación creciente de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública, así como a un probable conflicto armado interno en el territorio.

La entrevista realizada por Michelle Flores Martínez a Isabel Jaramillo Sierra versa sobre el DIH y la perspectiva de género, aplicado al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera en Colombia. Esta entrevista aborda no sólo problemas teóricos sobre la relación entre el DIH y el género, sino también su materialización en la realidad colombiana.

En el cuarto artículo del Dossier, “Orígenes de la *Willful Blindness* y su aplicabilidad en el Derecho Internacional Penal”, Juan José Alencastro Moya y Guillem Torraguitart Muenuera presentan un interesante análisis sobre la aplicación de la figura del *willful blindness*

en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Los autores presentan un estudio en el que dialogan el DIH y el Derecho Penal Internacional (DPI). Desde la dogmática penal, este artículo aporta un interesante debate sobre los retos de la Corte Penal Internacional en la lucha en contra de la impunidad.

Para terminar este número de la revista, se presenta una entrevista a las integrantes del Semillero de Derecho Penal Internacional de la Universidad de Nariño de Colombia sobre los concursos académicos o *moot courts* en materia de DIH y de DPI. En esta entrevista se discute cómo funciona el concurso de simulación judicial ante la Corte Penal Internacional y la importancia que tiene para la formación de futuros y futuras abogadas.

Este número de la revista *Cálamo* se ha dedicado principalmente al estudio del DIH desde una postura crítica y desde la realidad latinoamericana. Con esto se reafirma su aporte a la academia y a la siempre presente discusión sobre cómo humanizar los conflictos armados. A pesar de los importantes aportes, la discusión sobre el DIH sigue vigente y necesaria, especialmente en estudios interdisciplinarios que vayan más allá de una postura simplista frente a este flagelo.

CHOQUE DE TITANES EN TIEMPO DE OCUPACIÓN*
Principio conservacionista vs. principio transformador

CLASH OF TITANS IN OCCUPATION TIME
Conservationist Principle vs. a Transformative Principle

CHOQUE DE TITÃS EM ÉPOCA DE OCUPAÇÃO
Princípio conservador vs princípio transformador

*María Helena Carbonell Yáñez***

Recibido: 5/IX/2021

Aprobado: 5/X/2021

Resumen

Este artículo presenta una discusión sobre la necesaria evolución del derecho de la ocupación frente a las obligaciones impuestas por el régimen internacional de los derechos humanos, con base en la responsabilidad internacional del Estado. Este artículo tiene dos partes. En la primera se presenta un estado del arte mediante el análisis de la doctrina y de las jurisprudencias tanto universales como regionales sobre la responsabilidad del Estado, basada en la aplicación extraterritorial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En la segunda parte, se ofrece un análisis sobre la temporalidad (inicio y fin) y aspectos territoriales de la ocupación que inciden directamente en la obligación de respetar y garantizar los derechos de todo sujeto de la jurisdicción del Estado. En la sección final, se discute el choque entre el principio conservacionista tradicional y el principio de ocupación transformador. Se emplea el método lógico-inductivo. Para concluir la discusión, se establece que el principio conservador bajo el Derecho Internacional Humanitario se considera arcaico y debería dar paso a una mejor protección de los derechos humanos en un contexto de ocupación internacional.

Palabras clave: Derechos Humanos; Derecho Internacional Humanitario; Derecho de la ocupación; Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Responsabilidad del Estado

Abstract

This essay presents a discussion about the necessary evolution of occupation law, facing the obligations set established by the International Human Rights regime, based on State responsibility. In the first of its two sections, the essay addresses the state of the art through the analysis of doctrine and both universal and regional jurisprudences on State responsibility, based on the extraterritorial application of International Human Rights Law. In the second section, the essay provides a temporal analysis (beginning and end) and territorial aspects of occupation, which have a direct impact on the obligation to respect and to ensure the rights of every subject to the State's jurisdiction. Finally, the essay discusses the clash between the traditional conservationist principle and the transformative occupation principle. The logic-inductivist method is employed along the essay. The conclusion reached is that the conservative principle under International Humanitarian Law is archaic, so it should give way to a better protection of human rights in an international occupation context.

Key words: Human rights; International Humanitarian Law; Occupation Law; International Human Rights Law; State responsibility

* Este texto se basa en un artículo publicado anteriormente: Carbonell, María Helena. 2019. "The Conservationist Principle under International Humanitarian Law versus a Transformative Occupation in a Human Rights Context". *Padjadjaran, Journal of Law*, vol. 6, N.º 1: 27-49. DOI: <https://doi.org/10.22304/pjih.v6n1.a2>

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, tiene un diplomado en derechos humanos y políticas públicas (Universidad del Rosario, Bogotá) y un LL.M. (Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights); Es PhD por la Universidad Andina Simón Bolívar, del Ecuador. Actualmente, jefa de despacho en la Corte Constitucional del Ecuador. Correo electrónico: maria.helena.carbonell@gmail.com

Resumo

Este artigo apresenta uma discussão sobre a necessária evolução do direito de ocupação frente as obrigações impostas pelo regime internacional dos direitos humanos, com base à responsabilidade internacional do Estado. Na primeira seção deste artigo de duas partes, se apresenta um estado de arte por meio da análise da doutrina e das jurisprudências tanto universais como regionais sobre a responsabilidade do Estado baseada na aplicação extraterritorial do Direito internacional dos direitos humanos. Na segunda parte o artigo oferece uma análise sobre a temporalidade (início e fim) e aspectos territoriais da ocupação que incidem diretamente na obrigação de respeitar e garantir os direitos

de todo sujeito de jurisdição do Estado. Na seção final, se discute o choque entre o princípio conservador tradicional, e o princípio de ocupação transformador. Este artigo utiliza o método lógico-indutivo. Para concluir a discussão, se estabelece que o princípio conservador no Direito Internacional Humanitário se considera arcaico e deveria ceder a uma melhor proteção dos direitos humanos em um contexto de ocupação internacional.

Palavras chave: Direitos humanos; Direito Internacional Humanitário; Direito à ocupação; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Responsabilidade do Estado

Siglas y abreviaturas

CDH: Comité de Derechos Humanos
CDI: Comisión de Derecho Internacional
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ: Corte Internacional de Justicia

DIH: Derecho Internacional Humanitario
OEA: Organización de Estados Americanos
OIT: Organización Internacional del Trabajo
ONU: Organización de las Naciones Unidas
PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del Estado se basa en la existencia de un hecho internacionalmente ilícito que puede imputársele. Este acto es contrario a las expectativas que se tienen sobre el Estado con respecto a sus obligaciones internacionales. La naturaleza u origen (el ámbito del Derecho que regula) de estas obligaciones es irrelevante cuando se trata de determinar su responsabilidad bajo el Derecho Internacional Público. Con estos antecedentes, el Derecho Internacional Humanitario es un conjunto de normas que tiene como objetivo limitar los efectos de un conflicto armado mediante la regulación de los diferentes escenarios que pueden surgir cuando uno se presenta. Uno de estos escenarios es la ocupación beligerante, es decir la posesión temporal de un territorio por una potencia ocupante.

Otra área del Derecho que contempla obligaciones claras para el Estado es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un cuerpo normativo que busca el respeto, cumplimiento y promoción de los derechos humanos a nivel nacional o internacional. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se aplica no

solo en tiempos de paz, sino también durante un conflicto armado, sea éste internacional o no.

Ambas ramas del Derecho contienen obligaciones claras para el Estado en tiempos de conflicto armado, que pueden generar su responsabilidad. No obstante, varias de esas normas pueden requerir que el Estado actúe de maneras que pueden ser contradictorias. Si el incumplimiento de alguna de esas obligaciones genera la responsabilidad del Estado, ¿cuál prevalece?, ¿cómo debe el Estado resolver este impasse? Para aclarar este problema, este artículo presenta un estudio en dos partes, centrado en el análisis del alcance de las normas sobre ocupación beligerante y su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La primera parte presenta los elementos generales de la responsabilidad del Estado vinculados a la aplicación extraterritorial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en un país beligerante que es escenario de una ocupación. El segundo discute el principio conservacionista y la propuesta de ocupación transformadora desde una perspectiva de derechos humanos.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DESDE UNA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN UN ESCENARIO DE OCUPACIÓN BELIGERANTE

1. Aspectos generales de la responsabilidad estatal bajo el Derecho Internacional Público

La responsabilidad del Estado surge de un hecho internacionalmente ilícito que es atribuible al Estado de conformidad con las normas del Derecho Internacional. Un hecho ilícito a nivel internacional es una acción u omisión que constituye una violación de las obligaciones internacionales del Estado (CDI 2001; Sorensen 2011, 507-8; Shaw 2008, 781-2; Travieso 2012, 522). La Comisión de Derecho Internacional

explica que “la esencia de un hecho ilícito internacional se encuentra en la no conformidad de la conducta actual del Estado con relación a la conducta que debería haber adoptado para cumplir con una obligación internacional particular”¹ (CDI 2001, 54).

Para determinar el ámbito de la conducta esperada por parte del Estado, se debe prestar atención a la obligación contenida en la norma primaria. La naturaleza de la obligación (tratados, derecho consuetudinario, decisiones judiciales judiciales...) es irrelevante para determinar la existencia de un incumplimiento, ya

¹ La traducción de las citas escritas en inglés en los textos originales citados ha sido realizada por la autora.

que la responsabilidad del Estado puede surgir independientemente del origen de tal obligación, pero su alcance se determinará en la norma primaria. Solo se requiere que la obligación esté vigente en el momento de su incumplimiento (CDI 2001, 57-9). Por lo tanto, la norma primaria tenía que ser vinculante para el Estado cuando ocurrió la conducta. Una vez que se ha probado la existencia de la conducta, debe ser atribuida al Estado. Según las normas del Derecho Internacional, la conducta de sus órganos estatales es imputable al Estado mismo, aun cuando actúen *ultra vires* (CDI 2001, 4-7; Monroy Cabra 2011, 571; Sorensen 2011, 516; Crawford 2013, 117-24; Corte IDH 1988). La legislación nacional puede determinar si una persona u órgano es agente del Estado o si actuó *ultra vires*. Debe existir un vínculo razonable entre la conducta, el actor y el Estado para que la conducta pueda ser atribuida al Estado. Este proceder no afecta al hecho de que la organización nacional del gobierno es irrelevante para el Derecho Internacional.

Existen otras circunstancias en las que una acción u omisión realizada por una persona o entidad, que no puede ser considerada como un órgano del Estado en la legislación nacional, puede atribuirse al Estado; pero estas formas de atribución no son relevantes para el presente estudio. Sin embargo, para mayor claridad, es relevante analizar los comentarios Comisión de Derechos Internacional a los artículos sobre la responsabilidad del Estado (CDI 2001) y el estudio posterior desarrollado por el relator James Crawford (2013).

Como ya se mencionó, la obligación del Estado puede emanar de diferentes áreas del Derecho, incluyendo los Derechos Humanos. El siguiente párrafo presenta un análisis de las obligaciones impuestas al Estado en esta materia, para determinar cuándo puede surgir la responsabilidad estatal internacional. Al considerar los escenarios de ocupación beligerante, se prestará especial atención a su aplicación extraterritorial.

2. Responsabilidad estatal por la violación de derechos humanos y la aplicación extraterritorial de los derechos humanos

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existen dos grandes obligaciones comunes a

todos los derechos humanos: el respetar y asegurar (cumplir) el libre y completo ejercicio de los derechos de toda persona sujeta a la jurisdicción del Estado.

El artículo 1(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que el Estado tiene el deber de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción (OEA 1969). El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece las mismas obligaciones en términos similares. El titular de la obligación (el Estado) será responsable de una violación de los derechos humanos en caso de incumplimiento (Corte IDH 1988).

Para monitorear la implementación de los tratados de derechos humanos, los Estados han creado varios órganos judiciales y cuasi-judiciales. En las Américas, son la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en Europa, el órgano judicial que supervisa el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones en materia de derechos humanos es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y, a nivel universal, los órganos basados en tratados llevan a cabo esta tarea. Al hacerlo, estos órganos han determinado el contenido de las obligaciones de los Estados (incluso si la redacción de los tratados puede variar, existen elementos que coinciden).

La obligación de respetar a la población de los territorios ocupados implica una prohibición absoluta impuesta a los Estados, que los obliga a evitar realizar cualquier conducta que atente contra los derechos humanos. Esta prohibición vincula todos los órganos estatales (CDH 2004, 4; Carbonell 2014, 140; Melish 2002, 159-60; Gialdino 2013, 499-502).

La segunda obligación requiere que los Estados Parte tomen medidas afirmativas de carácter judicial, legislativo y ejecutivo, para organizar todo el aparato estatal con el fin de asegurar el cumplimiento pleno de los derechos humanos (Corte IDH 1988). Este deber de garantizar puede dividirse en cinco conductas específicas: prevenir, investigar, sancionar, reparar y garantizar el mínimo del contenido de los derechos (Melish 2002, 170; Carbonell 2014, 140-1; Gialdino 2013, 503-15).

Las obligaciones impuestas por los tratados no hacen referencia al territorio de los Estados sino a su jurisdicción. El ejercicio de la jurisdicción es principalmente territorial, pero también existe la posibilidad de que el Estado la ejerza fuera de sus fronteras. Esta no es una situación común y la jurisprudencia internacional ha ayudado a aclarar las condiciones necesarias para que un Estado ejerza jurisdicción extraterritorialmente. En los siguientes párrafos se analizan los enfoques tomados por diferentes tribunales y órganos de control sobre esta materia, en los casos en que un Estado ejerció o no jurisdicción sobre un territorio extranjero donde ocurrieron violaciones a los derechos.

a. Sistema universal

Con base en el artículo 2 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos (CDH, órgano que monitorea su cumplimiento) ha afirmado que, incluso si la jurisdicción de un Estado es principalmente territorial, esta disposición también se aplica fuera del territorio de una parte contratante cuando esta ejerce jurisdicción sobre otro territorio (CDH 1979, 1981 y 2004). En su Comentario General 31 (en adelante CG 31), el Comité explica lo siguiente:

un Estado parte debe respetar y garantizar los derechos enunciados en el Pacto a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado parte, aunque no se encuentre en el territorio del Estado parte. [...] Este principio se aplica también a los que estén bajo la autoridad o el control efectivo de las fuerzas del Estado parte que actúen fuera de su territorio, así como independientemente de las circunstancias en que se haya adquirido esa autoridad o control efectivo, como en el caso de fuerzas que constituyan un contingente nacional de un Estado parte que tenga asignada una operación internacional de mantenimiento o imposición de la paz. (CDH 2004, 10)

El Comité también se ha centrado en el caso de la ocupación beligerante en su Comentario General 29 (en adelante CG 29), en el que expresa que “el Pacto se aplica además en situaciones de conflicto armado para los cuales las reglas del Derecho Internacional Humanitario son aplicables” (CDH 2001, 3). Al ver

su jurisprudencia, se puede concluir que el Comité ha aceptado que el Estado tiene jurisdicción sobre “alguien dentro de su poder o control efectivo”. Esto implica que tiene que cumplir con sus obligaciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuando ejerce un control efectivo sobre un territorio, sin importar cómo haya obtenido dicho control.

La Corte Internacional de Justicia, en su Opinión consultiva sobre las consecuencias legales de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados (CIJ 2004), usa el mismo acercamiento que el Comité de Derechos Humanos. Se enfoca en la aplicabilidad del PIDCP, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención sobre los Derechos del Niño en los territorios palestinos ocupados. La Corte concluye que los derechos humanos también son válidos en un territorio que es considerado “ocupado”, porque está bajo el control de una potencia ocupante. La CIJ admite que “si bien la jurisdicción del Estado es principalmente territorial, esta puede algunas veces ser ejercida fuera del territorio nacional” (CIJ 2004, 109). Reconoce que el objeto y el fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pueden verse obstaculizados si se aplica un enfoque restrictivo (enfoque estrictamente territorial) del término “jurisdicción”. Se aplica el mismo enfoque a la Convención sobre los Derechos del Niño (CIJ 2004, 113).

En cuanto al PIDESC, la Corte determina que aun cuando no exista una disposición con respecto a su aplicación territorial, nada excluye la posibilidad de una aplicación extraterritorial de sus disposiciones. Además, al tomar nota de la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Corte reconoce que la potencia ocupante, Israel, “está obligada” por las disposiciones del PIDESC sobre los territorios palestinos ocupados” (CIJ 2004, 112).

En el caso relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo (CIJ 2005), la Corte se mantiene en línea con su jurisprudencia anterior y recuerda que la protección de los instrumentos de derechos humanos no cesa durante un conflicto armado o en las ocupaciones beligerantes que pueden seguirle. Si las

disposiciones del tratado están vigentes para el Estado ocupante, este debe cumplir con ellas si el territorio está bajo su control efectivo (CIJ 2005, 215-6).

En su jurisprudencia, la CIJ ha lidiado con los problemas que surgen de aplicaciones extraterritoriales de los derechos humanos en casos de ocupación beligerante. Ha concluido que la conducta de la potencia ocupante debe estar en conformidad con sus obligaciones internacionales cuando el territorio está bajo su **control efectivo**.

b. Sistema regional

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha analizado la aplicabilidad extraterritorial de los derechos humanos en los casos Coard et al. y *Alejandro et al.* El caso Coard et al. versaba sobre la detención y el juicio de los diecisiete reclamantes de las fuerzas estadounidenses durante la ocupación de Granada en 1983. La Comisión no clasificó abiertamente la situación como una ocupación, sino que aplicó disposiciones del IV Convenio de Ginebra (CICR 1949), que tratan de los territorios ocupados a lo largo de las disposiciones pertinentes de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Respecto a la aplicabilidad extraterritorial de la Declaración, he aquí la siguiente declaración.

todos los Estados americanos están obligados a respaldar los derechos protegidos de cualquier persona sujeta a su jurisdicción. Si bien ello se refiere comúnmente a las personas que se hallan dentro del territorio de un Estado, en determinadas circunstancias puede referirse a la conducta con un locus extraterritorial, en que la persona está presente en el territorio de un Estado, pero está sujeta al control de otro Estado, por lo general a través de los actos de los agentes en el exterior de este último. En principio, la investigación no se refiere a la nacionalidad de la presunta víctima o a su presencia en una determinada zona geográfica, sino a que si en esas circunstancias específicas, el Estado observó los derechos de una persona sometida a su **autoridad y control**². (Corte IDH 1999)

En el caso *Alejandro et al.*, una aeronave militar cubana derribó dos aviones civiles pertenecientes a la organización *Brother to the rescue* en febrero de 1996. Los aviones estaban en el espacio aéreo internacional cuando fueron alcanzados por los disparos. Al analizar su competencia *ratione loci*, el mismo órgano establece que:

en determinadas circunstancias puede referirse a la conducta con un locus extraterritorial, en que la persona está presente en el territorio de un Estado, pero está sujeta al control de otro Estado, por lo general a través de los actos de los agentes en el exterior de este último. En principio, la investigación no se refiere a la nacionalidad de la presunta víctima o a su presencia en una determinada zona geográfica, sino a que si en esas circunstancias específicas, el Estado observó los derechos de una persona sometida a su autoridad y control. (CIDH 1999)

La Comisión utilizó el mismo enfoque en el caso Coard et al., exigiendo que la persona sea **sujeto a la autoridad y control del Estado**. Sin embargo, no definió qué significan ambos términos en los respectivos casos.

En Europa, el artículo 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales establece que "(l)as Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del [...] Convenio". El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado los términos "dentro de su jurisdicción" en su jurisprudencia, y ha reafirmado que, aunque la jurisdicción sea principalmente territorial, el Estado puede ejercerla extraterritorialmente en circunstancias excepcionales.

En el caso *Loizidou*, que se produjo en el marco de la ocupación turca del norte de Chipre, el Tribunal estableció que "el concepto de 'jurisdicción' bajo el artículo 1 no está restringido al territorio nacional de una alta parte contratante" (TEDH 1995, 62). Se enfoca en la responsabilidad del Estado que surge de la violación

² Énfasis de la autora.

de derechos humanos cometida fuera de su territorio y afirma que la responsabilidad del Estado puede surgir por las conductas resultantes de acciones militares (legales o ilegales) si es que ejerce control efectivo sobre el área en la que ocurren las violaciones. Añade que dicho control puede ser ejercido por sus fuerzas armadas o por una administración local subordinada (TEDH 1995, 62).

El Tribunal, en el *caso Issa et al.*, analizó el posible ejercicio extraterritorial de jurisdicción por parte de agentes turcos en Irak, que supuestamente terminaron con la muerte de varios ciudadanos iraquíes. El Tribunal reafirmó que, en algunas circunstancias, la jurisdicción puede ser ejercida fuera de las fronteras nacionales, pero también que para ello se requiere cierto nivel de control, que no existió en el *caso Issa et al.*, pues en este nunca se demostró que las víctimas murieron bajo fuego turco.

El Tribunal reafirmó su anterior conclusión y agregó que, para afirmar que existe control de un Estado sobre un territorio ocupado, debe existir un control total. En consecuencia, no es necesario demostrar que el gobierno ejerció un control detallado sobre las políticas y acciones de las autoridades del territorio donde las violaciones ocurren, sino que un control general será suficiente (TEDH 2004, párr. 69-71). Para el Tribunal, deben distinguirse dos situaciones: 1) si un Estado ejerce control fuera de su territorio nacional, el área ocupada puede considerarse como si estuviera bajo la jurisdicción del Estado; y 2) en el caso de un individuo, el Tribunal considera que está dentro de la jurisdicción del Estado si este, *de facto*, ejerce autoridad efectiva sobre él.

El Tribunal ha declarado que debe existir un nexo entre la conducta llevada a cabo y el Estado responsable bajo cuya jurisdicción se encuentra la víctima. Esta relación, por ejemplo, no está presente en el caso de Saddam Hussein. El expresidente de Irak denunció la supuesta violación de varias disposiciones del TEDH, tanto debido a su arresto, detención y traslado a las autoridades iraquíes, como a su juicio en curso y su resultado. El caso se llevó en contra de Albania, Bulgaria, Croacia, República Checa, Dinamarca, Estonia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania,

Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, Turquía, Ucrania y el Reino Unido (la Coalición). El Tribunal estableció que, incluso si los Estados Unidos tenían un gran control sobre las operaciones, cada Estado había llevado a cabo actuaciones en relación con la supuesta infracción. Llegó a la conclusión de que debía existir un vínculo directo entre la conducta y el Estado que ejercía el control: la persona tenía que estar estrictamente bajo su jurisdicción (TEDH 2006).

Como se vio en los párrafos anteriores, los tribunales internacionales han admitido la posibilidad de una aplicación extraterritorial de varios instrumentos de derechos humanos. Esto ocurre cuando la persona o personas son puestas bajo el control estatal (el grado de control varía según la jurisprudencia de los diferentes tribunales) y el Estado puede llegar a ser responsable de la violación. Este es el caso de la ocupación beligerante, donde una potencia ocupante ejerce control sobre otro territorio.

Una vez que se ha probado que el Estado tiene que cumplir con las obligaciones contenidas en los derechos humanos, el tema se complica cuando estas chocan con otras áreas del Derecho, especialmente con el Derecho Internacional Humanitario (ámbito que regula la ocupación beligerante).

3. Consideraciones generales sobre el derecho de la ocupación

Existen algunas consideraciones generales que se deben abordar inicialmente.

Primero, la ocupación tiene principalmente un carácter internacional, a diferencia de un conflicto armado no-internacional. Según Hans-Peter Gasser y Knut Dörmann, la declaración de que “en un conflicto armado no internacional, la conquista por parte de las fuerzas del gobierno del territorio en poder de los rebeldes no constituye una “ocupación” sino el restablecimiento del control que ha perdido el gobierno” (2013, 543) no se aplica a la ocupación beligerante.

Segundo, la aplicabilidad del derecho de la ocupación es un estricto asunto de hechos (Gasser y Dörmann

2013, 269) y no depende de posibles justificaciones que una de las partes pueda presentar por ocupar un territorio determinado.

Tercero, la aplicación del derecho de la ocupación es irrelevante por debido a la categorización del territorio. Por lo tanto, el estado del territorio ocupado, antes de su ocupación, es irrelevante para la aplicación del mencionado derecho de la ocupación (Roberts 1984, 254; Gasser y Dörmann 2013, 244; Artículo 1(3) del Protocolo adicional al los convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977).

En cuarto lugar, la voluntad de las partes involucradas es irrelevante para la aplicación del derecho de la ocupación; por lo tanto, una declaración formal de ocupación no es necesaria para que se apliquen las normas sobre ocupación, y su aplicación no será alterada por acuerdos establecidos por las partes.

a. Inicio de la ocupación

Es necesario enfocarse en los asuntos temporales que son relevantes para la aplicación del derecho de la ocupación beligerante. Como se dijo anteriormente, los derechos humanos son aplicables a situaciones en las que Estados ejercen jurisdicción extraterritorialmente y una potencia ocupante ejerce jurisdicción en el territorio que ocupa. El artículo 42 de la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Reglamento de la Haya de 1907) establece que “[se] considera como ocupado un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo. La ocupación no se extiende sino a los territorios donde esa autoridad esté establecida y en condiciones de ejercerse”. Este artículo ha sido interpretado principalmente de dos maneras diferentes según el significado dado al nivel de control sobre el territorio.

La primera interpretación brinda una comprensión restrictiva de la regla general, que es la capacidad de ejercer control sobre el territorio y sus habitantes. Esta es una condición necesaria previa para clasificar una situación como ocupación (Gasser y Dörmann 2013,

243). Hay dos requisitos para establecer si un determinado territorio está bajo ocupación beligerante: (1) el gobierno antecedente ya no puede ejercer su autoridad; y (2) la potencia ocupante puede ejercer su propia autoridad en el territorio. El tipo de autoridad referido incluye la capacidad de restaurar la ley y el orden y cumplir con sus deberes bajo el cuarto convenio de Ginebra (CICR 1949). Adicionalmente, se incluye la posibilidad de internar personas protegidas por imperiosas razones de seguridad y para cumplir los requisitos de las condiciones de su internación (CICR 1949, 78). En este sentido, una situación de ocupación existe cuando una de las partes de un conflicto ejerce cierto nivel de autoridad o control sobre el territorio. Para Thürer, el Estado ocupante debe estar en la capacidad de substituir al gobierno original de ese territorio (Thürer 2005, 9-15).

Entonces, si la potencia ocupante es incapaz de ejercer y cumplir sus obligaciones en virtud de los instrumentos pertinentes del DIH, la situación no equivaldría a ocupación; por lo tanto, el derecho de la ocupación no se aplicaría. La gente en ese territorio estaría protegida por otras disposiciones de los instrumentos de DIH vigentes y por normas de naturaleza consuetudinaria.

En la segunda interpretación, existe un enfoque más amplio que parte de que no hay un periodo intermedio entre “no ocupación” y “ocupación” (Pictet 1958, 60). Se puede señalar, entonces, que una ocupación militar existe cuando la potencia ocupante puede ejercer cierto grado de autoridad o control sobre el territorio. Thürer argumenta que este grado de autoridad es menor que el que requiere la postura restrictiva (ver supra). Para el autor, la sola presencia de tropas enemigas ya podría ser considerada como una ocupación (Thürer 2005, 10). Esta posición tiene varios detractores. Roberts (2006, 257), que es uno de ellos, señala que hay que tomar esta aseveración con delicadeza para no ampliar la aplicación del Derecho Internacional Humanitario a situaciones que no lo requieren. Para él, la presencia real de la tropas en un territorio es un indicador pero no necesariamente un elemento constitutivo de ocupación.

También está la interpretación que hacen los tribunales internacionales y nacionales para determinar

cuándo existe ocupación. La Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, tanto en el caso Mladen Naletilić, alias Tuta, como en el caso Vinko Martinovic, alias Stela, menciona una lista de posibles pautas para calificar una situación como ocupación. Se requiere que la potencia ocupante tenga la capacidad de sustituir la autoridad de la potencia ocupada por ser esta incapaz de hacerlo, o que se haya instaurado una administración temporal en ese territorio (TPIEY 2003, 217). El enfoque adoptado requiere un alto grado de control, como el utilizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, y parece estar de acuerdo con las disposiciones del Reglamento de La Haya. Aun así, el Tribunal aclaró que, para establecer si se aplica el derecho de la ocupación, tiene que mediar un estudio caso por caso.

Se puede concluir que existen diferentes posiciones con respecto al inicio de una ocupación. Sin embargo, los tribunales y quienes integran la comunidad académica están de acuerdo en que la invasión no es en sí misma ocupación y no hace aplicable el derecho de la ocupación, porque el territorio no está bajo el control efectivo del Estado. En el supuesto de que este enfoque restrictivo deba seguirse, el Estado no sería responsable por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, pues el territorio no caería bajo su jurisdicción.

Para asegurar algún grado de protección, es necesario un estudio singular de cada caso, a fin de determinar si la persona o personas estaban directamente bajo el control de agentes estatales cuando ocurrió la violación. Si fuere así, el territorio podría caer fuera de la jurisdicción del Estado. Sin embargo, la persona podría estar bajo su autoridad y control, de forma que se podría responsabilizar al Estado por las violaciones de derechos humanos cometidas contra esta persona.

b. Fin de la ocupación

Como se mencionó antes, el aspecto temporal de la ocupación es un elemento esencial de su definición. En efecto, la soberanía sigue en manos de la autoridad local, aunque esta, por cierto tiempo, sea incapaz de ejercerla; dado que no se transfiere al ocupante, que solo ejerce un control temporal y provisional sobre el

territorio ocupado, porque se supone que su jurisdicción sobre este debe ser temporal (Gasser y Dörmann 2013, 270, 273 y 284).

Hay que recordar que una ocupación puede terminar de muchas maneras. La más común es el retiro de la fuerza ocupante o su expulsión (Roberts 1984, 257). Sin embargo, algunos casos son más difíciles; por ejemplo, cuando un ocupante no se ha retirado de un territorio, pero se impugna la aplicación del derecho de la ocupación a causa de una autorización otorgada por la autoridad local en ejercicio de su soberanía. Una situación tal reafirma la idea de que la presencia de fuerzas extranjeras en un territorio es un elemento indicativo de que, si bien la ocupación existe, no es un elemento constitutivo de la misma. Un ejemplo puede ser la presencia de las fuerzas de la coalición liderada por Estados Unidos en Irak después del llamado fin de la ocupación (2004).

El artículo 6 del Convenio de Ginebra IV describe otra forma de poner fin a una ocupación: desvaneciéndose. Según el artículo citado, la aplicación del derecho de la ocupación debe cesar un año después del cierre general de las operaciones militares, excepto para un número limitado de disposiciones referentes principalmente a los derechos de las personas “regulares” y de las personas protegidas.

El aspecto temporal de la ocupación es relevante para este estudio, debido al impacto en la capacidad de cumplir las obligaciones bajo el DIH y los Derechos Humanos. Por ejemplo, sin importar si se sigue el primero o el segundo enfoque sobre el inicio de la ocupación, las obligaciones pueden dividirse en dos categorías: 1) las que pueden cumplirse inmediatamente y 2) las que requieren más tiempo. La primera categoría incluye cuatro prohibiciones: (1) la de tortura (art. 3 de los convenios de Ginebra), (2) la de coacción (art. 31 del CG IV), (3) la de tomar rehenes (art. 34 del IV CG), y (4) la de discriminación (art. 27(3) GCIV); y también incluye dos obligaciones: (1) la de no llevar a cabo ataques contra la población civil como forma de represalia (art. 46 del Reglamento de La Haya y 51(6) del PA I), y (2) la de brindar un trato humano (art. 27(1) CG IV). La segunda categoría incluye otras obligaciones que pueden demandar una

permanencia más extensa de la potencia ocupante en el territorio; por ejemplo, la de satisfacer las necesidades básicas de la población local (arts. 55(1) CG IV y 69(1) PA1).

El tiempo durante el cual una potencia ocupante está presente en un territorio ocupado tiene un efecto directo sobre su capacidad para cumplir con las obligaciones, no solo según el DIH, sino también de acuerdo a los derechos humanos. Lograr la plena realización de todos los derechos humanos (cuando el Estado ejerce jurisdicción) es un proceso que puede tomar un tiempo, de modo que su cumplimiento dependerá del momento en que la potencia ocupante introduzca cambios en los territorios ocupados y los cambios que el DIH le permita realizar. No obstante, el aspecto temporal de la presencia no es una excusa para evadir el cumplimiento de la obligación de avanzar hacia la plena realización de todos los derechos humanos en el territorio ocupado. Implica una obligación de efecto inmediato; y la ausencia de recursos y la temporalidad de la presencia en el territorio no son excusas aceptables para no cumplir esta obligación.

La presencia de la potencia ocupante puede enfrentar dos escenarios en cuanto a su obligación relativa a derechos humanos. El primero considera que

los estándares de derechos humanos en el territorio ocupado son consistentes con las obligaciones internacionales de la potencia ocupante. Cuando la legislación nacional es compatible con los estándares de derechos humanos, la potencia ocupante no tendrá que preocuparse de introducir cambios. El segundo escenario, por el contrario, se da cuando los estándares de derechos humanos en el territorio ocupado son inconsistentes con las obligaciones internacionales de la potencia ocupante. Existe una obligación común respecto a todos los derechos humanos de lograr su realización progresiva (aun si esta obligación ha sido desarrollada para los derechos económicos, sociales y culturales, se puede sugerir que también se extienda a los derechos civiles y políticos). Tal obligación implica que el Estado tiene que tomar medidas para la plena realización de todos los derechos humanos dentro de su jurisdicción (Melish 2002, 191). Aun si se reconoce que la completa realización de cada derecho no se logra inmediatamente, la obligación de la potencia ocupante de realizar acciones en ese sentido es de efecto inmediato. De no ser así, surgirá la responsabilidad estatal de cumplir sus obligaciones internacionales.

La siguiente sección analiza esta obligación en comparación con las estrictas limitaciones que el DIH impone a las potencias ocupantes.

CHOQUE ENTRE EL DIH Y LAS OBLIGACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL PRINCIPIO CONSERVACIONISTA VS. EL PRINCIPIO DE OCUPACIÓN TRANSFORMADOR

1. El principio conservacionista bajo el Derecho Internacional Humanitario

El principio conservacionista bajo el DIH requiere que la potencia ocupante no cambie el *statu quo* del territorio ocupado. Esta exigencia se basa en el aspecto temporal de la ocupación y, por lo tanto, el derecho de la ocupación tiene como objetivo proteger los habitantes del territorio ocupado de cargas y traumas innecesarios. La potencia ocupante solo ejerce jurisdicción temporalmente y no es soberana; por lo tanto, no puede introducir cambios desproporcionados en el territorio ocupado.

El principio conservador y sus límites están presentes en el artículo 43 del Reglamento de La Haya y en el artículo 64 del cuarto convenio de Ginebra; y se basan en el carácter temporal de la ocupación. Los cambios impuestos por la potencia ocupante deberían estar basados solamente en la capacidad militar de la potencia ocupante, no en una mera decisión soberana del Estado ocupado (Pictet 1958, 273). El artículo 43 del Reglamento de La Haya dice que “(d)esde el momento en que la autoridad legítima pase de hecho a manos del ocupante, este tomará todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, salvo

impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país”³. Esta obligación no es una obligación de resultado, sino de medios (Sassòli 2005, 664). Así pues, esa obligación del Estado se centra en los medios para cumplir su obligación, y no en el resultado de sus acciones. De esta manera, se establece claramente una limitación para el Estado ocupante. Este debe cumplir con su deber de restablecer y garantizar el orden y la seguridad pública, así como respetar, a menos que sea absolutamente imposible, las leyes vigentes en el Estado cuyo territorio ha ocupado. El principio conservacionista bajo el DIH incluye la obligación de la potencia ocupante de respetar no solo las leyes vigentes en el territorio ocupado, sino también las instituciones existentes y los derechos de las personas protegidas.

a. Limitaciones con respecto a la legislación local

La potencia ocupante debe respetar las leyes y acuerdos económicos vigentes en el territorio ocupado y debe hacer, generalmente, la menor cantidad de cambios posibles (Roberts 2006, 580; CICR 1949, 64).

Un tema que es relevante aquí es el significado de las leyes. ¿Qué significa ley? ¿Incluye solo “leyes” *sensu stricto*, o el término “leyes” incluye todos los niveles de elementos legislativos y judiciales? El término utilizado en el artículo 43 de la Convención de La Haya se refiere a todos los niveles de legislación y no solo a las leyes penales (leyes tributarias, civiles, comerciales) si son generales y abstractas (Sassòli 2005, 669; Pictet 1958, 335; Gasser y Dörmann 2013, 284).

El orden público y la vida civil se mantienen a través de “leyes, reglamentaciones, decisiones judiciales, guías administrativas e, incluso, costumbres ya que todas forman parte de un sistema balanceado” (Benvenisti 1993, 17). Por lo tanto, el término “leyes” debe interpretarse de manera que abarque cada nivel de elementos legislativos y judiciales que se usan para organizar la vida civil en el territorio ocupado. Se confirma esta interpretación al constatar que la formulación del artículo 64(2) del cuarto convenio

de Ginebra no hace ninguna referencia específica a leyes penales, y que el artículo 64(2) menciona “disposiciones” en general, una expresión que puede ser interpretada como inclusiva de lo penal, lo civil y la legislación administrativa (Sassòli 2005, 669).

La formulación del artículo 64 del cuarto convenio de Ginebra es menos restrictiva que la prohibición general del artículo 43 de la Convención de La Haya (a menos que al Estado ocupante le sea absolutamente imposible respetar la legislación nacional). Este último incluye una necesidad material y legal que debe cumplirse para aplicar la excepción contenida en este artículo. Para aplicar la excepción contenida en el artículo 64, solo se debe verificar si una de las tres circunstancias mencionadas existe. Según este artículo, la potencia ocupante tiene permitido cambiar la legislación nacional: (1) para mantener un gobierno ordenado del territorio, (2) para permitir a la potencia ocupante el cumplimiento de sus obligaciones internacionales bajo el cuarto convenio de Ginebra; (3) y para garantizar la seguridad de la potencia ocupante. Pero el DIH y los derechos humanos limitan esta excepción: la potencia ocupante no puede realizar cambios que violen estos cuerpos normativos.

Además de estas limitaciones, se argumenta que el Reglamento de La Haya y el cuarto convenio de Ginebra fueron negociados y escritos antes de los principales desarrollos en materia de derechos humanos. Por lo tanto, dejan por fuera las mejoras referentes a estándares de derechos humanos como una excepción al principio conservacionista. Se dice que, si esos instrumentos se escribieran hoy, incluirían, como una de las causales para permitir cambios legislativos, la mejora de la normativa en materia de derechos humanos en el territorio ocupado.

b. Limitaciones con respecto a instituciones locales

Otra limitación para la potencia ocupante es la prohibición de realizar cambios en instituciones locales, a menos que le sea absolutamente imposible mantener

3 La versión francesa de este artículo es más amplia que la versión inglesa (“The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country”) al hablar de “*l'ordre et la vie publiques*” en lugar de “orden público y seguridad”. La “*vie publique*” implica algo más que orden, e incluye todos los elementos necesarios para el desenvolvimiento normal de la vida.

el *status quo*. Este elemento está estrechamente relacionado con la prohibición de cambiar o introducir nueva legislación, ya que la mayoría de los cambios en las instituciones se introducirían mediante cambios legislativos. Cualquier cambio en las instituciones a través de un cambio legislativo debe hacerse bajo la justificación de que a la potencia ocupante le es absolutamente imposible mantener la legislación en vigor. Según el artículo 64(2) del cuarto convenio de Ginebra, estas alteraciones se pueden realizar si se cumplen las tres circunstancias indicadas en este párrafo.

En este caso deben considerarse, otras disposiciones del cuarto convenio de Ginebra. Por ejemplo, el artículo 54 prohíbe la alteración del estatuto de los jueces y demás servidores públicos en un territorio ocupado; y como los servidores públicos pueden ser considerados como instituciones del territorio ocupado, deberían ser respetados por la potencia ocupante.

c. Limitaciones con respecto a personas protegidas

Las limitaciones impuestas a la modificación de las leyes e instituciones locales no son las únicas impuestas a la potencia ocupante. Si se tiene en cuenta el objetivo de la ocupación, el DIH impone varias limitaciones con respecto a las personas protegidas (por ejemplo, en el artículo 47 del cuarto convenio de Ginebra).

Los cambios que la potencia ocupante decida introducir, autorizados por el artículo 43 de la Convención de La Haya o por el artículo 64(2) del cuarto convenio de Ginebra, no deben obstaculizar los derechos de las personas protegidas. La redacción de los artículos citados es claramente restrictiva. Por tanto, la prohibición de este artículo es más estricta que la que consta en el anterior artículo sobre legislación e instituciones.

2. El enfoque de la ocupación transformadora

Los tratados de Derecho de los derechos humanos y las normas consuetudinarias no son los únicos que imponen obligaciones detalladas al Estado en materia de derechos humanos. Las disposiciones del DIH pueden además introducir obligaciones especiales para los Estados. Por ejemplo, bajo el cuarto convenio de Ginebra, la potencia ocupante debe cumplir

ciertas obligaciones relacionadas con derechos humanos. Algunas de estas se mencionan en el artículo 3: la prohibición de discriminación, tortura, tratos inhumanos y degradantes, y el derecho a un juicio justo. El artículo 27(1) impone la obligación de respetar la libertad de religión (también en el artículo 58) y la libertad de pensamiento. El artículo 51 impone la obligación de respetar el derecho al trabajo de las personas protegidas; estas son libres de elegir su trabajo y no pueden ser obligadas a trabajar a menos que sea necesario por las razones y con las garantías mencionadas en dicho artículo. El artículo 55 impone la obligación de proporcionar comida y suministros médicos a la población local. Los artículos 53 y 55(2) imponen la obligación de respeto a la propiedad privada. Otro ejemplo es el artículo 43 del Reglamento de la Haya, que requiere el mantenimiento del orden público, incluyendo el respeto de los derechos humanos en el territorio ocupado.

En el caso de derechos que no estén contenidos en las disposiciones del DIH relativas a la ocupación, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos todavía protege a la persona y establece obligaciones para la potencia ocupante dentro del territorio ocupado. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos autoriza a los Estados a limitar ciertos derechos. Es posible que el Estado lo haga cuando una emergencia amenace la vida de la nación o cuando la situación lo exija estrictamente. Sin embargo, semejantes limitaciones son posibles solo si son consistentes con las obligaciones internacionales del Estado. El Estado podría argumentar que la ocupación beligerante que sucede a un conflicto armado internacional es una situación en la que es necesario limitar ciertos derechos. En todo caso, las limitaciones no pueden eliminar el derecho en su totalidad. El Estado todavía debe respetar y garantizar un mínimo básico de cada derecho. Este núcleo mínimo deberá satisfacerse aun en tiempos de ocupación beligerante, un requisito que puede chocar con el principio conservador relativo a los deberes y derechos de la potencia ocupante.

Frente a este escenario, se ha desarrollado otro enfoque en torno a estos derechos y deberes. La ocupación transformadora presenta una más amplia perspectiva de expectativa del Estado ocupante en relación con

sus obligaciones de derechos humanos. Como se vio antes, el alcance de los cambios que la potencia ocupante puede introducir en un territorio ocupado está limitado a condiciones y circunstancias permitidas (principio conservacionista) por el DIH. Bajo el principio transformador de ocupación, la potencia ocupante tiene el derecho y el deber de ir más allá de lo permitido por el derecho de la ocupación.

La principal crítica a este enfoque es que se cruzaría con uno de los principios básicos característicos de la ocupación: la soberanía sobre ese territorio no está en manos de la potencia ocupante, que ejerce una administración temporal. La ocupación transformadora implica introducir cambios de manera permanente, que en algunos casos serán tan radicales, que llegarán a superar la capacidad con la que una potencia ocupante debería actuar (según las normas tradicionales del DIH). ¿Puede haber una excepción a los límites impuestos por el DIH que permita a la potencia ocupante llevar a cabo una ocupación transformadora?

Roberts menciona que, si el artículo 64 del cuarto convenio de Ginebra fuese escrito actualmente, existiría una limitación al derecho de la ocupación. El autor argumenta que podrían darse dos escenarios. El primero de ellos tiene que ver con el respeto y la garantía de los derechos humanos; y el segundo con la implementación de una transformación autorizada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Roberts 2006, 588-9).

El primer escenario plantea la existencia de dos conjuntos de normas (que contienen obligaciones) que tienen su origen en dos diferentes áreas del Derecho Internacional: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Este artículo argumenta que los desarrollos en materia de derechos humanos cambiarían el contenido de las limitaciones para la potencia ocupante si se redactaran en la actualidad. En este caso, se puede argumentar que la potencia ocupante no puede mantener la existencia de flagrantes violaciones masivas de los derechos humanos en el territorio ocupado antes de la ocupación. En este escenario, esta puede ser autorizada, si no obligada, a introducir cambios legislativos e institucionales. El objetivo de estos cambios sería

cumplir con las obligaciones de la potencia ocupante en lo referente a los derechos humanos de cada persona bajo su jurisdicción (sujeta a su jurisdicción a través de la ocupación beligerante). Las obligaciones del DIH (respecto a la prohibición de introducir cambios significativos en la legislación e instituciones del territorio ocupado) cederán ante las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

Roberts sugiere otro escenario: una autorización proveniente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para introducir cambios en el territorio ocupado. Esta autorización podría ocasionar la violación de las obligaciones que el DIH impone al Estado.

Este escenario se refiere a la posibilidad de que el Consejo de Seguridad establezca normas que prevalezcan por encima de otras que serían normalmente aplicables a la situación (Kolb 2008, 31-3). El artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante Carta) establece que, cuando exista un conflicto entre las obligaciones del Estado en virtud de la Carta y otros derivados de otros instrumentos jurídicos o consuetudinarios (Zwanenburg 2004, 761), prevalecerán aquellas provenientes de la Carta, que incluyen obligaciones que emanan de resoluciones del Consejo de Seguridad que son vinculantes (según el artículo 25 de la Carta de la ONU). Se ha debatido acerca de las normas de *ius cogens* con base en el Derecho de los derechos humanos y el DIH y su carácter superior versus las resoluciones del Consejo de Seguridad.

Para determinar el alcance de las resoluciones del Consejo de Seguridad, es necesario determinar si el derecho de la ocupación (acerca de la obligación de no introducir cambios en el territorio ocupado) puede considerarse como norma *ius cogens*. Cuando las normas mencionadas tienen este rango, el Consejo de Seguridad de la ONU no puede autorizar a los Estados a eludir sus obligaciones. Por otra parte, si las normas mencionadas no están calificadas como tal, la resolución del Consejo de Seguridad podría alterar las obligaciones del Estado. Existen diferentes puntos de vista sobre este tema. Algunos estudiosos consideran que el DIH tiene carácter de *ius cogens* por su finalidad de proteger al ser humano (Sassòli 2005, 1; Zwanenburg 2004, 761). Otros estudiosos consideran que solo el

núcleo del DIH, fuera de las disposiciones sobre ocupación, es parte del *ius cogens*, por su importancia en la protección de los seres humanos. Esta interpretación concuerda con el segundo enfoque, que atribuye un carácter de *ius cogens* solo para las disposiciones más fundamentales del DIH. Entonces, el derecho de la ocupación podría ser restringido por una resolución del Consejo de Seguridad.

El Consejo de Seguridad, según lo establecido en el capítulo VIII de la Carta de la ONU, puede derogar obligaciones del DIH si es de manera “temporal, proporcional y estrictamente limitado a las necesidades de la situación” (Kolb 2008, 37). Según Zwanenburg (2004), los *travaux préparatoires* de la Carta confirman esta interpretación. Sassòli está de acuerdo con que el Consejo de Seguridad puede autorizar que la potencia ocupante lleve a cabo algunos cambios en un territorio ocupado que irían más allá de lo autorizado por el DIH. Para Sassòli, solo las resoluciones del Consejo de Seguridad pueden justificar cambios fundamentales en el territorio ocupado (Sassòli 2005, 680).

Cuando se trata de derogaciones realizadas por el Consejo de Seguridad, deberían ser claras y no dejar lugar a ninguna interpretación, y el Consejo de Seguridad debe establecer claramente el régimen jurídico aplicable si el DIH ya no es aplicable (Kolb 2008, 41; Zwanenburg 2004, 762). Sin embargo, las excepciones no pueden ser implícitas. Siguiendo este enfoque se puede concluir que, si los estándares establecidos por la legislación nacional son incompatibles con las normas internacionales de derechos humanos, la potencia ocupante tiene que introducir cambios para cumplir con sus obligaciones internacionales, ya que el territorio ocupado está bajo su jurisdicción. Si no es así, la potencia ocupante puede infringir sus obligaciones en materia de Derecho Internacional (Sassòli 2005, 676-8). Sassòli menciona que la potencia ocupante tiene la obligación de derogar cualquier legislación que contravenga estándares en materia de derechos humanos. (2005, 676)

Desde nuestro punto de vista, la CIJ, en el caso República Democrática del Congo vs. Uganda, ha confirmado esta conclusión. Está establecido que el artículo 43 de la Convención de La Haya incluye el deber de garantizar la aplicación de las reglas del Derecho

Internacional de los Derechos Humanos y el Derechos Internacional Humanitario (CIJ 2005, 178). Esta línea de pensamiento ha sido aplicada en varias ocasiones. Un ejemplo reciente ocurrió en 2004, en Irak: la Autoridad Provisional de la Comisión aprobó la Orden 89, que prohibió el trabajo infantil (APC 2004). Este cambio permitió a la potencia ocupante cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, concretamente la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil (1999) y el Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima (1973).

Sería justo concluir que, hoy en día, el derecho de la ocupación que impone límites estrictos al comportamiento de la potencia ocupante retrocedería a la luz de las obligaciones de los derechos humanos. La potencia ocupante (ejercicio de jurisdicción en su territorio ocupado) tiene la obligación de respetar y cumplir los derechos humanos conforme a las normativa de derechos humanos. Si los cambios introducidos son inconsistentes con los estándares internacionales, la principal tendencia es considerar que la potencia ocupante está autorizada a introducirlos para la mejora de los derechos humanos y, al hacerlo, cumplir con sus obligaciones internacionales.

Es evidente que estos cambios excederán la presencia temporal en el territorio ocupado (Sassòli 2005, 673). Y si la potencia ocupante introdujo cambios con efectos duraderos, el gobierno local, una vez que vuelve a ejercer su autoridad, podría alterar los cambios introducidos bajo estrictos parámetros. Bajo los Derechos Humanos, los Estados tienen prohibido actuar de toda manera regresiva que implique una disminución en el nivel de respeto y cumplimiento de los derechos humanos. Si una potencia ocupante hubiera tenido que introducir cambios duraderos en materia de derechos humanos, una vez que deje el territorio que mantuvo ocupado, la autoridad local no puede tomar medidas retroactivas, pues esta actuación implicaría una disminución en el nivel de cumplimiento alcanzado por los cambios introducidos por la potencia ocupante. Así pues, si un Estado vuelve a ser capaz de ejercer jurisdicción sobre su territorio previamente ocupado se vería ante la obligación de no adoptar ninguna medida regresiva en materia de derechos humanos.

CONCLUSIÓN

En este trabajo se ha demostrado que el Derecho de los derechos humanos es válido extraterritorialmente cuando una persona o personas son sujetos de la jurisdicción del Estado. Entonces, una potencia ocupante tiene que cumplir con sus obligaciones internacionales que emanan del DIH y de los derechos humanos en el territorio que ha ocupado.

Los deberes impuestos por el DIH a la potencia ocupante son claros y entran en vigor tan pronto como se ejerce autoridad y control sobre el territorio. Las obligaciones que emanan de los derechos humanos están vigentes aunque el Estado decida limitar algunos de ellos, de conformidad con las provisiones relativas a limitaciones en circunstancias extremas (en virtud de las disposiciones pertinentes del tratado).

Estas obligaciones pueden ser contradictorias, especialmente bajo el principio conservacionista contemplado por la Convención de La Haya y el cuarto convenio de Ginebra. El DIH requiere de una potencia ocupante que introduzca pequeños cambios solo si la situación realmente los requiere. Esta exigencia se basa en el aspecto temporal de la ocupación: la potencia ocupante es un administrador temporal del territorio. En la actualidad, el principio conservacionista dará paso al enfoque de ocupación transformadora. La potencia de ocupación es capaz, si no es forzada, de introducir cambios radicales de carácter permanente en la legislación y las instituciones del territorio ocupado para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos. En este caso, las disposiciones en materia de derechos humanos prevalecen sobre los derechos de ocupación.

BIBLIOGRAFÍA

- Benvenisti, Eyal. 1993. *International Law of Occupation*. Princeton: Princeton University Press.
- Carbonell, María Helena. 2014. “El deber del Estado de reparar las violaciones de derechos humanos”. *Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos* N.º 1: 137-52.
- Crawford, James. 2013. *State Responsibility: The General Part*. Cambridge: Cambridge University Printing House.
- Gasser, Hans-Peter y Knut Dörmann. 2013. “Protection of the Civilian Population”, en Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Gialdino, Ronaldo. 2013. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Kolb, Robert. 2008. “Occupation in Iraq Since 2003 and The Powers of the UN Security Council”. *International Review of the Red Cross*, vol. 90, N.º 86: 29-50.
- Melish, Tara. 2002. *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*. Quito: CDES.
- Monroy Cabra, Marco. 2011. *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Ed. Temis.
- Pictet, Jean. 1958. *The Geneva Conventions of 12 August 1949 Commentary – IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilians Persons in Time of War*. Geneva: CICR.
- Roberts, Adam. 2006 “Transformative Military Occupation: Applying The Laws of War and Human Rights”. *American Journal of International Law*, vol. 100: 580-622.
- _____. 1984. “What Is Military Occupation?”. *British Yearbook of International Law*, vol. 55, N.º 1: 249–305
- Sassòli, Marco. 2005. “Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers”. *European Journal of International Law*, vol. 16, N.º 4: 66-94.
- Shaw, Malcomn. 2008. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sorensen, Max. 2011. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Thürer, Daniel. 2005. “Current Challenges to the Law of Occupation”. *Collegium* N.º 34, Otoño 2006, Special ed.: 9-25. <https://www.coleurope.eu/sites/default/files/content/publications/pdf/Collegium%2034.pdf>
- Travieso, Juan Antonio. 2012. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Zwanenburg, Marten. 2004. “Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and The Law of Occupation”. *International Review of the Red Cross*, vol. 85, 2004: 745-769.

Normativa y Jurisprudencia

- APC. Ver: Autoridad Provisional de la Coalición. 2004. Orden 89: Reformas al Código Laboral N.º 71 de 1987.

- CDI. Ver: Comisión de Derecho Internacional. 2001. “Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II, Parte II.
- CDH. Ver: Comité de Derechos Humanos. 2001. Comentario General 29: Derogación durante un estado de emergencia.
- _____. 2004. Comentario General 31: La naturaleza de la obligación legal general impuesta a los Estados parte.
- _____. 1979. Lilian Celiberti de Casariego vs. Uruguay. Comunicación N.º 56/1979.
- _____. 1981. Sergio Euben Lopez Burgos vs. Uruguay. Comunicación N.º R.12/52, U.N. Doc. Supp. 40 (A/36/40).
- CICR. Ver: Comité Internacional de la Cruz Roja. Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra (cuarto convenio de Ginebra). 12-VIII-1949.
- _____. Protocolo Adicional I a los convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales. 8-VI-1977.
- CIDH. Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1999. Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña y Pablo Morales vs. Cuba. Informe N.º 86/99.
- CIJ. Ver: Corte Internacional de Justicia. 2004. Opinión consultiva sobre las consecuencias legales de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados.
- _____. 2005. República Democrática del Congo vs. Uganda. Sentencia.
- Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (conocido como Reglamento de la Haya de 1907). 18-X-1907.
- Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (conocido como Convenio europeo de derechos humanos, del 4 de noviembre de 1950), reformado por el Protocolo N.º 11. 11-V-1994.
- Corte IDH. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1988. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia, Ser. C, N.º 4.
- _____. 1999. Coard et al. vs. Estados Unidos de América. Informe N.º 109/99.
- OEA. Ver: Organización de Estados Americanos. Convención Americana de Derechos Humanos. 22-XI-1969.
- TEDH. Ver: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1995. Caso Loizidou vs. Turquía, Fondo.
- _____. 2004. Issa y otros vs. Turquía. Fondo.
- _____. 2006. Saddam Hussein vs. Albania, Bulgaria, Croacia, República Checa, Dinamarca, Estonia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Latvia, Lituania, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, Turquía, Ucrania y Reino Unido. Decisión de Admisibilidad.
- TPIEY. Ver: Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. 2003. Fiscalía vs. Mladen Naletilic y Vinko Martinovic, Sala de primera instancia, Merits, IT-98-34-T.

ORÍGENES DE LA *WILLFUL BLINDNESS* Y SU APLICABILIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

ORIGINS OF *WILLFUL BLINDNESS* AND ITS APPLICABILITY ON INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

ORIGENS DO *WILLFUL BLINDNESS* E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Juan José Alencastro Moya* y Guillem Torraguitart Muenuera**

Recibido: 16/X/2021

Aprobado: 10/XII/2021

Resumen

Desde la aparición de la figura de la *willful blindness* en Inglaterra, este complejo modelo de imputación subjetiva ha sufrido importantes cambios. En esencia, dicha figura permite calificar como dolosas actuaciones en las que el sujeto no conoció ni dominó los elementos del tipo, pero porque previamente había decidido no conocerlos cuando aún le era posible hacerlo. En este sentido, el presente artículo analiza la posibilidad de utilizar la *willful blindness* en los cuatro delitos que son de la competencia de la Corte Penal Internacional (genocidio, agresión, crímenes tanto de guerra como de lesa humanidad) y la utilización que ha tenido esta figura en el delito de lesa humanidad (por ser el único delito donde explícitamente se ha usado) por parte de los tribunales penales internacionales que precedieron a la Corte. Finalmente se presentan algunas conclusiones, así como una serie de recomendaciones de tratamiento jurídico que permitan castigar y sancionar a las personas responsables de infracciones internacionales mediante la *willful blindness*. A fin de conseguirlo se establecen los límites y pautas de interpretación, para que la figura no arroje más sombras que luces en la resolución de problemas judiciales.

Palabras clave: Ignorancia deliberada; Mens rea; Corte Penal Internacional; Genocidio; Agresión; Lesa humanidad; Crímenes de guerra

Abstract

Since the appearance of the doctrine of “willful blindness” in England, this complex model of subjective imputation has been changing. In essence, what this figure allows is to punish as intentional actions in which the subject did not know or master the elements of the type, only because he had previously decided not to know them even when it was possible. This article analyzes the possibility of using willful blindness in the four crimes under the jurisdiction of the International Criminal Court (genocide, aggression, war crimes and crimes against humanity), and the use that this figure has had in crimes against humanity (the only type of crime where it has been explicitly used) by international criminal tribunals that preceded the Court. Finally, some conclusions are presented as well as some recommendations for a legal treatment that allows punishing and sanctioning those responsible for international infractions using willful blindness. For this, the limits and interpretation guidelines will be established so that the figure does not cast more shadows than lights in the resolution of judicial problems

Key words: Willful blindness; Mens rea; International Criminal Court; Genocide; Aggression; Crimes against humanity; War crimes

* Juan José Alencastro Moya es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, y LL.M. (Master of Laws) en Crimen y Justicia Internacional por la Universidad de Torino (Italia) y el United Nations Crime and Justice Research Institute. Ha trabajado como Coordinador de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en la Cruz Roja Ecuatoriana y como asesor en la Dirección de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General del Estado. Hoy en día es docente en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y en la Universidad Internacional del Ecuador. Es miembro de la Sociedad Ecuatoriana de Derecho Internacional (SEDI) y Director del Centro “Benjamin Ferencz” sobre uso de la fuerza. Correo electrónico: jjalencastro@gmail.com

** Es abogado por la Facultad de Derecho de ESADE (Universitat Ramon Llull). Después de trabajar una temporada en el Departamento Jurídico de la Joyería TOUS, ejerciendo funciones de prevención de blanqueo de capitales y formación a los trabajadores de la empresa en materia de prevención de delitos, regresó a la universidad para formarse como investigador y profesor de Derecho Penal. Actualmente imparte tres cursos en la ESADE relacionados con el Derecho Penal y al mismo tiempo cursa un doctorado. Correo electrónico: guillemtorraguitart@gmail.com

Resumo

Desde o surgimento da figura do *willful blindness* na Inglaterra, este complexo modelo de imputação subjetiva tem tido importantes mudanças. Em essência, esta figura permite qualificar como dolosas atuações nas quais o sujeito não conheceu nem dominou os elementos do tipo, mas, porque previamente havia decidido não os conhecer, ainda quando possível fazê-lo. Nesse sentido, o presente artigo analisa a possibilidade de utilizar a *willful blindness* em quatro delitos que são de competência da Corte Penal Internacional (genocídio, agressão, crimes tanto de guerra como de lesa humanidade) e da utilização que vem tendo esta figura no delito de lesa humanidade (por ser o único

delito onde explicitamente se utilizou) por parte dos tribunais penais internacionais que precederam à Corte. Finalmente, se apresentam umas conclusões, assim como uma série de recomendações de tratamento jurídico que permitam castigar e sancionar às pessoas responsáveis por infrações internacionais mediante o *willful blindness*. A fim de conseguir que se estabeleçam os limites e pautas de interpretação, para que a figura não lance más sombras que luzes na resolução de problemas judiciais

Palavras chave: Ignorância deliberada; Mens rea; Corte Penal Internacional; Genocídio; Agressão; Lesa humanidade; Crimes de guerra

INTRODUCCIÓN

En las primeras décadas del siglo XIX, en Inglaterra, se empezó a gestar y a utilizar la figura de la *willful blindness* (traducida comúnmente en español como “ignorancia deliberada”), un modo de imputación subjetiva que abría la puerta a poder castigar a un sujeto como penalmente responsable por una acción u omisión en la que no había tenido conocimiento, pero en la que había tenido suficientes sospechas y pudiendo investigar no lo habría hecho.

La introducción de esta figura en la jurisprudencia inglesa, y posteriormente en la de los Estados Unidos de América, supuso un gran impacto en el ámbito de la imputación subjetiva, pues permitía equiparar el desconocimiento voluntario con el auténtico conocimiento y dominio de los hechos. En definitiva, permitía relativizar el concepto de dolo sin que fuera necesaria su parte cognitiva, es decir, un grado determinado de conocimiento. Para el análisis de la presente figura, y en consecuencia su desarrollo jurisprudencial, este trabajo se divide en tres bloques. En

primer lugar, se analiza el nacimiento de la figura de la *willful blindness* en la cuna de la jurisprudencia inglesa y desde sus primeros precedentes jurisprudenciales, con un triple objetivo: entender los orígenes de la figura, diferenciar la figura de la responsabilidad vicaria y extraer conclusiones críticas sobre la idoneidad o no de su utilización y la confusión que tuvo con otras figuras. En la segunda parte del artículo se estudia los cuatro delitos que forman parte de la competencia material de la Corte Penal Internacional, con el objetivo de descubrir si la figura de la *willful blindness* puede ser siempre utilizada o si, por el contrario, hay delitos que, por su naturaleza y tipicidad, no admiten este complejo modo de imputación subjetiva. Finalmente, en el apartado de conclusiones y recomendaciones, se aporta una visión crítica sobre el uso de la figura por parte de los tribunales penales internacionales (en los delitos que se haya utilizado), a la vez que se propone una serie de recomendaciones que puedan aportar seguridad jurídica a los diferentes operadores jurídicos que pretendan aplicar la figura.

NACIMIENTO DE LA WILLFUL BLINDNESS EN LA JURISPRUDENCIA ANGLOSAJONA

La utilización de la figura de la *willful blindness*, ya desde sus inicios, fue polémica, discontinua en el tiempo y dispar en su aplicación. En efecto, a pesar de

que los primeros precedentes parecen situarse en las primeras décadas del siglo XIX (Williams 1961, 157), tuvo que esperarse hasta 1861, en el caso Regina vs.

Sleep (Edwards 1954, 298), para poder equiparar la falta de conocimiento intencional con el auténtico conocimiento. Es decir, se admitió que un estado mental menor al conocimiento era plenamente equiparable al término *knowledge*, y en consecuencia se cumplían las exigencias del *mens rea* (Fernández Budajir 2018, 125-126). Esta decisión permitió la imposición de la misma pena tanto al conocedor de los hechos como al sujeto que no los había conocido, porque había decidido no conocerlos (Ragués i Vallès 2013, 13).

1. Primer precedente: Regina vs. Sleep

El primer caso del que se tiene constancia que un tribunal hiciese uso de la figura de la *willful blindness* data de 1861, en el caso Regina vs. Sleep (Robbins 1990, 196). Dicho pronunciamiento judicial analizaba si la conducta de Mr. Sleep era o no constitutiva de haber violado la *Embezzlement of Public Stores Act* de 1697, la cual prohibía vender objetos del gobierno entre particulares. Adicionalmente, como eje central del debate, debe destacarse que, para la comisión del delito, antes de ello se exigía que se tuviese conocimiento de que los bienes en cuestión eran propiedad del gobierno, razón por la cual, si el acusado no contaba con dicho conocimiento, el jurado debía absolverle (Ragués i Vallès 2007, 65)

Una vez que están claras estas premisas, pasamos a exponer detalladamente el caso en cuestión. El protagonista del caso fue acusado de posesión de objetos del gobierno con la intención de venderlos; se trataba de tornillos de cobre que contenían un signo específico (una flecha) que indicaba su pertenencia al gobierno. En este sentido, el jurado que conoció del caso en primera instancia dictó un veredicto de culpabilidad por el cual se condenaba al Sr. Sleep como autor responsable de haber violado la *Embezzlement of Public Stores Act*, que podría equipararse hoy en día a un delito de malversación o de apropiación indebida (Edwards 1954, 298).

No obstante, el señor Sleep decidió recurrir la sentencia dada en primera instancia, con el principal argumento de que debía haber sido absuelto al no tener conocimiento de que los tornillos en cuestión eran propiedad del gobierno. En consecuencia, al ser

exigido por la *Embezzlement of Public Stores Act* conocimiento para la comisión del delito, si no se demostraba tal conocimiento el acusado debía ser absuelto. En otras palabras, la exigencia de conocimiento era un elemento normativo del tipo; de manera que, si este fallaba, no se cumplían las exigencias del tipo penal y, en consecuencia, el acusado debía ser absuelto. Por tal motivo, el juez Willes, quien conoció el caso en segunda instancia, revocó la sentencia anterior y decidió absolver al condenado con esta justificación: “el jurado no ha podido encontrar que el acusado supiese que los bienes eran del gobierno o que deliberadamente decidiese cerrar los ojos ante tal extremo” (Edwards 1954, 298).

Así, sin decirse expresamente que allí se aplicaba la figura de la *willful blindness*, la equiparación del conocimiento a la ausencia de conocimiento provocada ponía en la jurisprudencia, y también en la doctrina, este nuevo modelo de *mens rea*. Por lo tanto, aunque no se creó una figura ni se definió su naturaleza y sus características, sí se utilizó una lógica argumental que permitió expandir el área que abarcaba el término *knowledge*.

En segundo lugar, de las palabras del juez Willes debe extraerse una idea relevante: en caso de que hubiese sido demostrada una actitud de ignorancia deliberada por parte del acusado, es decir, que de manera intencional hubiese cerrado sus ojos ante hechos evidentes, dicha actitud hubiese sido igual de culpable que un conocimiento certero de los hechos. Así, el término *knowledge* ya no abarcaba exclusivamente el conocimiento actual y certero de la comisión de un delito, sino que, de probarse que el acusado se rehusaba a obtener información que podría haber tenido, las consecuencias jurídicas podían llegar a ser las mismas (Fernández Budajir 2018, 128-9). Por ende, el grado de exigencia o precisión del conocimiento se veía relativizado y ya no implicaba únicamente su definición en el sentido clásico.

2. Segundo precedente: Bosley vs. Davies

A pesar de que el primer precedente tendría un fuerte impacto en el ámbito de la imputación subjetiva (que no solo se limitaría a Inglaterra, sino que se extendería

a la jurisprudencia estadounidense), deberían pasar casi 15 años para que un segundo tribunal volviese a hacer uso de la *willful blindness*, esta vez en el caso *Bosley vs. Davies*, en 1875 (Edwards 1954, 299-300).

En este caso, se acusó al propietario (licenciataria) de un hotel de haber tolerado partidas ilegales de cartas en su establecimiento, sin contar con la respectiva licencia de juego. En consecuencia, se le hacía responsable de haber violado la sección 17 de la *Licensing Act* de 1872, por haber permitido apuestas dentro de su local (Moak 1877, 199-202). No obstante, el acusado se defendió con el argumento de que él no sabía que en su local se jugaban partidas de cartas ilegales; y quien era la directora de sala añadió que no sólo no lo sabían, sino que el local no había facilitado la baraja de cartas a los jugadores. Dicha versión fue corroborada por los jugadores que fueron sorprendidos en la partida ilegal de cartas.

Por estas razones, el licenciataria alegó que, debido a que la infracción exigía conocimiento a quien se le imputase tal delito, al no contar con dicho grado de conocimiento, la sentencia debía ser absolutoria, pues no se cumplía con las exigencias del ámbito subjetivo. A pesar de dicho alegato, el tribunal decidió condenar al propietario en base a la siguiente lógica: “El conocimiento actual, entendido como ver y escuchar por parte del acusado, no es necesario, pues puede haber determinados extremos de los cuales se puede deducir que él (el acusado) o sus sirvientes habían consentido en lo que estaba pasando [en el local]” (Edwards 1954, 300-1).

En este sentido, el tribunal fue un paso más allá que en la anterior sentencia analizada. En efecto, ya no sólo afirmaba que quien se abstuviese deliberadamente de conocer aquello que podía saber era igualmente culpable como si efectivamente tuviese el conocimiento, sino que además flexibilizaba aún más el término *knowledge*. Este ya no se limitaba a ser un mero conocimiento actual y certero de los elementos del tipo, sino que también abarcaba aquellos casos en los que había existido una tolerancia o connivencia a actuar en una determinada dirección. Por esta causa, debe extraerse la idea de que la presente sentencia, más que desarrollar el concepto de *willful blindness*, sentó las

bases para poder condenar en un futuro a determinados sujetos por acciones realizadas por sus subordinados; vale decir que permitía la responsabilidad vicaria, la que es atribuible a cierto responsable jerárquicamente superior por la negligencia de un subordinado suyo. No obstante, se debe hacer una breve reflexión sobre las diferencias existentes entre los fundamentos que permiten condenar a un sujeto mediante la doctrina de la *willful blindness* y aquellos casos en los que se condena al sujeto en base a una responsabilidad vicaria.

Debe avanzarse que los tribunales, ya en sus primeros precedentes, han mezclado y confundido los términos, al presentarles como sinónimos o como complementos uno del otro. Sin embargo, debe concluirse que ambas instituciones presentan características propias, y, en consecuencia, hechos típicos que separan a la una de la otra. Por un lado, la responsabilidad vicaria permite la condena de un sujeto por acciones realizadas por sus subordinados, al entenderse que el superior jerárquico no ha realizado aquellas acciones tendientes a evitar los elementos materiales del delito; es decir: no ha evitado el *actus reus* del sujeto subordinado.

En otras palabras, la omisión o falta de control efectivo por parte del superior jerárquico, cuando tenía la obligación de conocer, se entiende que es equivalente al término *knowledge*, y en consecuencia se permite su condena penal como si fuese un delito realizado a título individual.

Por otro lado, la *willful blindness* está diseñada para aquellos sujetos que, al albergar la sospecha de que pudieran estar realizando un ilícito penal, deciden voluntariamente no conocer nada al respecto para, en caso de ser descubiertos, defender su impunidad al haber faltado el *mens rea*, es decir, la parte subjetiva del delito.

Así, desde un inicio, se observa una característica diferencial. Mientras en el ámbito de la responsabilidad vicaria tendrem os al menos dos sujetos, el que realiza la conducta delictiva y quien tenía la obligación de haberla evitado, en la *willful blindness* hay un sólo sujeto que decide no indagar más para no confirmar el aspecto subjetivo del delito, es decir, evitar configurar

la *guilty mind*. Asimismo, y estrechamente conectado con el punto anterior, ambas instituciones se diferencian también por el hecho de que, en el caso de la *willful blindness* se reprocha al autor el haber decidido no confirmar sus sospechas cuando la confirmación le era posible. Es decir, se castiga al autor por no haber querido conocer los detalles y particularidades de la acción delictiva cuando le era posible hacerlo. Por el contrario, el sujeto al que se hace responder en base a la responsabilidad vicaria, no necesariamente debe haber tenido sospecha de la conducta de su subordinado; simplemente se le reprocha no haber sido suficientemente diligente en el control de sus inferiores.

Este avance tan significativo será estudiado detenidamente más adelante, cuando se analice el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante también referido como Estatuto de Roma). Así, parecen confundirse los términos *willful blindness*, connivencia, conocimiento de segundo grado y responsabilidad vicaria (Charlow 1992, 1361-3).

En otras palabras, los primeros precedentes de la *willful blindness* no logran instaurar pautas certeras y homologadas para establecer con claridad cuándo este nuevo tipo de *mens rea* puede ser usado o no, ni se definen con claridad cuáles son los elementos que deben probarse desde un ámbito procesal.

De hecho, en las sentencias analizadas no parece que se busca crear propiamente un nuevo tipo de *mens rea* o imputación subjetiva para cubrir las lagunas que deja el término *knowledge*, sino que estas están enfocadas en permitir la condena de aquellos sujetos que o bien han consentido en la comisión del delito o bien, por su posición (principalmente empresarial), deben responder penalmente por las acciones u omisiones de sus subordinados.

Esta vía de acción, a pesar de poder parecer una buena solución por posibilitar que nadie quede impune, es al mismo tiempo peligrosa, pues con ella se llega a considerar igualmente culpable a un sujeto que cuenta con conocimiento pleno de los hechos y a uno que no ha investigado lo suficiente cuando podía o debía haberlo hecho.

3. Expansión de la *willful blindness*: desordenada, contradictoria y confusa

Redgate vs Haynes

Tuvieron que pasar tan sólo unos meses más para que, en 1876, en el caso Redgate vs Haynes (Edwards 1954, 299-300), el tribunal volviese a hacer uso de expresiones similares a las utilizadas en los casos precedentes sobre la equiparación entre grado de conocimiento certero y abstención deliberada de adquirir dicho conocimiento.

En este caso, se acusaba a un portero de restaurante de haber tolerado partidas ilegales de cartas en el establecimiento donde trabajaba, y en la sentencia se analizó si el propietario del restaurante debía responder también por la tolerancia del juego en sus instalaciones. El tribunal concluyó que podía llegar a imputarse responsabilidad penal al propietario del local si se cumpliera alguna de las dos siguientes premisas: si el propietario “se abstiene deliberadamente de constatar si la partida está teniendo lugar o no”, o si el propietario “se va a dormir y deja a un sirviente al cargo de la propiedad que tenga connivencia con la práctica del juego”. Finalmente, el juez concluyó que “no es necesario que se pruebe un conocimiento actual de que se está jugando. Creo que con demostrar la connivencia por parte del propietario o de la persona encargada es suficiente [para acreditar el *mens rea*]” (Ibíd.).

Por lo tanto, en esta sentencia se reitera la idea de que la abstención de adquirir determinados conocimientos que se podían haber indagado y la posesión actual de conocimiento son dos hechos totalmente equiparables y merecedores de la misma respuesta punitiva. No obstante, también parece desprenderse del pronunciamiento de estas sentencias que aquí realmente se busca poder condenar a un determinado sujeto por actos ilícitos cometidos por otro sujeto. Es decir, en las sentencias analizadas se puede leer más preocupación por la atribución de responsabilidad penal a los propietarios de restaurantes y hoteles por los actos que hayan podido cometer sus subordinados que por desarrollar una teoría en la que se establezcan los criterios concretos y pautas de interpretación para proceder a una equiparación justa entre el desconocimiento provocado y el auténtico conocimiento.

Somerset vs. Hart

Años más tarde, en 1884, tuvo lugar el caso Somerset vs. Hart (Edwards 1954, 300-2). Al igual que en los casos precedentes, se acusaba al propietario de haber consentido un juego ilegal en sus dependencias. No obstante, tras la práctica de la prueba en juicio, el tribunal decidió absolver al propietario, con el argumento de que la persona responsable de la sala no le había informado en ningún momento de la actividad ilegal. Asimismo, el tribunal concluyó que no había existido connivencia entre el propietario y el trabajador del bar, razón por la cual debía absolverse al acusado.

En este sentido, a pesar de que en el presente caso se dictó una sentencia absolutoria, la equiparación entre conocimiento pleno, connivencia en la comisión del delito e ignorancia deliberada sigue presente en el razonamiento del tribunal. No obstante, si bien ambas sentencias comparten el criterio de equiparar conocimiento e ignorancia deliberada del acto delinencial, ambas difieren en que la transferencia de responsabilidad penal del subordinado al jefe/propietario no se hace de manera automática, pues en el caso Somerset vs. Hart se establece que, para que se produzca tal traslado de responsabilidad penal, debe existir una cierta connivencia entre trabajador y propietario o tolerancia por parte de este último en la comisión del delito.

Además, la decisión del tribunal está de nuevo orientada no sólo a una equiparación real entre conocimiento y ausencia de este por decisión del sujeto, sino que también se pretende establecer responsabilidad penal de manera indirecta para permitir el traslado de la responsabilidad penal y, en consecuencia, crear un sistema de responsabilidad vicaria penal.

Bond vs. Evans

Cuatro años después, en 1888, tuvo lugar el caso Bond vs. Evans (Edwards 1954, 300-1), enmarcado también en la persecución de delitos de tolerancia del juego ilegal de cartas. No obstante, este caso tuvo un papel fundamental, ya que, por un lado, intentó acercar aquellos pronunciamientos previos que eran contradictorios en materia de willful blindness y, por otro lado, intentó establecer los límites de la responsabilidad vicaria. Es

decir, era la oportunidad de los jueces del caso para decidir si optaban por los criterios seguidos en el caso Somrest vs. Hart o si, por el contrario, optaban por seguir la línea jurisprudencial de los primeros precedentes establecidos con los casos Redgate vs. Haynes y Bosley vs. Davies. A pesar de sus diferencias, los anteriores pronunciamientos compartían dos características esenciales: la equiparación entre conocimiento y desconocimiento voluntario, y la idea del traslado de la responsabilidad penal del subordinado hacia el jefe/propietario.

Sin embargo, sí existían algunas diferencias. Por un lado, en el caso Somrest vs. Hart se llegaba a la conclusión de que el traslado de la responsabilidad penal del subordinado hacia el jefe no se producía de manera inmediata, sino que, para que existiese tal traslado de responsabilidad, debía existir cuanto menos un cierto grado de connivencia entre propietario y empleado. Por otro lado, en los casos Redgate vs. Haynes y Bosley vs. Davies no sólo se equiparaba conocimiento certero y actual con ignorancia provocada, sino que se daba un paso más: se establecían reglas objetivas mediante las cuales se hacía acreedor de responsabilidad penal al propietario por los hechos cometidos por su subordinado, con independencia de que hubiese existido o no connivencia entre ambos (Fernández Budajir 2018, 129). Según esta nueva lógica, si el Ministerio Fiscal conseguía probar hechos objetivos, el *mens rea* se deducía por sí solo, y en consecuencia era posible condenar penalmente. En suma, esta sentencia era decisiva, ya que podía arreglar las discrepancias existentes en los pronunciamientos previos.

En este sentido, los jueces del caso tuvieron que hacer un esfuerzo para tratar de armonizar las resoluciones previas. La conclusión alcanzada fue que difícilmente ambas teorías podían llegar a convivir en armonía; razón por la cual, los jueces establecieron que las primeras sentencias (Redgate vs. Haynes y Bosley vs. Davies) eran más acordes al Derecho, en el entendido de que la responsabilidad penal vicaria sí podía transmitirse de manera automática. En consecuencia, se establecía que este era el criterio y lineamiento jurisprudencial que debía seguirse; es decir, una responsabilidad vicaria entendida en sentido amplio y no restringida a la idea de connivencia.

LOS CRÍMENES INTERNACIONALES Y LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA *WILLFUL BLINDNESS* EN SU JUZGAMIENTO

Una vez revisado el origen de la figura conocida como *willful blindness*, se analizará la posibilidad de aplicarla en los cuatro crímenes internacionales de competencia material de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI); es decir que se hará un ejercicio teórico práctico indagando si es posible utilizar la institución para cubrir el aspecto subjetivo en el delito de genocidio, el crimen de agresión, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. En aras de completar dicho análisis y con el ánimo de brindar un contexto adecuado, se detallarán, en primer lugar y de manera breve, las formas de participación en los delitos anteriormente mencionados.

Al mismo tiempo que se observan los elementos del delito, concretamente aquellos que afectan a la tipicidad, se analizará también la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, concretamente el delito de lesa humanidad, por haber sido el único de los cuatro mencionados en los que se ha admitido expresamente este complejo modelo de imputación subjetiva.

Por tales motivos, en los tres primeros delitos (genocidio, agresión y crímenes de guerra) se profundizará en la posibilidad de aplicar o no la institución, debido a que el estudio jurisprudencial no puede darse al no haber sido utilizada hasta la fecha la institución de la ignorancia deliberada por ningún tribunal penal internacional ni por la CPI. Por el contrario, en el análisis del delito de lesa humanidad, no sólo se reflexionará sobre la posibilidad de que la CPI eche mano de esta institución en un futuro, sino que se adoptará una posición crítica respecto al uso que se ha hecho de ella por los tribunales penales internacionales.

Del análisis de los delitos y de las sentencias de los tribunales penales internacionales que precedieron a la CPI, se extraerán ideas críticas, que se detallarán en las conclusiones y recomendaciones, con el objetivo de brindar mayor seguridad a los operadores jurídicos que deseen utilizar la institución en la resolución de futuros casos penales.

1. Autoría, participación y responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma

La Corte Penal Internacional se encarga de juzgar y sancionar a individuos por el cometimiento de los cuatro crímenes ya enlistados (y que se analizarán detalladamente en el siguiente apartado). En otras palabras, la responsabilidad es individual y se deriva de las conductas realizadas independientemente del cargo de la persona, ya que la corte no admite ningún tipo de inmunidad.

En este sentido, el artículo 25 del Estatuto de Roma prevé las formas tradicionales de autoría y participación, es decir la autoría directa o material (25.3.a), la autoría intelectual (25.3.b), la complicidad y encubrimiento (25.3.c), la coautoría (25.3.d), más la instigación al genocidio (25.3.e).

De forma adicional y complementaria al artículo 25, el artículo 28 del Estatuto prevé la posibilidad de encontrar penalmente responsables a los jefes políticos y militares por el comportamiento de sus subordinados (principio de responsabilidad vicaria). De hecho, debido al principio de complementariedad y a las limitaciones de la corte, el estatuto y la corte pretenden juzgar en particular a aquellos máximos responsables por los crímenes de competencia de la corte. Dicho de otro modo, la corte no busca juzgar al soldado o al cabo que ha realizado la materialización, por ejemplo del delito de genocidio, sino que su objetivo es juzgar a los altos mandos políticos y militares que han dado las órdenes para cometerlo, o que, pese a saber que de hecho se llevaba a cabo, no han realizado ningún acto para impedirlo.

En este sentido, el artículo 28.a del Estatuto de Roma establece, a más de las formas tradicionales de autoría y participación, que serán también responsables el jefe militar o quien actúe como tal, respecto de las conductas perpetradas por sus subordinados, si es que “i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas

estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”. Además:

28.b) [...] el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) **Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información** que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.¹

Finalmente, como un complemento a las dos disposiciones indicadas, el artículo 30 del estatuto exige “intencionalidad”, en la que reposan los criterios de intención y conocimiento, en los siguientes términos:

30.2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. 3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos [...].

En este sentido, en las decisiones de Lubanga, Bemba y Ngudjolo, la Corte ha establecido que no es posible encontrar responsabilidad penal cuando se compruebe dolo eventual o imprudencia en la conducta, exigiendo en todo caso dolo directo del autor. No obstante, lo interesante es analizar si existe la posibilidad de que los estándares de intención y conocimiento (los denominados elementos cognitivo y volitivo del dolo) puedan ser comprendidos bajo el concepto de la ignorancia deliberada, es decir un desconocimiento voluntario e intencional, provocado exclusivamente por

el sujeto y que sea equiparable al dolo directo. Para cumplir con dicho propósito investigador, se procederá primeramente al análisis de los elementos materiales de cada uno de los crímenes de competencia de la CPI.

2. Genocidio

El genocidio, figura que empieza a tomar forma tras la Segunda Guerra Mundial, fue definido de forma vinculante por primera vez en el artículo II de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948, en los mismos términos que en 1998 se adoptarían en el Estatuto de Roma.

Así, de conformidad con el artículo 6 del Estatuto de Roma, es necesario comprobar la existencia de un grupo protegido, que específicamente deberá ser nacional, étnico, racial o religioso, en los términos desarrollados por los tribunales conocidos como *ad hoc*, particularmente del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante TPIR), en las decisiones de los casos en contra de Akayesu y Kayishema (Cryer et al 2014, 208-11).

Además de la condición con la que debe cumplir el sujeto pasivo del delito (la pertenencia al grupo), es necesario que los perpetradores realicen específicamente una de las conductas indicadas en el artículo 6 del Estatuto de Roma, en los términos descritos en el documento “Elementos de los crímenes”, que complementa el Estatuto de Roma. Dicho documento incluye dos elementos fundamentales de cara al conocimiento que debe tener el perpetrador para poder ser encontrado responsable de este delito, a saber: el elemento contextual y el elemento mental.

Al respecto, el documento mencionado indica que para todas las conductas constitutivas de genocidio se requiere respectivamente “[q]ue la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción”, y “[q]ue el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo”.

¹ Énfasis de los autores.

En un escenario hipotético, un sujeto podría voluntariamente optar por ignorar el elemento contextual, es decir, optar por escoger deliberadamente la ignorancia del contexto genocida pese a que podía conocer bien los hechos que ocurrían. Sin embargo, no parece posible que el elemento mental, conocido como *dolo especial*, pueda ser cumplido por el individuo sin la plena intención de destruir, en todo o en parte, al grupo protegido, una situación que, por ende, también haría presumir el conocimiento del contexto; a menos que se trate, muy improbablemente, de individuos que actúen de forma aislada contra un grupo que está protegido en una forma tal que no se genere conocimiento del resto de participantes sobre el contexto en el que se encuentran. De nuevo, un escenario elevadamente improbable por la complejidad del crimen, que, según ciertos autores, requiere incluso de una estructura para ser cometido (Vest 2007, 781), ya que, en el caso de que se lo considere como un crimen individual, se corre el riesgo de incluir ciertas conductas aisladas que no deberían ser consideradas como genocidio (Cryer et al 2014, 208-9).

Ante este panorama, parece muy improbable que la Corte Penal Internacional decida aplicar la figura de *willful blindness* para el crimen de genocidio. Esta cuestión aún está por verse, toda vez que no existe ninguna sentencia por este crimen hasta la fecha, aunque sí existe una investigación por supuesto genocidio, en el contexto de Darfur y Sudan, en la que se espera la entrega del sospechoso, Omar Al Bashir, para poder continuar con el procedimiento.

3. Agresión

El crimen de agresión se caracteriza por actos que constituyen manifiestas violaciones de la Carta de Naciones Unidas. Este es el único de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional que no pudo ser definido durante las negociaciones del Estatuto de Roma, y que fue definido apenas en el año 2010, tras la Conferencia de Kampala, en la que se revisó el Estatuto. La falta de acuerdo se debió en mucho a que se trata de un crimen que, a diferencia de los otros tres que aquí se analizan, apunta directamente

a la responsabilidad de los máximos líderes estatales, quienes, consecuentemente, no estaban del todo de acuerdo con que se llegara a una definición que pudiese generarles responsabilidad penal (Schabas 2020, 140-3).

Con este antecedente, resulta lógico que en 2010 se haya optado por la definición del crimen de agresión que ya había sido establecida en 1974, en la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Así, el numeral 1 del artículo 8 bis del Estatuto de Roma establece que “una persona comete un **crimen de agresión** cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”². Como se había anticipado, se trata de un crimen con un sujeto activo calificado.

En este sentido, los actos de agresión, entendidos de conformidad con el numeral 2 del artículo 8 bis del Estatuto de Roma, como “el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de Naciones Unidas”, deben tener detrás a un alto líder político o militar.

Además, los elementos de los crímenes del Estatuto de Roma exigen un determinado nivel de conocimiento, específicamente: “[q]ue el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que determinaban la incompatibilidad de dicho uso de la fuerza armada con la Carta de las Naciones Unidas”, y “[q]ue el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que constituían dicha violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”. Es decir, la propia redacción del tipo penal hace necesario que el autor sea consciente de que, mediante determinados actos, se violará la Carta de las Naciones Unidas y en consecuencia su espíritu. Por lo tanto, de las exigencias del escrito penal se desprende la idea de que el autor debe tener un conocimiento certero de que, de facto,

² Énfasis de los autores.

encamina sus esfuerzos o los de las personas inmediatamente inferiores, a realizar actos de tal magnitud y gravedad que atentan contra la esencia de la Carta de las Naciones Unidas. No obstante, ciertos autores han manifestado que no existe la necesidad de probar que el perpetrador conocía la ilegalidad de la conducta concreta (acto de agresión específico), ni de probar que el perpetrador realizó una evaluación al respecto de la posible violación de la Carta de las Naciones Unidas con su conducta (Cryer et al. 2014, 322). Es decir que no sería necesario probar que el perpetrador conocía sobre la ilegalidad del acto, siempre que haya tenido la intención positiva de llevar adelante un acto de agresión en general, de modo que se da prioridad al *actus reus* (la conducta) por sobre el *mens rea* (la mente criminal).

A nuestro juicio, y al profundizar en nuestra postura, entendemos que tal argumentación no es válida, pues, cuando el propio tipo penal exige que el actor tenga un conocimiento certero de que sus acciones violan la carta de las Naciones Unidas, para todo estado mental que no implique el conocimiento de que se está cometiendo el presente delito deberá entenderse que no cumple con las exigencias de tipicidad. Es así porque, en la medida en que la doctrina dominante entiende que la culpabilidad es un concepto normativo, la *willful blindness* afecta directamente a la tipicidad, es decir, al ámbito subjetivo.

En consecuencia, al exigirse de manera clara en el tipo penal que el sujeto infractor debe contar con conocimiento, no es posible admitir la posición de Cryer de permitir la condena penal de un sujeto por delito de agresión si no supo ni conoció la violación a la Carta de las Naciones Unidas, ni la magnitud de esta. Por estas razones, debe ya anticiparse, sin perjuicio de un posterior desarrollo, que, al ser exigido un estándar de conocimiento positivo y certero, la figura de la *willfull blindness* debe descartarse en la aplicación del delito de agresión.

En conclusión, son tres los argumentos que sustentan la idea de que la figura de la ignorancia deliberada no puede ser usada para cumplir con el ámbito subjetivo del delito de agresión. En primer lugar, por la característica de los verbos, ya que el artículo habla de quien

“planifique, prepare o inicie”, y difícilmente se puede ignorar, al mismo tiempo que se planifica, prepara o se inicia una agresión contra la Carta de las Naciones Unidas. En segundo lugar, el artículo deja abierta la puerta al indicar que también es posible el presente delito al realizar “un acto de agresión”. Es cierto que con esta cláusula más abierta se garantiza que no queden lagunas punitivas; no obstante, al no admitirse la omisión como un posible elemento del tipo penal, difícilmente podrá encontrarse en una situación de ignorancia deliberada quien haya realizado algún acto previo. Finalmente, al exigirse que dicha violación a la Carta de las Naciones Unidas cuente con unas características, dimensión y gravedad determinadas, es prácticamente imposible concebir un escenario en el que un sujeto político o militar altamente relevante no se entere o no comprenda que, con sus actos o los de sus subordinados, se vulnera claramente la Carta de las Naciones Unidas.

4. Crímenes de guerra

Al hablar de crímenes de guerra es inevitable referirse al Derecho Internacional Humanitario (DIH), por ser la rama del Derecho Internacional Público encargada de regular la conducta de las partes en conflicto, sea o no éste de carácter internacional. Se realizarán previamente algunas precisiones sobre este punto, con el objetivo de brindar algo de contexto antes de analizar el fondo del asunto.

Puede definirse al Derecho Internacional Humanitario como el conjunto de normas, de origen escrito y consuetudinario, que serán aplicables durante los conflictos armados, con el objetivo de limitar, por razones humanitarias, la conducta de las partes en el enfrentamiento. Es decir, se busca proteger a las personas que no participan o que han dejado de participar en el combate armado, así como a los bienes que no tienen relación con la acción bélica (Melzer 2016, 17). Así, el DIH ni prohíbe ni permite el uso de la fuerza, pero sí la limita una vez que se ha configurado un conflicto armado. En este sentido, el DIH no se aplica en situaciones de violencia, tales como tensiones y disturbios internos. A pesar de que la doctrina menciona algunas clasificaciones, para la aplicación del derecho existen sólo dos tipos de conflicto armado: internacional

(CAI por sus siglas) o no internacional (CANI por sus siglas). En consecuencia, una vez que se ha iniciado un CAI o un CANI, se considerará como un crimen de guerra una de las graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario tipificadas en el artículo 8 del Estatuto de Roma.

Al respecto, al igual que en los crímenes previos, en el documento “Elementos de los crímenes” se encuentran ciertos componentes mentales que se requieren para la existencia de un crimen de guerra, concretamente: “[q]ue la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él”, y “[q]ue el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”.

Además, en el contexto de un conflicto armado, resulta particularmente relevante el ya mencionado artículo 28 del Estatuto de Roma, que establece la posibilidad de que exista responsabilidad para los líderes militares y otros superiores, toda vez que las fuerzas armadas y los grupos armados organizados se caracterizan por contar con una estructura jerárquica.

En este sentido, se espera que los superiores ejerzan control respecto de sus subordinados; caso contrario se podría considerar que el superior ha permitido o consentido, incluso por vía de la ignorancia deliberada, la realización de algún crimen de guerra. Así, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante TPIY), en la apelación del caso Halilovic, indicó que se espera que los jerárquicos superiores ejerzan control, ya sea que evitan o castigan, cuando esto sea posible, o que remitan al posible responsable del cometimiento de crímenes a las autoridades correspondientes, siempre que sus atribuciones así lo permitan.

Lo antedicho abre la puerta a que el superior jerárquico decida ignorar las conductas delictivas que realizan sus subordinados y, en consecuencia, decida no impedir dichos comportamientos. Es decir, el superior jerárquico político o militar tiene la sospecha de que sus subordinados incurrirán en crímenes de guerra, pero prefiere no investigar y mantenerse de manera voluntaria en la ignorancia. Por lo tanto, una conducta

de este tipo genera dos efectos: 1) al no haber conocimiento de los hechos delictivos no se puede impedir que se sigan cometiendo, y 2) al no conocerlos ni impedirlos, tampoco es posible posteriormente reprimirlos ni sancionarlos, porque se ha decidido no saber qué ocurre en el presente o qué ha ocurrido antes.

Para más detalles, la sala de juicio del caso Oric, del propio TPIY, ofreció algunas guías sobre las consideraciones que deben tomarse en cuenta cuando un superior incumple su obligación de prevenir. Entre ellas se incluyen: el grado de control que ejerce sobre la conducta de sus subordinados, las medidas que puede realizar en la planificación de las operaciones con el objetivo de prevenir la ocurrencia de crímenes, la posibilidad de que los subordinados cometan crímenes y, una suerte de respaldo al superior, si era posible hacer algo al respecto, toda vez que el jerárquico, aun siendo tal, no está obligado a lo imposible. Las acciones que se esperan del superior incluirían, entre otras: emitir órdenes claras que prevengan el cometimiento de crímenes y que aseguren el cumplimiento del Derecho Internacional, así como investigar si existen razones para creer que se han cometido crímenes e iniciar las acciones disciplinarias que correspondan en caso de que existan suficientes razones para hacerlo.

Sin duda el punto más relevante para fines de este artículo es analizar la reflexión que el TPIY hace en referencia a la responsabilidad del superior en los crímenes de guerra. Sin mencionar la doctrina de la ignorancia deliberada de manera explícita, dicho tribunal estableció que hacer “la vista gorda” (*turning a blind eye*, en el inglés original) es inadmisibles para fines de la aplicación del Derecho Penal Internacional, de forma que puede llegar a responsabilizarse al mando militar o político que ignore voluntariamente el cometimiento de crímenes de guerra por parte de sus subordinados.

Asimismo, en aplicación del artículo 28 del Estatuto de Roma, tal como lo ha dicho la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional en el caso de Bemba Gombo, hay varias medidas de parte del superior que son necesarias, como que asegure el entrenamiento en Derecho Internacional Humanitario para sus subordinados, que asegure un sistema de

reportes a fin de verificar el cumplimiento del Derecho Internacional, que dé órdenes que cumplan con las leyes de la guerra y que tome medidas disciplinarias para prevenir la comisión de crímenes de guerra.

Así las cosas, es claramente posible que, si un superior incumple las medidas indicadas, la Corte Penal Internacional pueda encontrarlo responsable de crímenes de guerra. La ignorancia deliberada en relación con el presente delito puede darse o bien en no detener a los subordinados cuando están cometiendo el delito -una decisión que generaría responsabilidad en concepto de autor-, o bien en no investigar ni castigar a los subordinados que han realizado el delito cuando éste ya ha concluido. En este segundo caso, se estaría ante un caso de encubrimiento, penado y sancionado en base al artículo 25.3.C del Estatuto de Roma.

Esta conclusión se enlaza perfectamente con el artículo 28.b.i del Estatuto de Roma, que permite condenar como penalmente responsable a quien “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”. Por estas razones, se afirma en este punto que es posible enjuiciar y condenar a un superior jerárquico, político o militar por crímenes de guerra en base a la figura de la ignorancia deliberada.

5. Crímenes de lesa humanidad

Finalmente, se analizan los elementos de los crímenes de lesa humanidad, descrita como aquella conducta, perpetrada como un ataque, sistemático o generalizado, contra una población civil, con conocimiento de dicho ataque, en los términos del artículo 7 del Estatuto de Roma. En este sentido, el numeral 2 del artículo 7 indica que “[a] los efectos del párrafo 1: a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”³.

Al hablar de lesa humanidad, el elemento mental específico requiere que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. No obstante, según se indica en “Elementos de los crímenes”, esto “no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización”. Es decir, el superior jerárquico, político o militar, no tiene que conocer las particularidades ni los detalles del ataque que sus subordinados ejercen o pretenden ejercer contra la población civil. Esta idea permite, desde un inicio, abrir la puerta a la admisión de la ignorancia deliberada en el seno del presente delito, pues, aunque se decida ignorar las particularidades del ataque o su modalidad, quien ostente un cargo superior podrá responder de los actos que sus subordinados hayan realizado.

A diferencia de los anteriores delitos, al hacer un análisis de la jurisprudencia del TPIY en materia del presente delito, concretamente en los casos Tadic o Kupreskic, sí se encuentra que la institución de la ignorancia deliberada ha sido utilizada. Se establece en la argumentación de la sentencia condenatoria que no era necesario demostrar por parte de la acusación que los autores del delito de lesa humanidad conocían los detalles de la materialización del delito. Es cierto que se insiste en que conocer el contexto del ataque, sistemático o generalizado, es indispensable para ser responsable de un crimen de lesa humanidad; sin embargo, el mismo tribunal ha indicado expresamente que la ignorancia deliberada, e incluso correr el riesgo de tomar parte en un ataque sistemático o generalizado, es suficiente; razón por la cual, la *willful blindness* sí se encuentra plenamente reconocida en la jurisprudencia del TPIY. Vale decir, el tribunal equipara tanto la ignorancia deliberada como el dolo eventual con un auténtico conocimiento de los hechos.

Una vez analizados los extremos más relevantes de la jurisprudencia del TPIY que permiten la condena por el delito de lesa humanidad en su modalidad de ignorancia deliberada, a continuación se pasa a argumentar

³ Énfasis de los autores.

de manera motivada, porque la CPI sí puede hacer uso de la ignorancia deliberada para cumplir las exigencias del elemento subjetivo del delito de lesa humanidad. Enseguida se muestra cómo es plenamente posible la aplicación de la ignorancia deliberada en el presente delito.

Para llevarla a cabo debe plasmarse la redacción del artículo 7.1.d) del Estatuto de Roma:

- 7.1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque
- d) Deportación o traslado forzoso de población...

A la luz de este precepto, es perfectamente imaginable y posible que los soldados de un ejército efectúen traslados forzosos de la población civil, incluso cuando ésta se resiste y se niega a ello. Así pues, en el seno de una guerra o conflicto armado, puede darse que un superior jerárquico, político o militar, decida ignorar los actos que realizan sus inferiores en una determinada región remota del territorio. Dicho superior, perfectamente podría indagar o pedir explicaciones y detalles sobre qué ocurre con la población civil del territorio alejado, pero puede elegir mantenerse al margen y no adquirir un grado certero de conocimiento, de modo que se sitúa en una posición de ignorancia deliberada. La decisión de ignorar puede venir motivada por criterios de comodidad (no querer preocuparse especialmente de sus funciones) o por el objetivo de crear una excusa que alegar en caso de ser juzgado; es decir, pretender negar el elemento subjetivo de conocimiento. Dicho en otras palabras, de la jurisprudencia del TPIY se desprende que el perpetrador no necesita compartir el propósito o los fines del ataque, pues el elemento

mental de los crímenes de lesa humanidad se desprende del conocimiento, o desconocimiento involuntario del contexto, no así del motivo.

Dicho punto es importante, pues se considera que, en este aspecto, la jurisprudencia del TPIY en materia de lesa humanidad que utiliza la ignorancia deliberada es adecuada, porque los motivos que tenga el autor para conocer, aceptar la alta probabilidad o mantenerse ignorante son independientes respecto a la configuración del tipo y a la culminación de las exigencias del ámbito subjetivo. En cualquier caso, con independencia de los motivos que haya tenido el autor, el delito se materializa y, en consecuencia, tiene el mismo grado de responsabilidad penal tanto aquel que ha tenido conocimiento como aquel que se ha abstenido voluntariamente de tenerlo.

Por estos motivos, al haberse aceptado y aplicado la figura de la ignorancia deliberada en el TPIY, nada debería impedir a la CPI usarla para fundamentar la condena por el delito de lesa humanidad. En este sentido, bastaría que un ataque sistemático o generalizado tenga lugar de forma notoria, de modo tal que su negación no sería convincente, para que el conocimiento por parte de los principales responsables pueda ser inferido de los hechos y circunstancias relevantes (Cryer et al. 2014, 244-5).

Asimismo, también se ha explicado, con el ejemplo práctico del traslado forzoso de la población, cómo es perfectamente posible que lleguen a materializarse los elementos del tipo, concretamente los del ámbito subjetivo, a través de la figura de la ignorancia deliberada. En conclusión, no sólo se defiende la buena utilización por parte de los tribunales penales de la figura de la ignorancia deliberada, sino que se observa como posible, y a la vez probable, que la CPI termine haciendo uso de esta.

CONCLUSIONES

El análisis de los primeros precedentes de la utilización de la *willful blindness* en la cuna de la jurisprudencia anglosajona permite entender su peculiar

origen, su naturaleza confusa y sus primeros pasos contradictorios en sede judicial. Por cuestión de espacio, en el presente artículo no puede analizarse el

recorrido que ha tenido la figura hasta la fecha de hoy, pero el estudio de sus primeros precedentes ha permitido entender su gestación y posterior desarrollo.

Así, en primer lugar, su denominación, ya desde un inicio, es altamente confusa; no sólo por la infinidad de nombres con que ha sido nombrada esta doctrina (*willful blindness*, *purposely abstaining from ascertaining*, *willfully abstaining*, etc.), sino porque, además, en un inicio, los autores la denominaban también connivencia o conocimiento de segundo grado (Edwards 1954, 302). Entonces, en el ámbito anglosajón, la responsabilidad penal por connivencia o dolo de segundo grado parece enmarcarse en la doctrina de la *willful blindness*, que tiene lugar cuando se hace responsable a un determinado sujeto por algo que no ha sabido, aunque debería haberlo conocido.

Una segunda conclusión es que la utilización de la figura de la *willful blindness* no estuvo encaminada a crear una doctrina que permitiese crear un nuevo tipo de *mens rea*, sino que su utilización sirvió para crear un sistema de transferencia de la responsabilidad criminal; es decir, legitimar la doctrina de la responsabilidad vicaria, plenamente usada en el ámbito civil pero de raro uso en el penal. En el apartado de recomendaciones que sigue, se hace una serie de diferenciaciones para una correcta aplicación práctica de ambas instituciones, es decir, de la ignorancia deliberada y de la responsabilidad vicaria.

La tercera conclusión es que, si bien la mayoría de las primeras sentencias analizadas se da en el ámbito penal, se trata de supuestos cuya resolución también hubiese podido competir a autoridades administrativas. Es decir, los delitos en los que se aplica la *willful blindness* no corresponden al núcleo duro del Derecho Penal, como podrían ser el asesinato, robo o lesiones. Esta exclusión de determinados delitos insinúa que, tal vez, la figura no estaba pensada para la generalidad de los casos. Dicho de otro modo, la figura no fue pensada para crear un nuevo tipo de *mens rea* que contase con todas las garantías legales, sino que fue utilizada para resolver los problemas a los que se enfrenta el órgano acusador para la práctica de la prueba, a la hora de demostrar un determinado estado mental del sujeto.

En cuarto lugar, debido a la naturaleza y a los elementos del genocidio y del crimen de agresión, específicamente los elementos mentales y contextuales, no es posible, o al menos previsible, que la Corte Penal Internacional decida aplicar la *willful blindness* para estos delitos. En el caso del genocidio, la razón es que el crimen exige, a más de un dolo directo de primer grado, un dolo o intención especial que no puede ni presumirse ni inferirse, sino que debe demostrarse. Además, en el genocidio se exige en especial el elemento volitivo, pues el perpetrador del delito debe tener el objetivo de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Es decir que además de los actos concretos, estos deben contar de manera imprescindible con una voluntad inicial del autor; de modo que resulta imposible que éste decida ignorar y al mismo tiempo tenga la voluntad de cometer el delito. En el caso del crimen de agresión, es más difícil predecir cómo va a ser resuelto, debido a que nunca ha sido enjuiciado; pero la necesidad de un sujeto activo altamente calificado y el hecho de exigir una intención directa de preparar, planificar o iniciar un acto de agresión por parte de dicho sujeto, hace prácticamente imposible el encaje de este tipo de *mens rea* en el seno de este delito. Por la propia naturaleza, ya no solo del tipo delictivo sino también de los verbos comprendidos en él, resulta inconcebible que alguien tenga la intención de prepararlo, planificarlo y que, al mismo tiempo, decida ignorar que se trata de un delito.

En quinto lugar, se concluye que en los crímenes de guerra, particularmente por la lógica jerárquica de las fuerzas armadas y los grupos armados organizados que participan de los conflictos armados, es claramente posible aplicar la ignorancia deliberada y, en consecuencia, que la CPI encuentre responsable de crímenes de guerra a un superior jerárquico. Dicha responsabilidad puede venir motivada por: no haber formado ni instruido a los mandos medios y bajos en materia de derecho internacional humanitario; o, con independencia de que se haya ofrecido dicha formación, una vez que el superior jerárquico sospecha o conoce que el delito ha sido cometido por sus subordinados, no indaga y en consecuencia no detiene ni sanciona a los responsables. Esta aplicación de la responsabilidad penal en el marco del Estatuto de Roma

tiene relación directa con la responsabilidad vicaria. Se llega así a la siguiente conclusión: se puede usar la figura de la ignorancia deliberada para condenar a alguien por el delito de lesa humanidad, no sólo como autor sino también como encubridor del delito.

En sexto lugar, en el caso de los crímenes de lesa humanidad, los tribunales penales internacionales que precedieron a la CPI sí aplicaron la *willful blindness*, pues entendieron que el elemento mental de los crímenes de lesa humanidad se desprende del conocimiento o desconocimiento voluntario del contexto, siempre que éste es notorio. Si se considera que la aplicación de esta figura ha sido ampliamente aceptada por la doctrina, nada hace pensar que la CPI vaya a separarse de dicho criterio, razón por la cual puede preverse que para concluir que se ha incurrido en lesa humanidad se llegue a atribuir responsabilidad penal a un sujeto en base a la figura de la ignorancia deliberada. Esta conclusión ha sido alcanzada, no sólo por el análisis de la jurisprudencia existente en esta materia, sino también por el razonamiento alcanzado al ejemplificar con un caso práctico cómo es posible decidir ignorar el delito cometido por los subordinados, pero ser igualmente responsable el superior jerárquico debido a la responsabilidad vicaria y a la figura de la ignorancia deliberada.

En relación al punto anterior, pero presentado con cierto grado de autonomía, se llega a la conclusión de que la figura de la ignorancia deliberada que va asociada a delitos de lesa humanidad ha sido debidamente utilizada por tribunales penales internacionales. Dicho uso se debe a los tres siguientes argumentos. 1)

La naturaleza de ese tipo admite la posibilidad de utilizar este modo de imputación subjetiva (a diferencia de los delitos de genocidio y de agresión), razón por la cual se entiende que no se desnaturalizó el delito, ni se amplió de manera irracional las fronteras del ámbito subjetivo del delito. 2) Tal como se ha anticipado, en las sentencias se señala que los motivos por los que el autor decida ignorar que su acción es un delito son irrelevantes; lo importante para la culminación del tipo, concretamente su ámbito subjetivo, es que, si el sujeto decide mantenerse en la ignorancia cuando hubiese podido salir de ella; dicha actuación equivale al conocimiento, y en consecuencia la sanción es la misma. Se adopta este punto de vista, por entender que las razones que subyacen en la toma de decisión de conocer o no conocer son del todo irrelevantes para el Derecho Penal. 3) Por último, la CPI ha establecido que, en caso de equivocarse el superior jerárquico, político o militar, en la formación de sus subordinados, más adelante no puede alegarse ignorancia deliberada a fin de acreditar que no se ha cumplimentado la parte subjetiva del tipo.

Finalmente, respecto de los crímenes internacionales en general, tal como ha dicho el juez Tarfusser en su Opinión Disidente dentro del caso Katanga, la interpretación del artículo 25 del Estatuto de Roma está lejos de finalizar. Esta cuestión es por igual aplicable al artículo 28, de forma que queda abierta la posibilidad de que la CPI considere posible y apropiada la aplicación de la ignorancia deliberada, como lo han hecho el TPIY y el TPIR, más allá de las diferencias que existen entre los estatutos de estos tribunales.

RECOMENDACIONES

Los jueces no deben permitir la utilización de la figura de la *willful blindness* por parte de la acusación, con el único objetivo de eludir la carga de la prueba del elemento mental (*mens rea*). La acusación deberá, en todo caso, fundamentar y justificar que la ignorancia que ha tenido el sujeto ha sido provocada por él mismo, con la intención de no conocer aquello que hubiese podido conocer.

En la resolución judicial de los mencionados delitos no debe confundirse la *willful blindness* con el sistema de responsabilidad vicaria. A pesar de que en innumerables ocasiones han sido usados como términos equivalentes, dicha equiparación no es correcta. En consecuencia, la *willful blindness* debe ser utilizada para reprocharle al autor que no tiene conocimiento sobre determinados componentes del delito, que

dicha ausencia de conocimiento ha sido provocada y buscada en aras de conseguir una eventual impunidad, una vez los hechos típicos del delito se han materializado.

Por el contrario, tiene sentido usar el término responsabilidad vicaria cuando se reprocha al autor no haber tenido el control suficiente sobre sus subordinados; sin importar que como superior hubiese sospechado o no de las actuaciones que realizaban sus subordinados, los motivos por los que se le castiga consisten en no haber ejercido el control efectivo para evitar los delitos de estos.

La aplicación de un sistema de responsabilidad de superiores (sean políticos o militares) es plenamente posible en el Derecho Internacional Penal. No obstante, dicha posibilidad está siempre condicionada a que el órgano de acusación logre demostrar que se ha presentado la figura de una mente criminal; y no se trata en este caso de los elementos volitivo y cognitivo del dolo, sino, al menos, de que el superior no cumplió con sus obligaciones respecto de la actuación de sus subordinados contraria al Derecho, o que voluntariamente decidió ignorar tal actuación. En otras palabras, la responsabilidad penal del superior jerárquico por los hechos y actos de sus subordinados es posible. No obstante, dicha responsabilidad vicaria no puede darse de manera objetiva; razón por la cual, los jueces deberán condenar si la acusación pública ha sido

capaz de demostrar la falta de control y diligencia de los superiores respecto a sus subordinados.

No es recomendable que el órgano de acusación haga uso de la figura de la *willful blindness* en el delito de agresión ni que los magistrados de la CPI acepten su uso para este delito. Es así porque la redacción de tal tipo penal exige el uso de verbos muy precisos –“plani- fique, prepare o inicie”–, que hacen llegar a la conclusión de que ya no se espera sólo que el sujeto infractor tenga conocimiento, sino que tenga una actitud proactiva en la materialización del delito. En consecuencia, aceptar ignorancia deliberada en este delito, sería desnaturalizar la redacción del tipo legal que aquí se analiza, de modo que, como consecuencia, el órgano acusatorio no tuviese que probar lo que ese tipo exige.

Tampoco se recomienda el uso de la *willfull blindness* en el delito de genocidio, debido a que este requiere de un dolo específico por parte del infractor, y no solo de un dolo general; y, además, porque, al ser necesaria para configurar este delito una voluntad de destrucción del grupo, resulta contradictorio en términos de poder llegar a ignorar aquello que al mismo tiempo se busca y desea. Por tales motivos, se recomienda que no se contemple la posibilidad de aplicar la figura de la *willful blindness* en el delito de genocidio, pues se estarían ampliando de manera forzosa y desproporcional las fronteras del dolo, tanto desde su perspectiva cognitiva como volitiva.

BIBLIOGRAFÍA

- Charlow, Robin. 1992. "Wilful Ignorance and Criminal Culpability". *Texas Law Review* 70, n.º 6: 1352-429.
- Cryer, Robert; Robinson, Darryl; Wilmshurst, Elizabeth y Håkan Friman. 2014. *Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 3.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- Edwards, John. 1954. "The Criminal Degrees of Knowledge". *Modern Law Review* 17, n.º 4: 294-314.
- Fernández Budajir, Luis Guillermo. 2018. "Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal law". Tesis doctoral. Universitat de Barcelona.
- Melzer, Nils. 2016. *International Humanitarian Law a comprehensive introduction*. Geneva: CICR.
- Moak, Nathaniel. 1877. *Reports of Cases Decided by the English Courts: With Notes and References to Kindred Cases and Authorities*. Nueva York: William Gould & Son.
- Ragués I Vallès, Ramon. 2013. "Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal". *Revista Jurídica Discusiones*, n.º XII: 11-37
- _____. 2007. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. 1ra ed. Barcelona: Atelier.
- Robbins, Ira. 1990. "The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea". *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 81, n.º 2: 191-234.
- Schabas, William. 2020. *An Introduction to the International Criminal Court*. 6ta ed. Cambridge University Press.
- Vest, Hans. 2007. "A Structure-Based Concept of Genocidal Intent". *Journal of International Criminal Justice*, Volume 5, Issue 4: 781-797.
- Williams, Glanville. 1961. *Criminal Law: The General Part*. 2.ª ed. Londres: Stevens & Sons.
- ### Jurisprudencia
- CPI. Ver: Corte Penal Internacional. Bemba, ICC-01/05-01/08, 15-VI-2009.
- _____. Ngudjolo, ICC 01/04-02/12, 18-XII-2012.
- _____. Lubanga, ICC-01/04-01/06 A 4 A 6, 1-IX-2014.
- TPIY. Ver: Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. Tadic, IT-94-1-T, 7-V-1997.
- _____. Tadic, IT-94-1-T, 15-VII-1999.
- _____. Kunarac, IT-96-23-T and IT-96-23/1, 22-II-2001.
- _____. Halilovic, IT-01-48-AR73.2, 19-VIII-2005.
- _____. Halilovic, IT-01-48-T, 16-XI-2005.
- _____. Oric, IT-03-68-T, 30-VI-2006.
- TPIR. Ver: Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Akayesu, ICTR-96-4-T, 2-IX-1998.
- _____. Kayishema, ICTR-95-1-T, 21-V-1999.

LA PROTECCIÓN INTEGRAL EN LA RELACIÓN DIH-DIDH*
Una propuesta para futuras investigaciones

INTEGRAL PROTECTION IN RELATION TO IHL AND IHRL
A Proposal for Future Inquires

A PROTEÇÃO INTEGRAL NA RELAÇÃO DIH-DIDH
Uma proposta para futuras pesquisas

*Hugo Cahueñas Muñoz** y Juan Felipe Idrovo Romo****

Recibido: 5/XI/2021

Aprobado: 10/XII/2021

Resumen

Si bien el DIH y el DIDH comparten objetivos y características, existen diferencias importantes y hasta contradicciones entre ambos regímenes. Así pues, si se consideran los nuevos escenarios de violencia dominados por zonas grises, es importante tener claridad en cuanto al Derecho aplicable. La doctrina ha buscado explicar la forma en que deberían interactuar el DIH y el DIDH a través de tres tendencias o teorías: exclusividad, complementariedad e integración. En el presente artículo se plantea una aproximación hacia una nueva propuesta, cuyo objetivo es la protección integral de la sociedad en su conjunto. Para conseguirlo se plantea una interpretación en la que se consideren todas las normas aplicables de DIH y DIDH.

Palabras clave: Derecho Internacional Humanitario; Derechos humanos; Protección integral; Complementariedad; Interpretación; Integración; Zonas grises

Abstract

IHL and IHRL share similar objectives and characteristics but there are also important differences and contradictions between these two regimes. Therefore, when considering new violence scenarios dominated by gray areas, it is important to accurately determine the applicable law. Doctrine has intended to explain the interaction between IHL and IHRL through three trends or theories: exclusivity, complementarity, and integration. This article

instead proposes an approach towards a new proposal with a specific purpose: the integral protection of society. Here, an interpretation that considers all applicable rules of IHL and IHRL is proposed.

Key words: International Humanitarian Law; Human rights; Integral protection; Complementarity; Interpretation; Integration; Gray areas

Resumo

Se bem o DIH e o DIDH compartilham objetivos e características, existem diferenças importantes e até contradições entre ambos os regimes. Assim, pois, se consideram os novos cenários de violência dominados por zonas cinzas, é importante ter claridade quanto ao direito aplicável. A doutrina tem buscado explicar a forma em que deveriam interagir o DIH y o DIDH através de três tendências ou teorias: exclusividade, complementariedade e integração. No presente artigo se concebe uma aproximação a uma nova proposta, cujo objetivo a proteção integral da sociedade em conjunto. Para consegui-lo, se deve conceber uma interpretação em que se considerem todas as normas aplicáveis de DIH y DIDH.

Palavras-chave: Direito Internacional Humanitário; Direitos humanos; Proteção integral; Complementariedade; Interpretação; Integração; Zonas cinzas

* Artículo desarrollado a partir del módulo de Derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario, dictado en la XIII edición del curso de Derecho Internacional Humanitario "Mariscal Antonio José de Sucre".

** Profesor titular del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito; Profesor asociado de la Universidad Andina Simón Bolívar y de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Candidato al título de PhD. por la Universidad de Berna (Suiza). Correo electrónico: hcahunas@usfq.edu.ec

*** Candidato a abogado (egresado) por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: felipeidrovo@gmail.com

INTRODUCCIÓN

La relación entre el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) es compleja, a tal punto que ha sido calificada por la Comisión de Derecho Internacional como un “hoyo negro legal” (Asamblea General de la ONU 2006, párr. 485). Tal complejidad responde a que, a pesar de que ambas ramas del Derecho Internacional comparten objetivos y muchas características, también existen diferencias notables.

Uno de los grandes retos que enfrentan el DIH y el DIDH son los nuevos escenarios de violencia dominados por zonas grises o sombras; entre otros: los enfrentamientos tribales¹, enfrentamientos al interior de Estados fallidos, el terrorismo, la violencia asociada al narcotráfico y el crimen organizado (Cahueñas 2013, 22-3). En este tipo de contextos, representa una gran dificultad “decidir si una situación es un conflicto o no ha llegado a ese punto” (Byron 2017, 421). Por estas razones, resulta fundamental tener claridad sobre cómo interactúan y se complementan el DIH y el DIDH ante las referidas zonas grises.

Además, la realidad es que ambos regímenes, en diversos temas, se superponen o contradicen. Sin embargo,

como la intención no necesariamente era esa, “uno debe preguntarse cómo podrían ser reconciliados y armonizados” (Droege 2008, 502). Actualmente, la doctrina ha buscado explicar la forma en que deberían interactuar el DIH y el DIDH a través de tres tendencias o teorías: exclusividad, complementariedad e integración (Oberleitner 2015, 81).

En el presente artículo se plantea una aproximación hacia una nueva propuesta, cuyo objetivo es la protección integral de la sociedad en su conjunto. Para lograrlo, con base en un principio pro-protección, se plantea un ejercicio de balanceo en el que se consideren todas las normas aplicables de DIH y DIDH.

En un primer momento, se detallarán las diferencias y convergencias entre estas dos ramas del Derecho Internacional Público. Luego, se explorarán las diferentes explicaciones teóricas sobre su interacción. Posteriormente se analizará la relación que el DIH y el DIDH han tenido en la práctica, en la jurisprudencia de cortes internacionales. A continuación, se esbozarán algunos lineamientos de una alternativa teórica. Para concluir, se presentarán algunas reflexiones finales.

DIH Y DIDH: CONVERGENCIAS Y DIFERENCIAS

La primera similitud entre el DIH y el DIDH tiene que ver con que ambas son ramas del Derecho Internacional Público; de modo que comparten el mismo tipo de fuentes del Derecho y los fundamentos de instituciones como la responsabilidad internacional, por mencionar ejemplos. Además, el DIH y el DIDH a menudo comparten un bagaje institucional, en cuanto sus discusiones convergen en foros como la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de la ONU; adicionalmente, ciertas controversias entre Estados

son resueltas por la Corte Internacional de Justicia. El DIH y el DIDH comparten el principio de humanidad, como fin último, dado que ambos tienen como razón de ser la protección de la dignidad de los seres humanos (Salmón 2012, 70; Cahueñas 2013, 25). En este sentido, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia señaló que “la esencia [...] del derecho internacional humanitario, así como de los derechos humanos descansa en la protección de la dignidad humana” (TPIY 1998, párr. 183). Adicionalmente, el

¹ Ver: Sosa, M.^a y Antonella Tescaroli. 2020. «Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en conflictos armados tribales: El caso de las tribus Lou Nuer y Murle en Sudán del Sur». *Rev. Inv. Acad. Educación ISTCRE* 4 (1): 65-73.

DIDH y el DIH tienen como fundamento la protección sin discriminación (Byron 2017, 412)².

Como señala Oberleitner, el DIH, debido a su larga historia y anterior codificación, puede considerarse como un punto de partida, inspiración y hasta un precursor para el DIDH (Oberleitner 2015, 9-10); si se tiene en cuenta, además, los objetivos similares que persiguen ambas ramas, que buscan “proteger la vida, la dignidad y el sustento de los seres humanos en situaciones de peligro” (Oberleitner 2015, 9-10). Sin embargo, “el Derecho humanitario no fue simplemente una versión previa de los derechos humanos, tanto como los derechos humanos no son un código humanitario re-etiquetado” (Oberleitner 2015, 9-10), una interrelación mutua que queda clara al analizar las diferencias entre ambos regímenes.

La primera diferencia tiene que ver con el contexto en el que cada rama surgió. Los derechos humanos, en sus inicios, eran una cuestión interna de cada Estado que, posteriormente, encontró cabida en el Derecho Internacional; mientras que el DIH tuvo sus raíces en las relaciones entre Estados, regidas por el Derecho Internacional (Droege 2008, 503; Oberleitner 2015, 10). De hecho, el desarrollo inicial del DIH estaba enfocado en los conflictos armados de carácter internacional.

Otra diferencia radica en la cronología de la codificación de cada régimen internacional. En el caso del DIDH, su codificación comenzó con la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948 (Droege 2008, 503). Referido instrumento no vinculante (*soft law*) serviría como antecedente para la adopción de dos tratados que fueron adoptados recién en 1966: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC). Por otra parte, la codificación del DIH ya contaba con un amplio desarrollo para ese entonces, porque ya estaban vigentes los Convenios de Ginebra de 1864, 1906 y 1929; así como los instrumentos resultantes de las Conferencias de la Haya de 1899 y 1907.

Otra diferencia tiene que ver con el ámbito de aplicación. El DIH, salvo ciertas normas que deben implementarse en tiempos de paz, se aplica en situaciones de conflicto armado. Por su parte, el DIDH se aplica tanto en tiempos de paz como de conflicto armado. Además, mientras ciertas disposiciones del DIDH pueden suspenderse en tiempos de conflicto armado, las normas del DIH no son susceptibles de suspensión (Salmón 2012, 77).

Respecto a su objetivo:

El propósito del DIDH es garantizar al individuo la posibilidad de desarrollarse como persona para realizar sus objetivos sociales, políticos, económicos y personales, por lo que constituiría un derecho “promocional” de la persona humana. En cambio, el DIH sigue siendo una normativa de protección que [ampara] contra las violaciones o graves amenazas derivadas del conflicto armado, por lo que se trata de un derecho de excepción. En tal sentido, este sistema busca “preservar” a la persona humana [y ciertos bienes] más que proporcionarle mejores condiciones de vida. (Salmón 2012, 77)

En relación a las personas protegidas, el DIDH reconoce derechos que todas las personas tienen en virtud del hecho de que son humanos; mientras que los tratados de DIH, en principio, solo protegen a determinadas categorías de personas, como los prisioneros de guerra, civiles, personal sanitario, heridos o naufragos (Byron 2017, 413). Se puede decir, entonces, que el DIH protege a quienes no participan activamente en el conflicto armado; es decir, tanto a las personas que no participan como a las que han dejado de participar directamente en las hostilidades.

El DIH no solo se enfoca en la protección de las personas pues, adicionalmente, restringe los métodos y los medios para desarrollar las hostilidades. Más allá, el DIH prevé directamente la protección a bienes sanitarios, religiosos, culturales, instalaciones que

² Ver: art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 27 del IV Convenio de Ginebra (CG); art. 16 del II CG; y, en el marco de los conflictos armados no internacionales, el art. 3 común a los CG.

contengan fuerzas peligrosas y el ambiente. En el caso del DIDH, tales bienes pueden gozar de protección, pero siempre que esté de por medio un derecho humano, individual o colectivo. Es decir, la protección a los bienes en el caso del DIDH es, por naturaleza, indirecta.

Las normas del DIDH son vinculantes sólo para los Estados con respecto a las personas dentro de su jurisdicción; por su parte, el DIH, además de ser vinculante para los Estados, también lo es para los grupos armados organizados (GAO) y sus miembros (Byron 2017, 413). Otra diferencia relevante se da respecto a su alcance. Mientras que los tratados de derechos humanos pueden ser universales o regionales, y estos últimos son los más avanzados (Byron 2017, 413), los tratados de DIH “están siempre abiertos a la ratificación de todos los Estados; [es decir] se pretende que sean de aplicación universal” (Byron 2017, 414).

En relación al rol regulador de sus normas, el DIH es mucho más detallado que el DIDH en muchas

cuestiones que surgen en los conflictos armados (Byron 2017, 419). Por ejemplo, el III Convenio de Ginebra detalla de forma específica las condiciones en las que debe ser tratado un prisionero de guerra. Mientras que los tratados de derechos humanos establecen lineamientos más generales. Los instrumentos de derecho blando (*soft law*) en materia de derechos humanos han sido más descriptivos³.

Finalmente, aunque en ocasiones el lenguaje que emplean el DIH y el DIDH puede ser similar, su significado puede ser diferente. Por ejemplo, el principio de proporcionalidad tiene connotaciones diferentes. En el DIH, el principio de proporcionalidad implica que las bajas civiles y los daños a la propiedad civil no deben ser excesivos en comparación con la ventaja militar concreta y directa; pero en el DIDH, el principio de proporcionalidad en el uso de fuerza potencialmente letal es un concepto estricto en el que el derecho a la vida de la persona que causa el uso de la fuerza debe considerarse y protegerse tanto como sea posible (Byron 2017, 414).

INTERACCIÓN DIH-DIH EN LA TEORÍA

Se ha demostrado que, si bien comparten objetivos y características, existen diferencias notables entre el DIH y el DIDH, de forma que hay escenarios en los que no existe certeza sobre qué norma debería aplicarse. La doctrina se ha pronunciado acerca de cómo debería ser la interacción DIH-DIDH a través de, al menos, tres tendencias: exclusividad, complementariedad e integración (Oberleitner 2015, 81).

De acuerdo con la primera teoría, el DIH y el DIDH son mutuamente excluyentes (Feinstein 2005, 301). El ámbito de aplicación de cada uno de los dos instrumentos es distinto; mas, aunque el DIH fue creado para tiempos de conflicto armado y el DIDH para tiempos de paz, no podría existir una contradicción o superposición entre ellos (Oberleitner 2015, 81). En todo caso, quienes sostienen esta postura afirman que, en caso de aceptarse la posibilidad de que surja

una contradicción entre ambos regímenes, la cuestión se tendría que resolver automáticamente mediante la aplicación del principio de la *lex specialis* y el resultado sería el mismo: la exclusión de la aplicación del DIDH durante conflictos armados (Oberleitner 2015, 81).

Aceptar esta teoría implicaría necesariamente aceptar la idea de la existencia de los regímenes auto contenidos y autónomos en el Derecho Internacional (Oberleitner 2015, 84). En efecto, sólo de esta manera podría sostenerse la idea de que el DIH, por su “especificidad”, sería el único régimen aplicable y suficiente para proveer las respuestas necesarias en contextos de conflicto armado.

Estas teorías separatistas o de exclusividad son planteadas rara vez en la actualidad (Oberleitner 2015, 83). Destacan los planteamientos que han sido realizados

³ Ver, por ejemplo: Asamblea General de la ONU. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. Resolución 70/175, anexo, 2015.

en esta línea por países como Estados Unidos e Israel⁴. Sin embargo, como se demostrará en una sección posterior, cortes internacionales y organismos de supervisión de tratados de derechos humanos han mantenido una postura dirigida hacia la aceptación de la aplicabilidad del DIDH durante conflictos armados.

Más allá de la práctica de estos organismos, otro argumento fuerte para refutar esta teoría se encuentra en los propios tratados de derechos humanos. Un ejemplo notorio se encuentra en el artículo 4 del PID-CP, que prohíbe la suspensión de ciertos derechos, de suerte que tales derechos estarán plenamente vigentes aún en contextos de conflicto armado. Además, existen tratados que incorporan normas de ambas ramas, DIH y DIDH, como la Convención sobre los Derechos del Niño y su protocolo facultativo.

La aplicabilidad del DIDH en contextos de conflicto armado también ha recibido apoyo en foros con un carácter más político. Así, en la primera resolución de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, llevada a cabo en Teherán en 1968, se instó a Israel a aplicar la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Convenios de Ginebra en los territorios palestinos ocupados (Organización de las Naciones Unidas 1968).

La segunda teoría es la más aceptada en la actualidad y defiende la complementariedad entre el DIH y el DIDH. Sostiene que ambos regímenes sí pueden aplicarse en conjunto, en contextos de conflicto armado, aunque deberán atenerse, como límite, al principio de la *lex specialis* (Oberleitner 2015, 81). La complementariedad implica que el DIH y el DIDH “no se contradicen entre ellos, pero, al estar basados en los mismos principios y valores, pueden influenciar y reforzar uno al otro mutuamente” (Droege 2008, 521). Esta teoría “describe cómo dos entidades se juntan para conectar o interactuar sin perder su respectiva forma o identidad” (Oberleitner 2015, 106).

La aplicación de esta teoría se podría traducir en que se utilicen normas del DIDH para suplir vacíos del DIH; es decir, que se apliquen ambos regímenes

de forma paralela para elevar el nivel de protección o que se utilicen normas de un régimen para interpretar normas del otro (Oberleitner 2015, 108).

Acerca de la posibilidad de interpretar normas entre regímenes diferentes, en el artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se reconoce el método del entorno normativo para la interpretación de tratados internacionales. Dicha estipulación es coherente con el fin de esta teoría, que pretende armonizar las normas de ambas ramas de acuerdo con sus objetivos comunes (Provost 2002, 349-50) para que exista coherencia en el Derecho Internacional (McLachlan 2005).

Finalmente, existe una tercera teoría: la integración. El modelo integrativo propone que la interacción DIH-DIDH debería dar paso a un único conjunto de obligaciones compatibles, conformadas por ambos regímenes aplicables (Flores 2018, 241). Específicamente, el modelo integrativo tiene como objetivo:

promover el papel que desempeña el DIDH, fomentando la interacción activa entre los dos cuerpos legales y reconociendo la contribución que el DIDH puede hacer a la regulación de los conflictos armados. Más específicamente, este modelo tiene la intención de inyectar una perspectiva más humana, al permitir que el DIDH eleve los estándares disponibles en el DIH. Al igual que en el modelo actual, aquí las reglas de DIH se consideran *lex specialis* debido a su especificidad, pero la diferencia es que el DIDH está destinado a desempeñar una función interpretativa. Si bien las normas del DIDH no se aplicarán directamente, sus valores protectores inspirarán la forma en que se lea el DIH, para que produzca el resultado más humanitario posible dentro del propio marco de este último. (Flores 2018, 241-2)

Es decir, este tercer modelo plantea que el DIDH nutra la interpretación del DIH. Dentro de los nuevos retos que enfrenta el DIH y el DIDH, justamente, el modelo integrativo podría ser una vía para alcanzar una complementariedad, donde se protejan los derechos

4 Ver: Solis, Gary. 2010. *The Law of Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press. 24. Ver, también: Oberleitner, Gerd. 2015. *Human Rights in Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press.

de las personas de la forma más amplia posible, como lo determina el principio *pro ser humano*. En un sentido similar, Oberleitner plantea un modelo en el que el DIDH se aplique de forma “complementaria o acumulativa [al DIH] mientras al mismo tiempo provee valores y dirección operativa a la normativa fundacional”

para asegurar el máximo nivel de protección a las personas (Oberleitner 2015, 126). Sin duda, el modelo de Oberleitner es más ambicioso que el planteado por Flores, en cuanto propone la aplicación acumulativa del DIDH con el DIH y no pretende utilizar al DIDH solo con fines interpretativos.

INTERACCIÓN DIH-DIDH EN LA PRÁCTICA

1. Precedentes a nivel global

La CIJ ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la relación DIH-DIDH en el marco de casos contenciosos y opiniones consultivas. El criterio de la Corte ha sido recurrente en cuanto a reafirmar la aplicabilidad del DIDH en contextos de conflicto armado. Sin embargo, la aplicación del principio de la *lex specialis*, como herramienta de interpretación para guiar la interacción entre el DIH y el DIDH, no ha sido constante en su análisis.

En su Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, la CIJ señaló que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesaba en tiempo de conflicto armado, excepto en la medida en que habían sido suspendidos ciertos derechos por algún estado de excepción; pero la CIJ también señaló que el derecho a la vida era inderogable (Byron 2017, 417). Específicamente, en relación con el derecho a la vida en caso de conflicto armado, la CIJ consideró que:

[La] protección prevista en el [PIDCP] no cesa en tiempo de guerra, excepto cuando se aplica el artículo 4 del Pacto, según el cual algunas disposiciones pueden ser suspendidas cuando se da una situación de emergencia nacional. Sin embargo, el respeto del derecho a la vida no es una de esas disposiciones. En principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades. Ahora bien, el criterio para determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de

hostilidades. Así pues, que un caso de pérdida de vida, a causa del empleo de un arma determinada en una situación de guerra se considere un caso de privación arbitraria de la vida que contraviene el artículo 6 del Pacto, es cosa que sólo se puede decidir por remisión al derecho aplicable en caso de conflicto armado y no por deducción de las disposiciones del Pacto. (CIJ 1996, párr. 25)

De igual manera, en su Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado, la CIJ señaló:

La protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el art. 4 del [PIDCP]. En cuanto a la relación entre el [DIH] y el [DIDH], pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el [DIH], otros pueden estar contemplados exclusivamente en el [DIDH], y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario. (CIJ 2004, párr. 25)

Es llamativo que, en las dos opiniones consultivas, la CIJ se refirió expresamente al principio de la *lex specialis* y lo utilizó como una herramienta de interpretación ante aparentes contradicciones entre normas

de ambos regímenes. Sin embargo, la CIJ no hizo referencia alguna a este principio en el Caso Relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (República Democrática del Congo contra Uganda) y, al no haber dado explicación alguna para tal omisión, “no queda claro si la omisión fue deliberada y demuestra un cambio en el criterio de la Corte” (Droege 2008, 522).

En el Caso de la República Democrática del Congo contra Uganda, la Corte sostuvo que Uganda era responsable:

por la conducta de sus fuerzas armadas, que cometieron actos de matanza, torturas y otras formas de trato inhumano de la población civil congoleña, destruyeron aldeas y edificios civiles, omitieron distinguir entre objetivos civiles y militares y proteger a la población civil al luchar con otros combatientes, entrenaron niños soldados, instigaron un conflicto étnico y omitieron tomar medidas para poner fin a dicho conflicto; así como por su omisión, en su carácter de Potencia ocupante, en tomar medidas para respetar y asegurar el respeto de los derechos humanos y el [DIH] en el distrito de Ituri, violó sus obligaciones con arreglo al [DIDH] y el [DIH]. (CIJ 2005, párr. 220)

Orakhelashvili comenta que este caso muestra un paralelismo entre el DIH y el DIDH, donde:

los dos cuerpos de derecho no solo se aplican en las mismas situaciones, sino que también pueden proscribir la misma conducta [por lo que las conclusiones de la Corte] constituyen una advertencia de que incluso si se comprueba que la protección en uno de los ámbitos es menor que en el otro ámbito, no se impedirá, por tanto, la aplicabilidad de este último. (Orakhelashvili 2008, 163)

Vale destacar, finalmente, el Caso Concerniente a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro). Dado que la Corte indicó de forma indudable que, para el caso específico, su competencia se limitaba al análisis de la convención contra el genocidio, se puede inferir que, una vez

más, ratificó la aplicabilidad del DIDH en contextos de conflicto armado al establecer que: “[La Corte] no tiene poder para pronunciarse sobre las alegadas violaciones a otras obligaciones bajo el derecho internacional, no equivalentes al genocidio, particularmente aquellas que protegen derechos humanos en conflicto armado” (CIJ 2007, párr. 147).

Como la CIJ parece haber zanjado favorablemente la discusión acerca de la aplicabilidad del DIDH en tiempos de conflicto armado, ella se ha alejado de la teoría de la exclusividad y más bien ha sido afín a la teoría de la complementariedad. Sin embargo, no quedan claros los límites de esa complementariedad en cuanto no ha existido una explicación lo suficientemente precisa sobre el alcance del principio de la *lex specialis*, si se considera además que el principio, sin explicación alguna, no fue tomado en cuenta en el caso de la República Democrática del Congo contra Uganda.

Por su parte, a nivel del Sistema Universal de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos se ha referido a la complementariedad DIH-DIDH en los siguientes términos:

El Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] es también de aplicación en las situaciones de conflicto armado a las que sean aplicables las normas del [DIH]. Si bien, en lo que atañe a ciertos derechos reconocidos en el Pacto, es posible que normas más específicas del [DIH] sean pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos reconocidos en el Pacto, ambas esferas del ámbito jurídico son complementarias, no mutuamente excluyentes. (Comité de Derechos Humanos 2004, párr. 11)

De igual manera, en el caso *The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional (CPI) interpreta el DIH y el DIDH (en este caso, a la luz de la Convención de los Derechos del Niño) para brindar la mayor protección posible “Los niños soldados menores de 15 años continúan disfrutando de la protección del DIH frente a actos de violación y esclavitud sexual, como se refleja en el artículo 8(2)(e)(vi) del Estatuto” (párr. 80). Solo pierden la referida protección cuando participan

directamente en las hostilidades (párr. 79). Es decir, cuando toman parte en las hostilidades se aplican las reglas del DIH y perderían la protección (CPI, 2014).

Estas sentencias demuestran que la CIJ y otros foros globales tiene aún mucho terreno que recorrer en esta materia, si se considera además que, como consta en el citado fallo de 2022 de la CIJ, pueden existir escenarios en los que interactúan incluso más ramas del Derecho Internacional como el *jus ad bellum*, por ejemplo.

2. Precedentes a nivel interamericano

Los sistemas regionales de protección de derechos humanos también han tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la interacción entre el DIH y el DIDH, y han sido un foro “para obtener reparación por las violaciones de sus derechos durante el conflicto armado” (Henckaerts 2007, 161–2). Sin embargo, como se demostrará más adelante, existen numerosas críticas hacia ellos, debido principalmente a la inconsistencia en su jurisprudencia relativa a la aplicación del DIH para interpretar normas de DIDH.

A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado una amplia jurisprudencia en la que ha utilizado “el DIH en la interpretación del *corpus iuris* interamericano, así como las garantías de no repetición como mecanismo de reparación vinculado al DIH” (Corte IDH 2021)⁵. Además, la Corte, en colaboración con el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), publicó un cuadernillo que detalla las principales opiniones de la Corte sobre las interacciones existentes entre el DIDH y el DIH.

Sobre la complementariedad entre estas dos ramas del Derecho Internacional Público, la Corte IDH, en el Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, manifestó:

Respecto de la complementariedad del [DIDH] con el [DIH], la Corte estima necesario destacar que toda persona, durante un conflicto armado

[no internacional] o internacional, se encuentra protegida tanto por las normas del [DIDH], como por ej. la Convención Americana, como por las normas específicas del [DIH], convergencia de normas internacionales que amparan a las personas que se encuentran en dicha situación. En este sentido, la Corte destaca que la especificidad de las normas de protección de los seres humanos sujetos a una situación de conflicto armado consagradas en el [DIH] no impide la convergencia y aplicación de las normas de [DIDH] consagradas en la Convención Americana y en otros tratados internacionales. (Corte IDH 2004, párr. 112)

Es decir, la Corte IDH identifica una complementariedad y convergencia entre las normas del DIDH y el DIH, para la protección de personas en situaciones de conflicto armado. Sobre su competencia para determinar violaciones al DIH en un CANI, la Corte, en el Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, ha señalado que:

[s]i bien la Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3 común. (Corte IDH 2000, párr. 208)

De igual manera, en el escenario de un CAI, la Corte IDH, en el Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador, ha indicado que:

tiene competencia para decidir si cualquier acto u omisión estatal, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana [...]. De conformidad con el artículo 29.b) de la Convención Americana y las reglas

5 A nivel europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también ha desarrollado una variada jurisprudencia en torno a la relación entre el DIDH y el DIH. Ver, por ejemplo: TEDH. 1995. MacCann et al. contra Reino Unido. Sentencia del 5-IX-1995; TEDH. 1996. Loizidou contra Turquía. Sentencia del 18-XII-1996; TEDH. 2014. Bankovic y otros contra Bélgica y otros. Sentencia del 19-XII-2014; TEDH. 2009. Varnava y otros contra Turquía. Sentencia del 18-IX-2009; TEDH. 2011. Al-Jedda contra Reino Unido. Sentencia del 19-XII-2011.

generales de interpretación de los tratados recogidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la misma Convención puede ser interpretada en relación con otros instrumentos internacionales, tales como las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra. (Corte IDH 2017, párr. 30)

En consecuencia, si bien la Corte IDH no tiene competencia para determinar violaciones al DIH, a lo largo de su jurisprudencia ha interpretado el alcance de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de las normas del DIH, cuando las supuestas violaciones se dan en el marco de un conflicto armado⁶. Por ej., al analizar las violaciones al derecho a la vida e integridad personal, la Corte, en el Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, ha señalado:

[L]os derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter esencial en la Convención. De conformidad con el artículo 27.2 del referido tratado, esos derechos forman parte del núcleo inderogable, pues no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes. Por su parte, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra señala en su artículo 4 que “están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar [...] los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas [que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas], en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal”. Resalta también que “queda prohibido ordenar que no haya supervivientes”. Además, especifica en su artículo 13 las obligaciones de protección de la población civil y las personas civiles, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación, al disponer que “gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares” y

que “no serán objeto de ataque”. (Corte IDH 2012, párr. 148)

Específicamente sobre el derecho a la vida, la Corte, en el Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú, ha determinado que:

la Convención Americana no define en forma expresa el alcance que debe otorgarle la Corte al concepto de arbitrariedad que cualifica una privación de la vida como contraria a dicho tratado en situaciones de conflicto armado, es pertinente recurrir al *corpus iuris* de [DIH] aplicable a fin de determinar el alcance de las obligaciones estatales en lo que concierne al respeto y garantía del derecho a la vida en esas situaciones. (Corte IDH 2015, párr. 273)

De igual manera, sobre la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, en el marco de un CANI, la Corte, en el caso J. vs. Perú, manifestó que:

[L]a prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aún en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Los tratados de alcance universal y regional consagran tal prohibición y el derecho inderogable a no ser sometido a ninguna forma de tortura. Igualmente, numerosos instrumentos internacionales consagran ese derecho y reiteran la misma prohibición, incluso bajo el [DIH]. (Corte IDH 2013a, párr. 304)

La citada jurisprudencia evidencia cómo la Corte IDH ha empleado las normas del DIH para interpretar el alcance de normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en situaciones de conflicto armado.

⁶ El TEDH, igual que su par interamericano, en el caso *Isayeva vs. Russia*, al evaluar una operación militar contra grupos rebeldes que ocasionó muertes de civiles, empleó las normas de DIH con el “objeto de determinar el significado de algunas de sus disposiciones en tiempo de conflicto armado; o, en otras palabras, para informar el sentido de las obligaciones en el Derecho de los derechos humanos” (Pérez 2007, 34).

Así como en la interpretación de los derechos a la vida e integridad personal, la Corte IDH ha empleado normas del DIH para interpretar el alcance de la Convención Americana en los siguientes ámbitos: i) El derecho a la verdad y la prohibición de amnistías sobre crímenes de guerra; ii) Las personas desaparecidas y sus familiares; iii) La libertad personal y la detención; iv) La libre circulación y residencia y la prohibición del desplazamiento forzado; v) Los derechos de los niños y niñas; vi) La propiedad; vii) Garantías judiciales y protección judicial; viii) Los grupos en situación de vulnerabilidad y los conflictos armados; ix) La protección especial de niñas y niños; x) Las mujeres; xi) Los desplazados internos; xii) Las personas privadas de libertad; xiii) Protección al personal médico. De igual manera, la Corte IDH se ha referido al DIH al determinar garantías de no repetición como un mecanismo de reparación. Específicamente, la Corte ha determinado medidas de adecuación de la legislación interna y medidas educativas en DIH para funcionarios públicos.

Así como la CIJ utilizó en sus opiniones consultivas el principio de la *lex specialis* para determinar la ley aplicable ante escenarios de aparente contradicción entre el DIH y el DIDH, la Corte IDH también se ha referido a la especificidad del DIH en numerosos casos⁷, pero con otro propósito. En efecto, la Corte ha utilizado normas de DIH para dar contenido e interpretar normas de DIDH de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, unas decisiones que denotan su inclinación hacia la teoría de la complementariedad.

Ahora bien, como ya se introdujo, existen críticas a la Corte IDH por su falta de consistencia⁸. Salmón ha realizado un profundo estudio sobre la jurisprudencia de la Corte y ha identificado 3 etapas en la “relación entre la Corte [IDH] y el DIH” (2020). En la primera etapa, llamada etapa de indiferencia, Salmón identifica casos, como el Caso Cayara vs. Perú⁹ y el Caso

Caballero Delgado y Santana vs. Colombia¹⁰, que ocurrieron en contextos de conflicto armado y en los que la Corte “desconoció el impacto de las normas del DIH” (Ibíd.). En una segunda etapa, llamada etapa del reconocimiento del DIH como instrumento interpretativo, Salmón (Ibíd.) identifica casos, a partir del Caso Las Palmeras vs. Colombia¹¹, en los que se utilizaron normas de DIH para interpretar normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Finalmente, en la etapa llamada “zona gris”, Salmón identifica casos como el Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia¹², en los que se utilizan normas del DIH para interpretar el DIDH “pero al mismo tiempo [la Corte IDH] realiza afirmaciones que no parecen excluir el DIH de su competencia material” (Ibíd.).

De forma crítica, Salmón (2020) ha indicado que la Corte IDH ha tenido un enfoque de *pick and choose*, en cuanto ha decidido no incluir normas relevantes de DIH en su análisis dentro de ciertos casos. Por ejemplo, en el marco del Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, la Corte decidió no aplicar normas de DIH, ya que consideró, basada en el principio *pro persona*, que el DIH debería emplearse únicamente “para definir los contenidos e incluso ampliar los alcances de los derechos previstos en la Convención Americana y precisar las obligaciones de los Estados” (Corte IDH 2013b, párr. 56).

Sobre el enfoque *pick and choose* de la Corte IDH, Salmón ha comentado:

1.9o

Ciertamente, un órgano de derechos humanos está llamado a supervisar el cumplimiento del tratado que le otorga competencia, pero si la Corte IDH [correctamente] postula la necesidad del uso del DIH para entender mejor los derechos en el caso de un conflicto armado, no se podría alegar que está legitimada para escoger las disposiciones que son más útiles para resolver solo una parte del

7 Ver, por ejemplo: Corte IDH. 2012. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30-XI-2012. Serie C 259, párr. 187.

8 Críticas de este tipo también se han dirigido, incluso con más dureza, contra el TEDH. Ver: Oberleitner, Gerd. 2015. Human Rights in Armed Conflict. Cambridge: Cambridge University Press: 309-11.

9 Ver: Corte IDH. 1993. Caso Cayara vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3-II-1993. Serie C 14.

10 Ver: Corte IDH. 1994. Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Sentencia de 21-I-1994. Excepciones Preliminares. Serie C 17.

11 Ver: Corte IDH. 2000. Caso Las Palmeras vs. Colombia. Sentencia de 4-II-2000. Excepciones Preliminares. Serie C 56.

12 Ver, por ejemplo: Corte IDH. 2012. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30-XI-2012. Serie C 259.

problema. Esta visión fragmentada del DIH dejaría a aquellos que participan en las hostilidades en el peor escenario posible y podría poner en peligro la voluntad de respetar el DIH y la credibilidad de sus disposiciones, lo que generaría situaciones en las que respetar el DIH (p. ej., mediante la aplicación de los principios de distinción o proporcionalidad) no tendría ningún efecto positivo o prometedor, porque cualquier muerte derivada de esta actividad podría suponer una violación del derecho a la vida, entre otros. (Salmón 2020)

Esta falta de claridad y consistencia al momento de interpretar la interrelación entre el DIH y el DIDH evidencia que la discusión no se ha agotado y que los propios mecanismos de protección requieren parámetros para analizar la interrelación entre las normas de DIH y DIDH en situaciones de conflicto armado. Adicionalmente, en la referida jurisprudencia sólo se analizan los derechos de las posibles víctimas, pero no los derechos de las otras personas que garantiza o debe garantizar el Estado, a fin de prevenir violaciones a otros derechos.

HACIA UNA PROTECCIÓN INTEGRAL

Las nuevas amenazas a las que la humanidad se enfrenta hacen necesario tener un nuevo enfoque, basado en una protección integral que brindan el DIH y el DIDH. Se trata de una nueva propuesta en cuanto a que, si bien comparte elementos de las teorías de complementariedad e integracionista, no podría encasillarse con facilidad en ninguna de las tres tendencias antes desarrolladas.

Específicamente se plantea que, en el marco de casos concretos ocurridos en contextos de conflicto armado, el DIH y el DIDH se deben aplicar simultáneamente en favor de la protección de las personas de forma integral. Con miras a lograr este objetivo se deberían tomar en cuenta todas las normas relevantes para el caso concreto que ambos regímenes recogen. Posteriormente, se analizaría el caso mediante una valoración, realizada con las normas de ambos regímenes, todos los bienes protegidos por ellos y los riesgos para la sociedad.

Una vez identificadas las normas relevantes de ambos regímenes y evaluados con ellas todos los factores antes expuestos, la decisión final debería estar encaminada hacia el nivel más alto de protección posible de los derechos para todas las personas, es decir la sociedad en su conjunto. Por tal motivo, podría describirse el fin último de esta propuesta como la protección integral, en la medida en que el enfoque ya no sería

desde el punto de vista de una persona en concreto, sino desde la sociedad en su conjunto.

A continuación, se explicará la forma en que la propuesta debería aplicarse, a partir de un escenario concreto, al contrastarla con las demás teorías que ya han sido desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia. Sassòli y Olson describen el escenario del uso de la fuerza letal en el contexto de la llamada “guerra” contra el terrorismo, la cual ha sido calificada por la Corte Suprema de Estados Unidos como un conflicto armado no-internacional (CANI)¹³.

Los autores indican que, desde el 11 de septiembre de 2001, el gobierno de los Estados Unidos ha sostenido que se puede usar la fuerza letal contra miembros de grupos terroristas, equivalentes a un grupo armado organizado (GAO) en este caso, de acuerdo con los mismos estándares previstos por el DIH para los combatientes en el marco de un conflicto armado internacional (CAI), pero sin los privilegios que el estatus de combatiente supone (Sassòli y Olson 2008, 601). Por otro lado, los autores indican que ciertos críticos consideran que se podría utilizar la fuerza letal contra estas personas solo si se observan normas mucho más estrictas de DIDH (Sassòli y Olson 2008, 601).

Del escenario descrito surge la pregunta: “¿Puede un miembro de un grupo armado, así como de acuerdo

¹³ Ver: United States Supreme Court. 2006. *Hamdan vs. Rumsfeld*. Sentencia del 29-VI-2006. 548 U.S. 557, 126 S. Ct. 2749.

con el [DIH] aplicable a los conflictos armados internacionales, ser atacado (y por lo tanto privado de su vida) siempre y cuando él o ella no se rinda o no esté *hors de combat*¹⁴, o esto es, como en los derechos humanos, admisible únicamente de forma excepcional y cuando un arresto no es posible?” (Sassòli y Olson 2008, 601).

Antes de responder esta pregunta debe tenerse en cuenta que, por un lado, están las normas relevantes del DIH que deben tomarse en cuenta antes de realizar un ataque que, a más de las normas específicas en cuanto a bienes y personas protegidas, podrían condensarse en los principios de distinción, proporcionalidad, humanidad y precaución; y, por otro lado, están los estándares del uso progresivo de la fuerza que contiene el DIDH.

La primera opción es aplicar la teoría de la exclusividad y, con base en el argumento de que el DIH es el único aplicable en tiempos de conflicto armado, tomar en cuenta exclusivamente las normas de DIH sin siquiera revisar aquellas relativas al uso proporcional de la fuerza del DIDH. En la práctica, este planteamiento haría viable el uso directo de la fuerza letal contra el miembro del GAO, en la medida en que se respeten las demás normas del DIH.

Una segunda opción, que podría tomarse en cuenta principalmente en organismos de protección de derechos humanos como la Corte IDH, tal como ocurrió en los casos *Cayara vs. Perú* y *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, es considerar únicamente las normas relativas al DIDH por una cuestión de competencia de la Corte. En la práctica, actuar en base a esta alternativa supondría que el uso de la fuerza letal contra el miembro del GAO tendría que considerarse como una medida excepcional y de *última ratio*, que podría emplearse únicamente siguiendo los estándares del uso progresivo de la fuerza.

Una tercera opción es, si se sigue el criterio que plasmó la CIJ en sus opiniones consultivas, reconocer la aplicabilidad tanto del DIH como del DIDH en tiempos de conflicto armado. Ahora bien, ante una

contradicción entre ambos regímenes, la solución sería escoger el DIH por la aplicación del principio de la *lex specialis*. En la práctica, esta vía supondría, luego de considerar tanto las normas de DIH como los estándares de uso progresivo de la fuerza, y, ante la aparente contradicción, decidir aplicar exclusivamente las normas de DIH por su especialidad. Por este camino resultaría viable el empleo de la fuerza letal contra el miembro del GAO, en la medida en que se respeten las demás normas del DIH.

Una cuarta opción consiste en aplicar el criterio seguido por la CIJ en el caso de la República Democrática del Congo contra Uganda. Si bien este caso no da luces para determinar cuál sería la ley aplicable en el caso concreto, podría considerarse útil para afirmar que una misma conducta, por ejemplo, el uso de la fuerza letal contra el miembro del GAO, podría ser contraria tanto al DIH como al DIDH. Este criterio es útil en un momento posterior, mas no en uno previo al ataque.

Una quinta opción, que podría tomarse en cuenta principalmente en organismos de protección de derechos humanos como la Corte IDH, tal como ocurrió en los casos de las *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* y *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sería que la Corte utilice las normas del DIH, como instrumento interpretativo para determinar la existencia de posibles violaciones a normas del DIDH. En la práctica, este proceder haría viable el uso de la fuerza letal contra el miembro del GAO, porque, en el fondo, se aplicarían únicamente estándares de DIH.

Distinto sería el caso en el que la Corte IDH, como ocurrió en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, consideró que el DIH sirve como instrumento interpretativo únicamente cuando sus normas son favorables a la persona. En tal caso, en el escenario propuesto específicamente, el uso de la fuerza letal contra el miembro del GAO tendría que sustentarse en el uso progresivo de la fuerza, porque los estándares de DIDH serían claramente más favorables para el miembro del GAO.

Una sexta opción sería guiarse por las teorías de la integración, en las que el DIDH nutre al DIH y tiene un

14 Para más información acerca de la pérdida de protección del DIH en contextos de CANI, ver: Melzer, Nils. 2010. *Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: CICR.

rol mucho más protagónico. Por ejemplo, si se siguiera el modelo de Flores (2018), en el caso planteado sería viable el uso de la fuerza letal contra el miembro del GAO por la aplicación de los estándares del DIH. Sin embargo, deberían emplearse los medios menos nocivos al momento del ataque, un camino que evidencia la influencia del DIDH. Por otro lado, si se siguiera el criterio del TEDH en el caso de *Isayeva vs. Russia*¹⁵, el uso de la fuerza letal contra el miembro del GAO estaría limitado, porque el tribunal ha considerado que cualquier riesgo contra la vida y el uso de la fuerza letal debe ser minimizado.

Finalmente, si se aplicara la propuesta sugerida en este artículo, que busca asegurar una protección integral, se deberían considerar todas las normas relevantes de DIH y DIDH, que se extienden a aquellas relacionadas con los derechos de terceros. Se debería evaluar la amenaza que representa este miembro del grupo armado para la sociedad, los derechos que pone en riesgo, y así se cumpliría la obligación de garantizar los derechos humanos de la sociedad en su conjunto.

Adicionalmente, el ejercicio tendría que contemplar un análisis prospectivo, es decir que deberán tomarse en cuenta riesgos futuros a fin de prevenirlos o prepararse para enfrentarlos, con vistas a proteger los derechos de las personas. Esta decisión va de la mano con la obligación de garantizar los derechos humanos y, más específicamente, con la obligación de prevenir violaciones a los derechos¹⁶.

Entonces, si luego de realizar todo el análisis descrito se determinara que el miembro del GAO supone un riesgo alto, actual y/o futuro, para la sociedad en su conjunto, entonces se justificaría el uso directo de la fuerza letal para asegurar su neutralización. En contraste, si se estableciera que el miembro del GAO no representa un riesgo considerable, entonces lo razonable sería cumplir con las normas relativas al uso progresivo de la fuerza para detener al sujeto y, como medida excepcional, emplear la fuerza letal.

Como se aprecia, esta propuesta recoge elementos de la teoría de la complementariedad, porque, como ya se mencionó, una de los posibles usos de esta teoría es justamente la aplicación paralela del DIH y el DIDH para elevar el nivel de protección (Oberleitner 2015, 108). Ahora bien, la diferencia fundamental tiene que ver con el hecho de que esta teoría se aparta de la protección en términos individuales, y se la analiza de forma colectiva, de forma que se aleja del principio de la *lex specialis*, por las críticas que han existido al respecto¹⁷.

Ciertamente existen también elementos de la teoría integracionista, en la medida en que se pretende dar un rol mucho más protagónico al DIDH. Quizá la similitud es más evidente con el modelo de Oberleitner, en cuanto no se busca que el DIDH simplemente sirva como un medio de interpretación, sino que se considere en su integralidad al momento realizar el ejercicio de balanceo para resolver un caso concreto.

A MANERA DE REFLEXIONES PRELIMINARES

Las nuevas amenazas dominadas por las zonas grises o sombras exigen claridad acerca de cómo interactúan y complementan el DIH y el DIDH. La propuesta es relevante en cuanto plantea la consideración íntegra de ambos regímenes, DIH y DIDH, al momento de

realizar el ejercicio de análisis y aplicación. Si bien el artículo plantea lineamientos generales y una aproximación principalmente en relación con el empleo de la fuerza letal, se requiere un mayor análisis sobre otros escenarios y otros derechos que puedan ampliar

¹⁵ Ver: TEDH. 2005. *Isayeva vs. Russia*. Application N.º 57950/00, sentencia de 24-II-2005, párrafos 175-176.

¹⁶ Esta obligación ha sido desarrollada y dotada de contenido desde el primer caso contencioso de la Corte IDH en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Ver: Corte IDH. 1988. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29-VII-1988.

¹⁷ El modelo de aplicar el DIH como *lex specialis* ha sido objeto de críticas, debido a que impide que el DIDH influya realmente en la regulación de las hostilidades y porque desconoce cualquier norma superior que esta pueda imponer (Flores, 2018, 241). Además, se ha criticado la forma de aplicar este principio por buscar dirimir conflictos normativos en abstracto, infructuosamente, cuando debería dársele un uso que sirva para determinar la interacción entre normas en cada caso concreto (Lindroos, 2005, 41-2).

el espectro de aplicación de la protección integral. El artículo plantea una aproximación inicial a una nueva propuesta; sin embargo, la discusión no se ha agotado. Por lo tanto, puede (y se espera que así ocurra) que esta idea esté sujeta a críticas y reflexión en el futuro. Uno de los peligros es que las normas se interpreten

de forma abusiva y el uso de la fuerza genere excesos ante a determinados riesgos. Para enfrentarlo es fundamental el análisis exhaustivo y fundamentado de los escenarios y las normas de ambos regímenes internacionales (DIH y DIDH).

BIBLIOGRAFÍA

- Byron, Christine. 2017. «IHL and Human Rights Law: Relationship». *Hungarian Yearbook of International Law and European Law* 5: 411-424. Acceso el 1-IX-2021. <http://orca.cardiff.ac.uk/id/eprint/110120>.
- Cahueñas, Hugo. 2013. «El desarrollo del régimen de Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos escenarios de violencia armada: rol de la Cruz Roja y estudio de caso peruano». Tesis de maestría, FLACSO.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2021. «Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 17: Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario». Acceso 1-IX-2021. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo17.pdf>.
- Droege, Cordula. 2008. «Elective affinities? Human rights and humanitarian law». *International Review of the Red Cross* 90 (871): 501-548. Acceso el 1-IX-2021. <https://international-review.icrc.org/articles/elective-affinities-human-rights-and-humanitarian-law>.
- Feinstein, Barry. 2005. «The Applicability of the Regime of Human Rights in Times of Armed Conflict and Particularly to Occupied Territories: The Case of Israel's Security Barrier». *Northwestern Journal of International Human Rights* 4(2). <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol4/iss2/1>.
- Flores Villacís, Gabriela Monserrat. 2018. «Injecting Human Rights Into International Humanitarian Law: Least Harmful Means as a Principle Governing Armed Conflicts». *USFQ Law Review* 5(1): 234-261. <https://doi.org/10.18272/lr.v5i1.1226>.
- Henckaerts, Jean-Marie. 2007. «Concurrent application of international human rights law and international humanitarian law: Victims in search of a forum». *Hum. Rts. & Int'l Legal Discourse* 1: 95.
- Lindroos, Anja. 2005. «Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis». *Nordic Journal of International Law* 74(1): 27-66. <https://doi.org/10.1163/1571810054301022>.
- McLachlan, Campbell. 2005. «The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention». *International & Comparative Law Quarterly* 54 (2): 279-320. <https://doi.org/10.1093/iclq/lei001>.
- Oberleitner, Gerd. 2015. *Human Rights in Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Orakhelashvili, Alexander. 2008. «The interaction between human rights and humanitarian law: fragmentation, conflict, parallelism, or convergence?». *European Journal of International Law* 19 (1): 161-82. <https://doi.org/10.1093/ejil/chm055>.
- Pérez González, Manuel. 2007. «La protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto: el parámetro del Derecho Internacional Humanitario». *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas Y Sociales, Nueva Época* (4): 13-36. Acceso el 1-I-2022. <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0606220013A>.
- Provost, René. 2002. *International Human Rights and Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Salmón, Elizabeth. 2020. «Entre la lex specialis y la metodología pick-and-choose: aproximaciones al derecho internacional humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Anuario Iberoamericano sobre Derecho Internacional Humanitario* 1. DOI 10.5294/aidih.2020.1.1.7
- _____. 2012. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Perú: Comité Internacional de la Cruz Roja.

Sassòli, Marco y Laura Olson. 2008. «The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts». *International Review of the Red Cross* 90 (871). <https://doi.org/10.1017/S1560775508000072>.

Normativa y jurisprudencia

Asamblea General de la ONU. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682, 2006.

Comité de Derechos Humanos. Observación general N.º 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2000. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25-XI-2000. Serie C, N.º 70.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2004. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23-XI-2004. Serie C, N.º 118.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25-X-2012. Serie C, N.º 252.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2013a. Caso *J. vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27-XI-2013. Serie C, N.º 275.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2013b. *Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21-V-2013. Serie C, N.º 261.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2015. Caso *Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17-IV-2015. Serie C, N.º 29.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Caso *Vasquez Durand y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15-II-2017. Serie C, N.º 332.

Corte Internacional de Justicia. 1996. Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Opinión Consultiva del 8-VII-1996. ICJ Reports 1996.

Corte Internacional de Justicia. 2004. Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado. Opinión Consultiva del 9-VII-2004. ICJ Reports 2004.

Corte Internacional de Justicia. 2005. Case Concerning Armed Activities on The Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo vs. Uganda). Sentencia del 19-XII-2005. ICJ Reports 2005.

Corte Internacional de Justicia. 2007. Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro), Reparations. Sentencia del 26-II-2007.

Corte Penal Internacional. Case: The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda. 14 June 2014.

Organización de las Naciones Unidas. Final Act on the International Conference on Human Rights, UN Doc. A/Conf.32/41, 1968.

TPIY. 1998. *Fiscal vs. Furundzija*. Caso N.º IT-95-17/I-T. Sentencia del 10-XII-1998.

LA DESAPARICIÓN FORZADA EN MÉXICO Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

FORCED DISAPPEARANCE IN MEXICO AND THE INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

O DESAPARECIMENTO FORZADO NO MÉXICO E O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

*Steffania Sánchez Magallán Sánchez**

Recibido: 21-X-2021

Aprobado: 10/XII/2021

Resumen

El artículo propone complementar en México la legislación sobre Derechos Humanos, con el Derecho Internacional Humanitario, a partir de la perspectiva de la Cultura de la Paz, frente a una participación creciente de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública, así como a un probable conflicto armado interno en el territorio. Los objetivos son: i) dotar al país de un marco jurídico adecuado para la operación de las Fuerzas Armadas en ciertas partes del territorio mexicano, de forma que pudiera evitarse un mayor número de desapariciones (forzadas y no forzadas); ii) generar una base fundamental para que las víctimas directas e indirectas de este fenómeno puedan acceder de manera más expedita a la justicia, luego a la reparación del daño y finalmente; y iii) prevenir crímenes de lesa humanidad.

Palabras clave: Cultura de paz; Derecho Internacional Humanitario; Derechos humanos; Desaparición forzada; México, Fuerzas Armadas

Abstract

The article proposes to complement Mexican law on Human Rights with International Humanitarian Law and use the perspective of “Peace Culture” to mediate the growing participation of the Armed Forces in public security tasks and internal armed conflict. Its objectives are: i) to provide the country with an adequate legal framework for the operation of the Armed Forces in certain parts of Mexican territory, which, in turn, would prevent more disappearances

(forced and non-forced); ii) to generate a fundamental base so that the direct and indirect victims of this phenomenon can access justice and harm reparations more expeditiously, and finally; iii) prevent crimes against humanity.

Key words: Peace Culture; International Humanitarian Law; Human Rights; Forced disappearance; Mexico; Armed Forces

Resumo

O artigo propõe complementar no México a legislação sobre Direitos Humanos, com o Direito Internacional Humanitário, a partir da perspectiva da Cultura de Paz, frente a uma participação crescente das Forças Armadas em tarefa de segurança pública, assim como, a um provável conflito armado interno no território. Os objetivos são: i) dotar o país de um marco jurídico adequado para a operação das Forças Armadas em certos lugares do território mexicano, de forma que se possa evitar um maior número de desaparecimentos (forçados e não forçados); ii) gerar uma base fundamental para que as vítimas diretas e indiretas deste fenómeno possam aceder de maneira, mas expedita à justiça, depois da reparação pelo dano y finalmente; y iii) prevenir crimes de lesa humanidade.

Palavras chave: Cultura de paz; Direito Internacional Humanitário; Direitos humanos; Desaparecimento forçado; México; Forças Armadas

* Steffania Sánchez Magallán Sánchez es doctorante en Seguridad Internacional por la Universidad Anáhuac México, licenciada y maestra en Asuntos Internacionales por la Universidad Anáhuac México, así como maestra en Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia por la Universidad Alcalá de Henares. Actualmente se desempeña como docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), así como de la Facultad de Estudios Globales de la Universidad Anáhuac México. También es asesora para un magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). Correo electrónico: sanchezmagallan@hotmail.com

“Desaparecidos los muertos sin tumba, las tumbas sin nombre. Y también: los bosques nativos, las estrellas en la noche de las ciudades, el aroma de las flores, el sabor de las frutas, las cartas escritas a mano, los viejos cafés donde había tiempo para perder el tiempo, el fútbol de la calle, el derecho a caminar, el derecho a respirar, los empleos seguros, las jubilaciones seguras, las casas sin rejas, las puertas sin cerradura, el sentido comunitario y el sentido común”.

Eduardo Galeano

INTRODUCCIÓN

México vive desde años atrás un fenómeno preocupante referente a las desapariciones forzadas, el cual se ha agravado a partir del conflicto abierto que se vive entre Fuerzas Armadas mexicanas y grupos de la delincuencia organizada. Lamentablemente es una práctica común, que, dentro de las legislaciones de los países, y en consecuencia en las políticas y toma de decisiones públicas, no se haga referencia o uso del Derecho Internacional Humanitario (DIH), pese a que los países hayan ratificado las Convenciones de Ginebra, porque normalmente se piensa en él para una situación de “guerra”.

Este texto presenta dos variables indispensables para tratar de mejor manera el fenómeno de las desapariciones forzadas en el territorio mexicano: i) la diferenciación del uso del Derecho en materia de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, para momentos de paz o en los que se vive un conflicto armado (no internacional); y ii) las consecuencias jurídicas o normativas que se desprenden de ambos. A través del concepto de “cultura de paz”, Johan Galtung asevera que la paz consiste en la condición y el contexto para que los conflictos puedan ser transformados. Para establecerla, se demanda una cooperación –positiva y creadora– capaz de reconocer a los actores que participan del conflicto, así como concebir al diálogo como herramienta de alta relevancia. Así, enfoca la paz desde dos diferentes vertientes o acepciones: i) la paz negativa radica en que no exista un conflicto armado; mientras que ii) la paz positiva se alcanza cuando no existe violencia estructural (Fisas 2006, 1-50).

Si se parte de la premisa de que el ámbito de aplicación del DIH se presenta cuando existe un conflicto armado (interno o internacional) y de que el de los

derechos humanos se emplea en todos los otros momentos, entonces se pueden comprender de mejor manera sus correspondientes objetivos. Mientras que el del DIH es proteger a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades, así como proteger ciertos bienes al tiempo de limitar el empleo de medios o métodos de guerra, el de los derechos humanos es garantizarlos, promoverlos, hacerlos respetar y protegerlos todos: políticos, sociales, económicos y culturales (Benavides Hernández 2015, 44). Cabe destacar que algunas disposiciones relativas a los derechos humanos podrían ser suspendidas durante un conflicto armado (CICR 1984).

Ambos tienen como fin último la protección de la dignidad humana. Sin embargo, el DIH se podría aplicar para alcanzar la paz negativa, mientras que los derechos humanos para lograr la paz positiva. Y en caso de que existan escenarios en donde se conjuguen dos tipos de situaciones diversas (en donde existan condiciones estructurales que motiven los conflictos, sumados a condiciones que lleven a que estos se desarrollen a partir del uso de las armas), entonces será necesario echar mano de ambos para alcanzar una paz total y efectiva.

Así, el objetivo final del presente artículo será comprobar que los derechos humanos y el DIH pueden comulgar en un escenario en el que no existe mucha claridad respecto a la clasificación de un conflicto armado no internacional, con sus correspondientes consecuencias (jurídicas, sociales, políticas y psicológicas), como en el caso de México. En este análisis se utilizará como caso de estudio las desapariciones forzadas debidas a la participación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1. Contenido

Los autores más reconocidos que trataran el tema después de la Paz de Westfalia (1648), tales como Samuel Von Pufendorf, Hugo Grotius y Emmerich de Vattel, señalaban que, para que se pudiera aplicar el *Ius in Bellum*, sería preciso contar con una declaración formal de guerra. No obstante, después de la Segunda Guerra Mundial y luego de que se establecieron las Convenciones de Ginebra, en 1949, ya no se requeriría más ese instrumento, sino solo como una condición previa para aplicar estos nuevos derechos. Además, el término guerra fue remplazado por “conflicto armado” (Edlinger 2015).

Actualmente, este derecho “en la guerra”, al ser parte del Derecho Internacional Público, comparte sus mismas fuentes: las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho, así como las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia. Su principal contenido se encuentra en los cuatro convenios de Ginebra (1949), de los que son parte casi todos los Estados, así como sus dos protocolos adicionales relativos a la protección de las víctimas, de 1977 (Benavides Hernández 2015, 14).

Una de las grandes tareas pendientes es una definición de “conflicto armado”, aunque el DIH sí lo divide en dos tipos: internacional e interno. Así, los conflictos armados internacionales son aquellos en los cuales se desafían como mínimo dos Estados, y frente a ellos se observan al menos los convenios de Ginebra y el primer protocolo adicional. El artículo segundo común señala que existe un conflicto armado internacional en tres diferentes situaciones: i) cuando hay una declaración de guerra, ii) en todos los casos de conflicto armado entre dos o más Estados y iii) en caso de ocupación, cuando no exista resistencia armada, pues, de lo contrario, se caería en el segundo supuesto (Pedrazzi 2015).

En cambio, cuando se trata de conflictos armados sin carácter internacional, es decir, cuando se enfrentan en el territorio de un mismo Estado las fuerzas

armadas regulares y grupos armados disidentes, o grupos armados entre sí, se destina una serie más limitada de normas, en particular las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro convenios, así como el segundo protocolo adicional, que fue aprobado el 8 de junio de 1977 y que fue suscrito por México en 1983.

El artículo tercero no contiene una definición acerca de qué se considera un conflicto armado no internacional, aparte de la especificación de que se debe desarrollar en el territorio de una de las partes contratantes. Por otro lado, el artículo 1.2 del segundo protocolo define que este instrumento no se aplica a situaciones de tensiones internas, disturbios interiores, motines, actos esporádicos y aislados de violencia. Se definen así porque al menos una de las partes es un grupo no gubernamental, es decir: las hostilidades surgen entre uno o más grupos y las fuerzas armadas de un Estado, o sólo entre grupos armados (Pedrazzi 2015).

Sin embargo, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia definió “conflicto armado no internacional” como toda situación de “violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre estos grupos en el territorio de un Estado” (TPIY, 1995, párr.70. Así, este nivel se alcanza cuando la situación cuenta con una “violencia armada prolongada” y esta condición se evalúa conforme a dos criterios fundamentales: i) la intensidad de la violencia y/o ii) la organización de las partes. Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) determinó que, para que se dé este tipo penal, la violencia debe caracterizarse por hostilidades entre los actores, así como por existir un mínimo de organización de estos actores para llevarlas a cabo (Camen 2008, 5).

La intensidad de la violencia puede definirse a través de múltiples factores, tales como la naturaleza colectiva de las hostilidades y el hecho de que el Estado tenga que recurrir a las fuerzas armadas porque la policía no está en condiciones de controlar la situación. Igualmente deben considerarse la duración del conflicto, la frecuencia de las acciones violentas y las operaciones

militares, la naturaleza de las armas empleadas, el desplazamiento de la población civil, el control del territorio por parte de fuerzas de oposición y la cantidad de víctimas como consecuencia del conflicto armado.

2. Consecuencias jurídicas

El primer desafío sobre la interpretación del contenido de los convenios de Ginebra, particularmente en relación a los conflictos armados internos, para los gobiernos, las fuerzas armadas y las propias legislaciones nacionales, es cómo definirlos, y, en consecuencia, determinar si se está frente a uno (Gross 2015). La importancia de este punto radica en la definición de al menos las siguientes cuestiones:

1. Los criterios para definir un objetivo, reglas de enfrentamiento y el proceso de focalización a utilizar
2. Criterios de detención
3. Legalidad y legitimidad en la disposición de las Fuerzas Armadas
4. Criterios para el uso de la fuerza
5. Restricciones y límites a los derechos humanos

En este sentido habría que destacar que, el 11 de diciembre de 2006, el entonces presidente de México, Felipe Calderón Hinojosa, envió 6.500 efectivos armados federales al Estado de Michoacán para poner fin a la violencia provocada por las células dedicadas al tráfico ilícito de estupefacientes en dicha entidad. Desde entonces, en esta batalla contra ellas, el Estado mexicano ha recurrido a las Fuerzas Armadas, entre otras, con la finalidad de: i) incrementar el conocimiento acerca de las organizaciones de la delincuencia organizada para determinar acciones y de esta forma limitar sus actividades; ii) establecer puestos militares

de seguridad; iii) instituir grupos de coordinación operativa a nivel estatal con la participación de autoridades civiles responsables de la seguridad pública. Este procedimiento del Estado da cuenta de su nivel de organización y operación. Además, con el paso del tiempo y el desmembramiento de los principales carteles, hoy, algunos comparten el mismo comando y control, o logran cierto nivel de coordinación y participación en sus operaciones. El 23 de septiembre de 2020, el titular de la Unidad de Inteligencia de la Financiera señaló que había al menos 19 organizaciones delictivas de alto impacto que habían ido ampliando sus actividades a otras como el secuestro¹. Cuando la sustracción de personas se realiza con aquiescencia del Estado se denomina “desaparición forzada de personas”; este fenómeno será tratado con mayor detalle en el siguiente capítulo.

Ahora bien, frente al acuerdo que dio vida a la Guardia Nacional han saltado voces que señalan que este “desestima los principios más elementales del Estado constitucional y trasgrede los límites que el derecho impone al ejercicio del poder” (Garza Onofre et al. 2020) Pero esta situación podría cambiar si se adaptara su contenido al DIH; porque, entonces, las Fuerzas Armadas no intervendrían más en el refuerzo de la seguridad pública, sino en el de la seguridad interior.

Adicionalmente, desde el 2013, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha documentado el desplazamiento forzado interno de personas, como consecuencia de la violencia armada en territorio mexicano (CIDH 2015). Cifras recopiladas por el *International Displacement Monitoring Centre* estiman que, al 31 de diciembre de 2020, en México habían sufrido de esta situación al menos 99.000 personas.

DERECHO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

1. Contenido

El 10 y 16 de junio de 2001 se publicaron dos importantes reformas a la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos. La primera, en materia de juicio de amparo y, la segunda, acerca de derechos humanos. De especial interés es la segunda reforma, por la cual, en el artículo 1, el término “derechos humanos”

¹ “Así es el mapa de presencia del narcotráfico en México”. Unidad Inteligencia Financiera. Acceso el 2-XII-2021. <https://tvpacifico.mx/noticias/253619-asi-es-el-mapa-de-presencia-del-narcotrafico-en-mexico-unidad-inteligencia-financiera>

se sustituyó por garantías individuales y sociales. Además, se entiende que toda persona debería gozar de los derechos humanos contenidos dentro de la Constitución y de los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; pues sus obligaciones, por ser auto aplicables, no requieren de leyes secundarias para su ejecución, aunque sí de medidas adicionales para su debido cumplimiento.

Los sujetos obligados a respetar este catálogo de derechos son normalmente actores tales como las personas, las empresas y el propio Estado, pero se exige además a este último su protección a partir de diversas medidas contenidas en diversas fuentes de Derecho, que, a su vez, establecen medidas de protección administrativas, judiciales y legislativas. Si bien los titulares de estos derechos no siempre están bien delimitados en los textos normativos, una interpretación *pro-homine*, paulatinamente ha provocado que se amplíe esta lista de sujetos. Cabe destacar que no basta con que un derecho se encuentre en la Constitución, pues antes tiene que pasar por el criterio de “fundamentalidad”, es decir, aquella propiedad específica que le da el carácter de fundamental (Bernal Pulido 2009). Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió que tanto los tratados internacionales como la Constitución son fuentes de derechos humanos que no se relacionan en términos jerárquicos². Sin embargo, cuando exista una restricción expresa en la Constitución sobre el ejercicio de aquellos derechos humanos que también sean considerados fundamentales, se deberá seguir los mandatos de la norma constitucional. Ahora bien, si existiera alguna restricción sobre los derechos humanos contemplados en los tratados internacionales, deberá seguirse la disposición normativa tal como lo señala la Constitución³.

En este orden de ideas, existen dos tipos de cláusulas restrictivas: las específicas y las generales. Mientras las

primeras establecen disposiciones para cada derecho fundamental, las segundas se aplican a todos los derechos. De lo anterior se desprenden dos cuestiones de relevancia: i) no existen derechos fundamentales absolutos, ya que pueden ser limitados, suspendidos o restringidos; ii) y se debe aplicar un ejercicio de proporcionalidad, así como la correspondiente prueba de convencionalidad (Barreto Nova 2009).

Con base en estas razones, se puede afirmar que la reforma en materia de derechos humanos del 2011 en México es de gran calado, ya que afirma que toda autoridad está obligada a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Por ese motivo, resulta muy importante estudiar a profundidad el contenido, obligaciones y derechos derivados de los diversos tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

En el caso de las desapariciones forzadas, y en un contexto de violencia armada que agrava este fenómeno, se retomarán dos instrumentos de suma relevancia: la Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Ambas han sido ratificadas por el gobierno de México. Aunque ambos instrumentos son muy parecidos en su contenido, el instrumento regional es mucho más exhaustivo en algunos aspectos; por ejemplo, sobre la jurisdicción militar, pues dentro de esta se excluye el delito que aquí se analiza, y sobre la aquiescencia del Estado (Núñez Palacios 2008, 61).

También destacamos el artículo 24 de la Convención Internacional, el cual señala que “se entenderá por víctima la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia

2 La SCJN encontró contradicción de tesis-293/2011- mediante el estudio de la resolución del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que determinó la posibilidad de invocar la jurisprudencia de la Corte IDH como criterio ordenador, frente a las consideraciones del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, en la que señaló que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos es obligatoria. Al respecto, la SCJN determinó que los derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano. Asimismo, determinó que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales, siempre que dicho precepto favorezca en mayor medida a las personas.

3 Los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional; pero, cuando en la Constitución haya una restricción a su ejercicio habrá que atenerse a ésta. La jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona; mas, cuando en la Constitución haya una restricción al ejercicio de esos derechos, habrá que cumplirla (Contradicción/defensa de tesis 293/2011, México: SCJN).

de una desaparición forzada”. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decidido declarar víctimas graves tanto a las víctimas directas de la vulneración, como a los familiares sobrevivientes cuando se estima que se han violado sus derechos conexos (Pelayo Moller 2012, 63).

El artículo 24 todavía contempla que las víctimas tienen, en primera instancia, el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y los resultados de la investigación, así como la suerte de la persona desaparecida. Igualmente, instituye que los Estados Parte deberán velar por un sistema legal que garantice a la víctima de una desaparición forzada el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada. Además, define que el derecho a la reparación deberá estar comprendido por las siguientes modalidades: restitución, readaptación, satisfacción y garantías de no repetición.

Por otro lado, el artículo 5 de la Convención Internacional prevé que la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen del tipo que aquí analizamos. De ahí también que el Estatuto de Roma considere la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (art. 7.1). Mientras que aquellas dos primeras convenciones buscan promover, proteger, hacer respetar y reparar el daño, según sea la situación. Así, cuando se vulneren los derechos humanos en caso de desaparición forzada, el tratado que da vida a la Corte Penal Internacional tiene por objetivo velar por la paz y la seguridad internacionales al aplicar la subjetividad penal internacional (Nuñez Palacios 2008, 61). De ahí la complementariedad entre el DIH y los Derechos Humanos.

2. Consecuencias jurídicas

El Estado mexicano, en tiempos de paz, está obligado a promover, respetar, proteger y reparar –en caso de vulneración– los derechos humanos, de acuerdo con los estándares antes descritos. Como consecuencia, está obligado, entre otras cosas, a:

1. Tipificar y perseguir a los perpetradores de estos actos
2. Establecer los principios de jurisdicción y extradición
3. Instituir la exclusión de las jurisdicciones militares
4. Prohibir su derogación (Pelayo Moller 2012, 28)
5. Actuar con base en la debida diligencia (Sferraza-Taibi 2020)

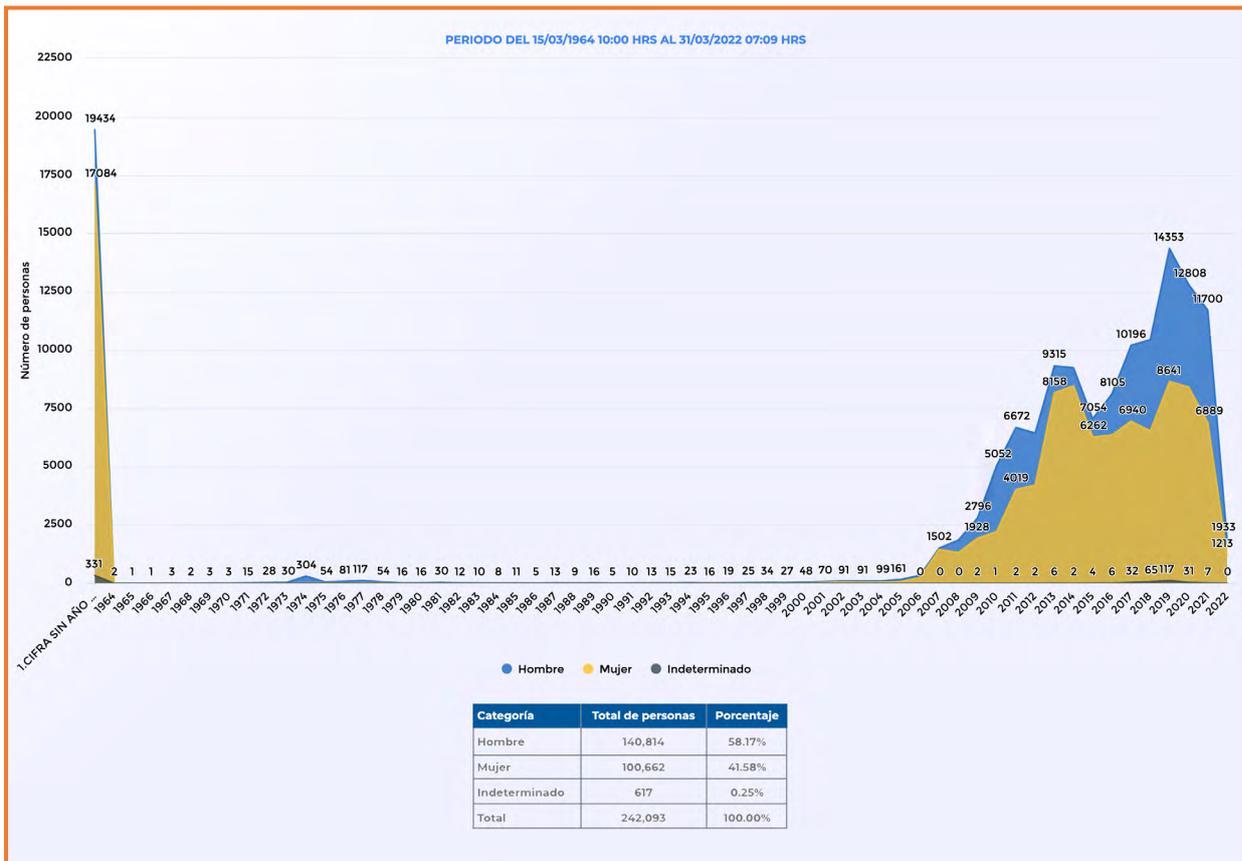
Al mismo tiempo, debe prevenir que estas prácticas se conviertan en algo sistemático o generalizado, ya sea por él o por terceros, como los grupos armados; pues el hecho de poder ser calificadas como delitos de lesa humanidad implicaría que ellas serían sujeto de valoración ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, potencialmente, los delitos de determinadas personas ante la Corte Penal Internacional. Además, México cuenta, desde el año 2020, con la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, así como con otras leyes secundarias como la Ley General de Víctimas.

3. Situación actual

De acuerdo con datos publicados por la Comisión Nacional de Búsqueda, del 15 de marzo de 1964 al 30 de Noviembre de 2021, en el territorio mexicano existían unas 237,835 personas desaparecidas, no localizadas o localizadas. De ese gran total, el 40.90% siguen desaparecidas o sin localizar, mientras que del 59.10% sí se ha podido conocer de su paradero. Tres de las 32 entidades federativas que, de acuerdo con los datos oficiales, presentan el mayor número de casos son: i) Estado de México, con 41,654; ii) Jalisco, con 23,307; y iii) Tamaulipas, con 17.616 personas (CNB 2022).

De lo anterior se podría suponer que, desde el año 2007, el fenómeno de las desapariciones ha sido sistemático, más no generalizado. Al mismo tiempo se deben tomar en consideración las desapariciones que se vivieron durante la llamada “Guerra Sucia”, desde la década de los años 70 del siglo XX. En efecto, el informe final de Actividades de la Comisión de la Verdad del Estado de Guerrero, de 2014, recopiló 409 testimonios sobre 512 casos de desaparición forzada, así

Gráfico 1: Personas desaparecidas, no localizadas y localizadas por año



Fuente: Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas (RNPNDNO)

como el descubrimiento de dos cuerpos de los integrantes del grupo guerrillero de Lucio Cabañas⁴.

Frente a esta situación y, si se toma en consideración la creciente participación de las Fuerzas Armadas en el apoyo de la seguridad ciudadana, entonces se debería incorporar una perspectiva adecuada para tiempos en que la presencia de grupos armados no estatales en los conflictos armados internos incrementa la complejidad en la protección de los civiles (Salmón 2004). Por tal causa, se propone combinar el derecho de “estado de excepción” con aquel que busca garantizar que el individuo y la ciudadanía en su conjunto se desarrolle a plenitud⁵.

Si bien en el segundo protocolo de las convenciones de Ginebra no hay claras provisiones sobre el ámbito geográfico de aplicación en los conflictos armados no internacionales, se debe echar mano del artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados. Este determina que un tratado debe ser obligatorio, en la totalidad del territorio nacional, para cada una de las partes.

Sin embargo, es preciso aplicar igualmente el Derecho Internacional de Derechos Humanos, así como el principio *pro-persona* en las regiones o zonas donde no se viva la violencia armada bajo los mismos supuestos de gravedad. Su aplicación efectiva implica un análisis

4 El informe está disponible en: <https://sitiosdememoria.segob.gob.mx/work/models/SitiosDeMemoria/Documentos/PDF/InformeFinalCOMVERDAD.pdf>

5 Este tema se halla en el Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, compuesto por la Carta Internacional de Derechos Humanos, la Declaración Universal y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales; Asimismo, en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

caso por caso conforme a la duración del conflicto, la frecuencia de las acciones violentas y las operaciones militares, la naturaleza de las armas empleadas, el desplazamiento de la población civil, el control del territorio por parte de fuerzas de los grupos armados no estatales (en este caso de la delincuencia organizada), la cantidad de víctimas y las consecuencias del conflicto armado.

Por consiguiente, habría que analizar los elementos que se requieren para aplicar el DIH en cada zona, a fin de legitimar el uso de las Fuerzas Armadas cuando

se requieran, con todo y sus consecuencias jurídicas (en algunos casos la restricción o limitación de derechos humanos como lo señala la propia Constitución mexicana), mientras se procura la seguridad interior frente a grupos armados no estatales con capacidad de organización y letalidad. Al mismo tiempo, en otras zonas del territorio en donde no exista tal situación, se deberían observar los dictados del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos, porque, de lo contrario, también podría utilizarse el Estatuto de Roma frente a la falta de prevención de crímenes de lesa humanidad.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Hoy por hoy, existen al menos los siguientes desafíos respecto al tema expuesto en el artículo:

- Poca homologación en las entidades federativas con la Ley General en Materia de Desaparición Forzada y los tratados internacionales (incluyendo los de derechos humanos y los del DIH)
- Poca legitimidad respecto a la estadística oficial
- Deficiencia en la atención a víctimas, como impedimentos administrativos o legales, y falta de recursos humanos o materiales⁶
- Altas tasas de impunidad y corrupción
- Otros delitos que acompañan las desapariciones forzadas y que dotan de mayor poder de fuego (tráfico ilícito de armas desde Estados Unidos de América hacia México y Centroamérica) a las células de la delincuencia organizada, así como de vías no lícitas de financiamiento
- Poca rendición de cuentas en cuanto a actores no tradicionales, como las armadoras, ensambladoras y testaferros de armas ligeras y pequeñas
- Las propias Fuerzas Armadas han cuestionado que no cuentan con un marco legal o jurídico propicio para desempeñar sus labores en algunas zonas de México donde la delincuencia organizada tiene gran infraestructura, poder, armamento e incluso influencia social y política.

El hecho de reconocer que México tiene un conflicto armado interno, quizás políticamente no sea redituable; sin embargo, se considera que podría resultar muy útil técnicamente, a fin de alcanzar, en resumidas cuentas, tres objetivos:

1. Un marco jurídico adecuado para la operación de las Fuerzas Armadas en ciertas partes del territorio mexicano; que, a su vez, ayudaría a prevenir un mayor número de desapariciones.
2. El uso práctico de la complementariedad entre el DIH y los derechos humanos en un territorio, como mecanismo para evitar crímenes de lesa humanidad.
3. Una base fundamental para que las víctimas directas e indirectas de las desapariciones forzadas que han existido en México puedan acceder de manera más expedita a la justicia y luego a la reparación.

Los objetivos anteriores se podrían alcanzar si se parte de que la normatividad en materia de derechos humanos vincula exclusivamente a los Estados, mientras que el DIH también obliga a los grupos armados. Este panorama legal guarda especial preeminencia cuando no es muy claro el vínculo entre el Estado y los grupos armados, debido a la indefinición del estándar de atribución derivado de la nula jurisprudencia de la Corte

⁶ Una persona requiere estar inscrita en el Registro del Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral, a fin de que la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV) realice una evaluación integral del entorno familiar y social del candidato, con el objetivo de contar con los elementos suficientes para determinar las medidas de ayuda, asistencia, reparación integral y, en su caso, las de compensación.

Interamericana de Derechos Humanos en este tema (Sferraza-Taibi 2020, 13).

Conjuntamente, es imprescindible tratar esta temática desde esta perspectiva, dado que la justicia a nivel internacional vía el DIH es muy débil, ya sea por la Corte Internacional de Justicia, o por la Comisión Internacional Humanitaria de Investigación, de la que México no es parte, o por comisiones *ad hoc* o procesos penales internacionales (Hampson 2015). De esta manera se reduciría el riesgo de que, a nivel nacional, se interprete de buena fe un texto en materia

de conflictos armados, desde la perspectiva propia de los derechos humanos, al tiempo que se promueve que las Fuerzas Armadas no interpreten sus obligaciones derivadas de un tratado de derechos humanos en el sentido del derecho en los conflictos armados. Es de suma importancia para las Fuerzas Armadas que sus operaciones no sean deslegitimadas como resultado de algunos de estos procedimientos, razón por la cual el gobierno de México debería asegurarse de que se aplique la prueba correcta en cada caso (Hampson 2015).

BIBLIOGRAFÍA

- Barreto Nova, Óscar Guillermo. 2009. "Breve nota teórica sobre la cláusula restrictiva de los derechos fundamentales en México". Blog del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acceso el 5-XII-2021. https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/breve-nota-teorica-sobre-la-clausula-restrictiva-de-los-derechos-fundamentales-en-mexico#_ednref3
- Benavidez Hernández, Luis Ángel. 2015. Derecho Internacional Humanitario. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CTDH_DerInternacionalHumanitario2aReimpr.pdf
- Bernal Pulido, Carlos. 2009. Temas selectos de Derecho Electoral 8. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEPJF. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Acceso el 5-XII-2021. https://www.te.gob.mx/defensoria/media/pdf/08_derechos.pdf
- Camen, Anton. 2008. Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. OEA: 1-34. Acceso 5-XII-2021. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxv_curso_derecho_internacional_2008_anton_camen.pdf
- CIDH. Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2015. Situación de los derechos humanos en México: 138. Acceso el 1-XII-2021. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf>
- CICR. Ver: Comité Internacional de la Cruz Roja. 1984. "Introducción al Derecho Internacional Humanitario". Acceso el 1-XII-2021. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdl7w.htm#:~:text=El%20derecho%20internacional%20humanitario%20es%20el%20cuerpo%20de%20normas%20internacionales,Partes%20en%20conflicto%20a%20elegir>
- Consejo Nacional de Búsqueda. 2021. "Contexto general". Acceso el 30-XI-2021. <https://versionpublicarnpdno.segob.gob.mx/Dashboard/Sociodemografico>
- Edlinger, Karl. 2015. "Typology and categorization of armed conflicts under IHL". En *The Distinction between International and Non- International Armed Conflicts: Challenges for IHL?*, editado por Carl Marchand: 39-45. Sanremo: International Institute of Humanitarian Law.
- Fisas, Vicenc. 2006. Cultura de paz y gestión de conflictos. Barcelona: Icaria Editorial.
- Garza Onofre, Juan Jesús; López Ayllón, Sergio; Luna Plá, Issa; Martín Reyes, Javier y Pedro Salazar Ugarte. 2020. "Normalizar la militarización: análisis jurídico del acuerdo presidencial". Nexos. Acceso el 1-XII-2021. <https://www.nexos.com.mx/?p=48138>
- Gross, Richard. 2015. "Does the categorization of armed conflicts really matter for armed forces?". En *The Distinction between International and Non- International Armed Conflicts: Challenges for IHL?*, editado por Carl Marchand, 46-52. Sanremo: International Institute of Humanitarian Law.
- Hampson, Françoise. 2015. "Panel discussion on HRL and IHL relationships in IAC and NIAC". En *The Distinction between International and Non- International Armed Conflicts: Challenges for IHL?*, editado por Carl Marchand: 103-108. Sanremo: International Institute of Humanitarian Law.
- Núñez Palacios, Susana. 2008. "Análisis de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. La ratificación de México". *Alegatos* 68-69: 53-70.

- Pedrazzi, Marco. 2015. "The beginning of IAC and NIAC for the purpose of the applicability of IHL". En *The Distinction between International and Non- International Armed Conflicts: Challenges for IHL?*, editado por Carl Marchand: 71-83. Sanremo: International Institute of Humanitarian Law.
- Pelayo Moller, Carlos. 2012. *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos: 1- 112. Acceso el 15-XI-2021. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29729.pdf>
- Salmón, Elizabeth. 2004. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Comité Internacional de la Cruz Roja. Acceso el 5-XII-2021. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf>
- TPIY. Ver: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. *The Prosecutor vs. Dusko Tadic. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-1-A. 1995. <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>

ENSAYO

una

RETOS JUDICIALES PARA EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN EL ECUADOR

JUDICIAL CHALLENGES FOR THE FULFILLMENT OF CONSTITUTIONAL SENTENCES IN ECUADOR

DESAFIOS JUDICIAIS PARA O CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS CONSTITUCIONAIS NO EQUADOR

*Dunia Martínez Molina**

Recibido: 15/VI/2021

Aprobado: 15/IX/2021

Resumen

La ejecución inmediata y completa de las sentencias de garantías constitucionales es trascendental para confirmar su efectividad y la de los derechos constitucionales. Sin embargo, sus características procesales y finalidades se ven afectadas ante el incumplimiento de sentencias constitucionales. Creemos que esta es una de las razones por las que se incluyó, vía jurisprudencial, reglamentaria y luego legal, la denominada acción de incumplimiento de sentencias constitucionales. En este contexto, se busca evidenciar las implicaciones y retos de la acción de incumplimiento, su origen y las incertidumbres jurisprudenciales, para acercarnos a evaluar brevemente sus efectos en las garantías jurisdiccionales constitucionales.

Palabras clave: Garantías jurisdiccionales; Acción de incumplimiento; Sentencias de garantías; Ejecución de sentencias; Eficacia de derechos constitucionales

Abstract

The immediate and complete execution of constitutional guarantee judgments is fundamental to confirm its effectiveness and thus, the constitutional rights. However, they are affected by the breach of constitutional rulings. We believe this is one of the reasons why the so-called non-compliance constitutional judgments lawsuit, was included throughout case law, regulation and later through the law.

In this context, we seek to stand out the implications and challenges of the non-compliance lawsuit, its origin, and the jurisprudential uncertainties, in order to briefly assess its effects on the of constitutional jurisdictional guarantees.

Key words: Jurisdictional guarantees; Non-compliance lawsuit; Guarantee judgements; Execution of sentences; Efficacy of constitutional rights

Resumo

A execução imediata e completa das sentenças de garantias constitucionais é transcendental para confirmar sua efetividade e a dos direitos constitucionais. Sem embargo, suas características processuais e finalidades se tornam afetadas pelo incumprimento das sentenças constitucionais. Creemos que esta é uma das razões de porque se incluiu, via jurisprudencial, regulamentaria, e logo legal, a denominada ação de incumprimento de sentenças constitucionais. Nesse contexto, se procura evidenciar as implicações e desafios da ação de incumprimento, sua origem e as incertezas jurisprudenciais, para nos aproximar e avaliar brevemente seus efeitos nas garantias jurídicas constitucionais.

Palavras chave: Garantias jurídicas; Ação de incumprimento; Sentenças de garantias; Execução de sentenças; Eficácia de direitos constitucionais

* Dunia Martínez Molina es candidata a Doctora en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), Magíster en Derecho, graduada con distinción por la UASB. Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales de Justicia de la República, por la Universidad del Azuay. Es docente a tiempo completo en la Universidad de las Américas y docente invitada en la UASB; es también miembro principal del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Sede Ecuador, y jueza elegible de la Corte Constitucional del Ecuador. Correo electrónico: dunia.martinez@udla.edu.ec

INTRODUCCIÓN

1. Las garantías de los derechos en la Constitución de 2008

En cualquier Estado auto reconocido como constitucional es indiscutible la relevancia de las garantías constitucionales de los derechos. Hans-Peter Schneider indicó que la necesidad de protección y la garantía jurídico-positiva de los derechos fundamentales es un principio del Estado constitucional (Schneider 1979, 7).

En este contexto, el Estado constitucional ecuatoriano no es la excepción y está caracterizado, adicional y simultáneamente, por la existencia de una Constitución viva, eficaz y de directa aplicación (CRE, art. 11), y un sistema de administración de justicia que debe garantizar y efectivizar los derechos constitucionales.

Difícilmente los actos estatales pueden pugnar con estos principios, particularmente con la obligación de protección de los derechos fundamentales, que es fruto de un desarrollo histórico simbióticamente relacionado con el desarrollo del concepto mismo de los derechos fundamentales.

Sin embargo, al verificar el cumplimiento práctico de los derechos y garantías, se evidencia que su efectividad es relativa; debido a la estructura procesal de las garantías constitucionales, la cultura jurídica en la administración de justicia y la relación de superposición-desnaturalización entre garantías constitucionales. En definitiva, la garantía de los derechos fundamentales está sometida irrefutablemente a una búsqueda constante de perfeccionamiento que no sólo depende de instrumentos procesales, sino que incluye a la misma organización y división del poder público y al desarrollo de instituciones estatales para su cumplimiento. Por tanto, es indiscutible la necesidad de analizar los mecanismos de protección de derechos como un conjunto inseparable e interconectado de elementos que incluyen la correcta estructuración de las competencias de los órganos del Estado, la emisión de jurisprudencia constitucional clara, la apropiada construcción procesal de las garantías y su adecuada interrelación con otras garantías.

Así, cualquier caso que amerite la aplicación de una garantía constitucional confirma, a través de su activación, resolución y especialmente cumplimiento, una de las manifestaciones de la existencia de este Estado constitucional, que, para cumplir su finalidad principal, procura el real ejercicio de los derechos y la limitación del poder estatal cuando las garantías primarias no se respetan. Por tal motivo, el fin de las garantías no es de poca importancia, si se considera que de ellas depende el grado de efectividad de los derechos y, de esta, la existencia de un Estado constitucional. En este sentido, como se ha señalado, el Estado constitucional y las garantías constitucionales parecen condiciones insolubles. Pero ¿por qué realizamos esta afirmación? La explicación está en la siguiente formulación lógica: si por Estado constitucional entendemos aquel que maximiza la protección de derechos constitucionales, esta maximización depende 1) del respeto de los derechos constitucionales, y 2) de la existencia de garantías y su efectividad. Este planteamiento no quiere decir que tenga que ver todo o nada la efectividad de las garantías con la existencia del modelo de Estado constitucional, pero tampoco podemos desconocer que, si el grado de efectividad de las garantías es mínima, el concepto de Estado garantista es ilusorio si el ineficaz cumplimiento de fallos judiciales de garantías no permite el pleno acceso a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, el problema del incumplimiento de sentencias de garantías aún no se ha ubicado entre las prioridades de los estudios constitucionales en el Ecuador, razón por la cual, este breve estudio pretende vislumbrar y brindar elementos iniciales que permitan ulteriores análisis y llamar la atención sobre la necesidad de repensar los mecanismos procesales de ejecución de sentencias que construyan un sistema de justicia constitucional más eficiente.

Por otro lado, es bien conocido que una de las características del lenguaje normativo es su ambigüedad. De ahí que sea necesario hacer un esfuerzo por precisar el concepto del término *garantía* como dato básico conceptual y previo que conlleva a determinar asimismo su alcance, para ubicar la acción de incumplimiento en el conjunto de garantías.

2. Definición y clasificación de las garantías constitucionales

Se debe advertir que existe diversidad de enfoques y ámbitos de actuación de las garantías constitucionales. Y esta amplitud se evidencia y justifica en su finalidad, la protección de la diversidad de derechos y sus destinatarios. En este contexto, podemos ir de la definición más amplia a la más específica de garantías. Como indica Javier Pérez Royo, el Estado es por sí mismo una garantía de seguridad, pero al no ser suficiente por sí mismo, requiere de la Constitución (Pérez Royo 2018, 443 y ss.). A su vez, la Constitución también debe ser garantizada a través de instituciones como los procedimientos de reforma y el control constitucional, que protegen la rigidez y supremacía constitucional. Por otro lado, frente a garantías más amplias, como las de la Constitución, tenemos las más específicas o especializadas, dirigidas a proteger a la ciudadanía frente a la vulneración de sus derechos; pero las dos buscan la consagración de un Estado auténticamente constitucional.

En este marco amplio de la definición de garantías encontramos las diversas clasificaciones que se originan en el concepto que de ellas se adopte. Por nuestra parte consideramos más acertados los criterios que sostienen que las garantías no son sinónimo de derechos; y resaltamos la postura de autores como Guastini, que aclararon que es incorrecto confundir la atribución de un derecho con los métodos de su protección (Guastini 2011, 33). Así, la garantía de un derecho va más allá de su proclamación en el texto constitucional. Tan evidente es la distinción, indica, que la protección de un derecho se realiza a través de una norma diferente a la que lo proclama, es decir a través de una norma secundaria (Guastini 2011, 220). En el caso de la Constitución ecuatoriana (CRE), esta idea se confirma, ya que las garantías se incluyen en el texto constitucional (título III) y se ubican en un título diferente al que desarrolla la clasificación de los derechos constitucionales (título II).

Otro autor fundamental para comprender el actual alcance y carácter instrumental de las garantías es Gerardo Pisarello (2007), quien diferencia los derechos de las garantías, a las que define como “mecanismos

o técnicas” para la protección de los derechos. Las garantías serán un puente que permitirá regresar de la vulneración a la restauración y plena vigencia de un derecho constitucional. Aquí, la finalidad de la garantía apoya, con un criterio adicional, a la diferenciación que enunciamos.

Sin embargo, la relación no es baladí; ya que, en efecto, derechos y garantías tienen una sinergia obvia. Como bien señala Guastini, un derecho requiere, para ser considerado verdadero, entre otras, la característica de ser susceptible de tutela jurisdiccional, y así condiciona la existencia práctica del derecho a la posibilidad de acceder a la tutela o protección (Guastini 2011).

Si tomamos este análisis para nuestro objeto de estudio, nos podríamos preguntar si la falta de cumplimiento de la Constitución por los jueces o por otros funcionarios públicos de garantías implica que los derechos constitucionales no existen. Aunque la respuesta obvia es no, pues por esa causa no se derogan, la realidad es que el mal funcionamiento de una garantía conduce a la conculcación y negación de derechos, más aún si está involucrada una de las garantías más amplias de derechos, como la acción de protección.

En este contexto, negar el mal funcionamiento de una garantía genera un resultado más grave, que consiste en ser cómplice por omisión de la necesidad de repensar críticamente el funcionamiento de las garantías en Ecuador, para mejorarlo. En definitiva, la existencia de derechos no puede ser formal, sino útil para cambiar la realidad social y alcanzar su real vigencia.

Para conseguirlo, uno de los primeros pasos será acercarnos a la acepción jurídica constitucional de la expresión “garantías” en nuestra Constitución. Y la definición más completa es la que engloba también sus diferentes clasificaciones, en virtud de los sujetos obligados: garantías primarias y secundarias (Grijalva 2011, 240-1). Así, las garantías son un conjunto de mecanismos, procedimientos y principios que permiten el aseguramiento y los medios de protección de derechos constitucionales. El conjunto incluye diferentes elementos o manifestaciones jurídicas, a los que podemos añadir también diferentes fases de actuación de los órganos obligados y los diversos objetos de protección.

Como consecuencia, la idoneidad de la garantía debe responder a la necesidad del derecho a proteger. A pesar de la diversidad de tipos de garantías, todas confluyen en la finalidad de eliminación de la arbitrariedad del poder público, de forma preventiva o reparatoria, para asegurar la efectividad de los derechos.

Esta diversidad de mecanismos, procedimientos y principios fueron incorporados en la Constitución ecuatoriana de 2008, que amplió la clasificación tradicional y reconoció expresamente tres tipos diferentes de garantías constitucionales: normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales.

Cada tipo de garantía establecido constitucionalmente requiere ser ubicado dentro de clasificaciones teóricas para comprender de mejor forma su alcance. La más amplia clasificación será aquella que considera todos los actores obligados a prestarlas. 1) Las garantías institucionales son obligaciones dirigidas a los poderes públicos y se dividen en: 1a) políticas, que son obligaciones confiadas a los órganos políticos del Estado (funciones ejecutiva y legislativa); 1b) semi políticas, o semi jurisdiccionales, que son responsabilidad de órganos independientes de los órganos políticos; y, 1c) jurisdiccionales, que son obligaciones dirigidas a

los jueces. Finalmente, 2) otras garantías son extra-institucionales, llamadas por diversos autores garantías sociales en manos de los propios titulares de los derechos.

De todas ellas son de especial interés para esta investigación las garantías jurisdiccionales, su objeto de protección y sus especiales características procesales. Esta obligación judicial se inicia con la acción, incluye el estricto respeto del procedimiento constitucional, legal y jurisprudencial constitucional, continúa con la emisión de la decisión que debe contener la declaración de la vulneración de derechos y las medidas para su reparación integral, y sólo concluye con la ejecución de la decisión que las declara. Cada una de estas son actividades judiciales fundamentales. Así, sin alguna de ellas, como el cumplimiento integral de la sentencia, el objeto de protección –derechos constitucionales reparados– no alcanzará eficacia, asunto central de la acción de incumplimiento en la que la sentencia adquiere importancia medular para el cumplimiento de las finalidades de las garantías. Esta responsabilidad judicial incluye varios ámbitos: primero, la adecuada motivación; luego, que las medidas ordenadas sean adecuadas al derecho vulnerado; y, finalmente, que sea factible su cumplimiento o ejecución.

LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO: REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL

En el caso ecuatoriano, las garantías jurisdiccionales se encuentran determinadas en el artículo 86 numeral 2 de la Constitución, que indica que son competentes los jueces en virtud del lugar en el que se origine el acto u omisión, o el lugar en el que se producen los efectos de este.

Para la apelación, son competentes los jueces de la Corte Provincial (art. 86.3). Sin embargo, no todas las garantías jurisdiccionales son conocidas por los jueces ordinarios. En efecto, las garantías indicadas en los artículos 93 y 94 de la Constitución, entre ellas la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección, son conocidas y resueltas por la Corte Constitucional.

El objeto de protección de las garantías jurisdiccionales son todos los derechos constitucionales vulnerados por actos administrativos de carácter particular, pero ciertos derechos constitucionales tienen garantías específicas de protección. Por este motivo, a cada objeto de protección (derecho) corresponde una garantía específica que se encuentra claramente determinada en la Constitución. El Título III, Capítulo I de la Constitución, denominado Garantías Constitucionales, incluye, desde el artículo 86 hasta el 94, las garantías jurisdiccionales constitucionalmente reconocidas, entre ellas: la acción de protección (art. 88), la acción de hábeas corpus (art. 89), la de acceso a la información pública (art. 91), la de hábeas data (art. 92), la acción por incumplimiento (art. 93) y la

acción extraordinaria de protección (art. 94). Como se evidencia, este articulado no incluye la acción de incumplimiento, su objeto de protección, finalidad, el procedimiento, ni la autoridad competente.

Muchos trabajos de investigación publicados inmediatamente después de la entrada en vigencia de la Constitución daban cuenta del avance no sólo en el alcance conceptual del término garantía, que se evidencia en una clasificación más amplia que considera a los sujetos obligados, sino también en la inclusión de garantías constitucionales tales como la acción de protección, la acción extraordinaria de protección, la acción de acceso a la información pública y la acción por incumplimiento. Ninguna de estas investigaciones evidencia la inclusión de la acción de incumplimiento como garantía constitucional. Es más adelante, cuando entró en funcionamiento la Corte Constitucional de Transición, que se indicó, jurisprudencial y doctrinariamente, que el numeral 9 del artículo 436 de la Constitución de la república tiene “dos facetas, tanto como competencia privativa de la Corte Constitucional de verificar el cumplimiento de sus propias sentencias y dictámenes, como también la acción de incumplimiento de sentencias constitucionales como herramienta clave para dotar de efectividad a las garantías dispuestas por la Constitución de la República” (Uribe 2012, 254).

Ahora bien, esta lectura no considera que, a su vez, el artículo 86 numeral 3 último inciso, expresa que los procesos judiciales de garantías constitucionales sólo finalizan con la ejecución integral de la sentencia o resolución, y que el numeral 4 de dicho artículo indica que, en caso de incumplimiento de la sentencia de garantías por parte de los servidores públicos, el juez puede ordenar su destitución del cargo. Así mismo, respecto de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, el artículo 436 de la Constitución indica, en el numeral 9, similar competencia, consistente en que la Corte debe conocer y sancionar el incumplimiento de sus sentencias y dictámenes constitucionales. Así pues, la norma constitucional es clara en atribuir la facultad de sancionar al funcionario público que no dé cumplimiento a una sentencia constitucional, pero la atribución del cumplimiento de las sentencias de garantías se encuentra, obviamente, en manos del juez

de garantías constitucionales en el primer caso, y bajo la competencia del juez de la Corte Constitucional en el caso de sentencias y dictámenes que esta emita. Por lo tanto, desde nuestra lectura, los jueces que conocen garantías y los jueces de la Corte Constitucional tienen la facultad de hacer cumplir las sentencias que cada uno emite, sin que el juez constitucional pueda participar o exigir la ejecución de la sentencia de un juez de garantías, ni viceversa.

Para abundar en razones, si leemos las competencias asignadas a la Corte Constitucional en el artículo 436 de la Constitución, no se establece expresamente que el conocimiento y la sanción del incumplimiento de la sentencia y dictamen constitucional sea una garantía constitucional. Sin embargo, cuando la Corte tiene la facultad de conocer y resolver una garantía, esta atribución se indica claramente en el texto constitucional; por ejemplo, en los artículos 94 y 437, que regulan la acción extraordinaria de protección, o en el artículo 93, en el que se regula la acción por incumplimiento.

Los fundamentos de la atribución de esta competencia nacieron de la jurisprudencia de la Corte a través de una interpretación de la Constitución y de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de Transición, publicadas el 13 de noviembre de 2008 en el Registro Oficial, Suplemento 466.

En este contexto, la sentencia 001-09-SIS-CC, presentada el 17 de noviembre de 2008 y resuelta el 19 de mayo de 2009, fue la primera emitida por la Corte Constitucional sobre la acción de incumplimiento. El caso trata sobre la adjudicación de varios bienes inmuebles. El registrador de la propiedad de Guayaquil de ese entonces canceló la inscripción de su auto de adjudicación. La Segunda Sala de la Corte Constitucional (ex Tribunal Constitucional) avocó conocimiento del recurso de apelación de lo resuelto por la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que negó el recurso de amparo constitucional planteado por la accionante concerniente a la protección del derecho a la propiedad y al debido proceso. La Segunda Sala resolvió a favor de la accionante (caso N.º 2-98-RA, de 7 de mayo de 1998). Sin embargo, esta resolución fue incumplida por el registrador de

la propiedad y la accionante presentó una acción de incumplimiento, diez años después y ante la Corte Constitucional de Transición.

En esta sentencia, la Corte Constitucional consideró como fundamento de esta competencia el artículo 436, numeral 9, de la Constitución de la República, y los artículos 82, 83 y 84 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, para el Periodo de Transición. La sentencia indica que, si bien la garantía presentada por los accionantes es una acción por incumplimiento, en virtud del principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo procesal la acepta como acción de incumplimiento.

En la primera sentencia de acción de incumplimiento en el Ecuador, la Corte emplea argumentos, más que para la admisión de la acción, para justificar la existencia jurídica de esta acción y su finalidad de ejecución de sentencias. Entre ellos establece resolver problemas jurídicos, pero no los plantea. Los temas realmente tratados son los que se explican a continuación.

1. Bloque de constitucionalidad y derechos constitucionales de protección

Se indica que el bloque de constitucionalidad permite interpretar el texto constitucional: “El bloque de constitucionalidad nos permite interpretar las normas constitucionales; pero, además, los tratados de derechos humanos orientan al Juez constitucional a identificar elementos esenciales que definan la fisonomía insustituible de la Constitución” (sentencia 001-09-SIS-CC, 7).

Para lograrlo utiliza tanto disposiciones como las de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su art. 25 señala: “Que se reconoce el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro **recurso efectivo**¹ ante los jueces y tribunales competentes”, como sentencias de la Corte Interamericana, que resaltan la necesidad de garantizar la eficacia material de las sentencias por sobre su existencia formal (sentencia 001-09-SIS-CC, 7): “La efectividad de las sentencias depende de su ejecución.

El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento”.

Las normas constitucionales invocadas se encuentran en la categoría de derechos de protección, específicamente en el art. 75, en el que se establece que la ejecución de las sentencias es parte del derecho de acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos. Este artículo advierte que el incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley; por tanto, la ejecución de las sentencias es parte del derecho de acceso a la justicia.

La Corte señala, además, que los procesos constitucionales tienen una finalidad doble: la subjetiva, que permite una protección de derecho, y la objetiva, que busca la defensa de la supremacía constitucional e indica: “En relación con el caso que nos ocupa, El Estado cumple con su función **de proteger los derechos de las personas**², deber primordial del Estado. La Corte Constitucional no solo llega a desvirtuar los posibles obstáculos en un inicio, sino también los posteriores, aquellos presentados por un desacato, un desafío”.

2. Propiedad privada y obligación de cumplimiento de una sentencia de garantías

A diferencia de los argumentos señalados anteriormente, que buscaban justificar la existencia de esta garantía, este problema jurídico sí es pertinente, ya que desarrolla la importancia de la propiedad privada como un derecho constitucional amparado tanto en la Constitución como en instrumentos internacionales de protección de derechos. Aunque aún resulta curioso que la primera sentencia que originó y el primer precedente jurisprudencial que desarrolló esta garantía (sentencia 001-10-PJO-CC) se refieran al derecho a la propiedad. En este caso se buscó determinar si el registrador de la propiedad, al cancelar de manera arbitraria e ilegal la inscripción del registro inmobiliario de los inmuebles de la actora, originó el incumplimiento de la sentencia dictada por el ex Tribunal

1 Énfasis de la autora.

2 Énfasis de la autora.

Constitucional Caso N.º 29-98-RA del 7 de mayo de 1998. Por tanto, enuncia la Corte, se debe exigir el cumplimiento del art. 86 numeral 4, que señala: “Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de los servidores o servidoras públicas, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar”.

La decisión de la Corte aceptó parcialmente la demanda y declaró el incumplimiento de la Resolución Constitucional N.º 29-98-RA del 7 de mayo de 1998 por parte del registrador de la propiedad de Guayaquil, le concedió un término de tres días para que cumpla con lo dispuesto por el Ex Tribunal Constitucional e informe del cumplimiento y, además, la Corte previene al registrador de su posible destitución. En esa sentencia inicial, la Corte asumió la competencia de destitución del funcionario remiso.

Estos argumentos nos permiten evidenciar que la acción de incumplimiento no nace por disposición constitucional alguna, sino por una decisión judicial que interpreta las competencias de la Corte Constitucional y, con este fin, expide un Reglamento de Sustanciación, vigente desde el 13 de noviembre del 2008, es decir, un año y un mes antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC). Dicha interpretación es una clara mutación constitucional. Por tanto, tal competencia se ejerce incluso antes de la entrada en vigencia de la LOGJCC, razón por la cual, en esta y otras sentencias, la Corte Constitucional no fundamenta su competencia en un artículo constitucional ni legal expreso.

La acción de incumplimiento, como competencia de la Corte Constitucional, fue incluida posteriormente en la LOGJCC, en el Título VII denominado Otras Competencias, y se regula en un solo artículo, el 84. No se explica por qué esta garantía se regula en la LOGJCC fuera del capítulo relativo a las garantías constitucionales.

Ahora bien, debemos preguntarnos si una competencia jurisdiccional puede nacer de una sentencia de la Corte Constitucional o de un reglamento. Claramente, el enunciado del artículo 436 de la Constitución

indica que las competencias de la Corte nacen de la Ley y de la Constitución. Podemos incluso aceptar como correcta la creación, vía legal, aunque sin fundamento constitucional, de una garantía constitucional, siempre y cuando su resultado sea la protección eficaz de derechos constitucionales. Pero si la garantía concentra atribuciones constitucionalmente atribuidas a un juez ordinario y si, además, atenta contra las características de las garantías constitucionales también claramente establecidas (garantías directas y eficaces de protección de derechos constitucionales), esta garantía se tornaría en contra de la Constitución.

En conclusión, como habíamos indicado, el artículo 86, numeral 3, último inciso de la Constitución, se refiere a una de las características centrales de las garantías constitucionales, que consiste en el cumplimiento obligatorio e inmediato de sus sentencias; y en el numeral 4, a los medios de los que dispone el juez para asegurar este cumplimiento. Así también lo indica la LOGJCC en los artículos 22, 163, y 164.

Esta es una característica propia de todas las garantías constitucionales, no una razón para crear una nueva garantía de competencia de la Corte Constitucional. Así también, consideramos que el artículo 436.9 de la Constitución no establece la competencia de la Corte Constitucional de conocer y resolver una garantía, sino una competencia de ejecutar sus propias sentencias, que también la tienen los jueces de garantías. En concreto, los artículos 86.3 y 436.9 de la Constitución indican una obligación de los jueces constitucionales, de garantías el primero y de control constitucional el segundo, respecto de sus fallos.

En este contexto, la naturaleza jurídica de las garantías constitucionales suele confundirse con sus características procesales, temas que se complementan, pero son diferentes. Las características del procedimiento común de las garantías jurisdiccionales –sencillo, rápido y eficaz– (CRE, art. 86.2.b) fueron afectadas al crear la acción de incumplimiento, y, a su vez, la naturaleza jurídica de la acción de protección y otras garantías jurisdiccionales perdieron, todas ellas, su naturaleza eficaz y directa para depender de la participación de la Corte Constitucional. La acción de incumplimiento, por su insuficiente regulación legal y jurisprudencial,

ha obstaculizado que las características procesales sean complementarias y coherentes con la naturaleza jurídica de las garantías.

Ahora bien, la acción de protección es una garantía constitucionalmente definida como directa y eficaz,

que, al requerir de una nueva garantía, como la acción de incumplimiento, para cumplir su finalidad de reparación integral, claramente deja de ser directa, aunque no respecto del inicial vínculo con el juez de garantías con la acción, sino al momento del cumplimiento de la sentencia.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

Al respecto se debe reconocer que, en la actualidad, la acción de incumplimiento en el Ecuador tiene naturaleza constitucional por la fuerza de los acontecimientos y decisiones judiciales y legislativas, más no constitucionales. Como hemos determinado, en el caso de la acción de incumplimiento, la competencia de la Corte Constitucional para conocerla y resolverla no tiene un origen constitucional, sino jurisdiccional, reglamentario y luego legal. Sin embargo, la naturaleza de una institución jurídica requiere analizar su finalidad.

Ahora bien, la acción de incumplimiento tiene por finalidad la ejecución de sentencias constitucionales, y, aunque ni la Constitución ni la Ley establecen de modo expreso el derecho constitucional vulnerado, es claro que se persigue el derecho constitucional de acceso a la justicia. Sin embargo, existe otro debate al respecto, que consiste en considerar a la acción de incumplimiento como un proceso inicialmente administrativo –control de la inactividad judicial– transformado en un proceso constitucional, y que sólo se puede justificar cuando el funcionario remiso es un juez constitucional. Solo la verificación de la inacción judicial justifica la intervención de la Corte Constitucional.

Debemos anotar que en Colombia y Perú, la ejecución de sentencias no se persigue a través de una nueva garantía, sino a través de una acción puramente administrativa.

Por los motivos aducidos, se debería considerar que la acción por incumplimiento –en cuanto sentencias emitidas por organismos internacionales de derechos humanos–, así como la acción de incumplimiento de sentencias constitucionales, son en realidad incidentes administrativos no constitucionales; ya que buscan el cumplimiento de sentencias proferidas por organismos internacionales, la primera (LOGJCC, art. 56.2), y la ejecución de una sentencia constitucional, más no la declaración de la vulneración de un derecho subjetivo, ni la reparación integral de forma directa, la segunda.

En definitiva, estas garantías, especialmente la acción de incumplimiento, desvanecen la división necesaria entre las acciones que deben considerarse estrictamente legales y las que son constitucionales y generan un ineficiente reenvío, centralización de la administración de justicia constitucional y la consecuente rémora en la ejecución de las sentencias constitucionales.

PROBLEMAS PRÁCTICOS Y OBJETO DE LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

1. Breve revisión de jurisprudencia ecuatoriana de la acción de incumplimiento y su influencia en la acción de protección

Para tener una idea general de cómo fue cambiando la naturaleza jurídica de la acción de incumplimiento,

y restando paulatinamente a los jueces el control de garantías, especialmente de la acción de protección, es decir, del poder de ejecutar sus sentencias, a continuación, analizamos algunas las sentencias que nos parecen principales respecto del alcance de la garantía. De las 487 sentencias emitidas, analizamos las que

consideramos más relevantes. En el Cuadro 1 resaltamos aquellas que marcan los principales cambios en la concepción y alcance de la acción de incumplimiento.

Como se constata, la regulación de esta acción y su alcance ha sido desarrollada, en primer lugar, a través de varias sentencias de acción extraordinaria de

protección sobre sentencias de acciones de protección y, luego, en la primera sentencia de jurisprudencia obligatoria a través de la revisión de dos sentencias de acción de protección contradictorias e inejecutables. Esta diversidad de vías ha creado jurisprudencialmente una dispersión y desorden en los criterios que guían la comprensión del alcance de esta garantía.

Tabla 1: Sentencias relevantes en el desarrollo jurisprudencial de la acción de incumplimiento

Identificación	Temas desarrollados
Sentencia 001-09-SIS-CC	<ol style="list-style-type: none"> 1. Origen, vía interpretativa, de la acción de incumplimiento como garantía jurisdiccional. 2. Objeto de la acción de incumplimiento: la ejecución de las sentencias constitucionales. 3. No se trata de su carácter residual o subsidiario, pero indica: “El mecanismo de cumplimiento de sentencias propende a la materialización de la reparación integral adoptada dentro de una garantía jurisdiccional. La Corte Constitucional, de oficio o a petición de parte, considerando que de por medio se encuentra la materialización de la reparación integral, y sin necesidad de que comparezca exclusivamente el afectado, está en la obligación de velar por el cumplimiento de las sentencias constitucionales”.
Sentencia 001-10-PJO-CC	<p>Regla jurisprudencial: Destitución del cargo de jueces que expidan sentencias contradictorias que tornen inejecutables sentencias de acción de protección resueltas previamente. La Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 436, numeral 9 de la Constitución, se constituye en el órgano competente para conocer dicho incumplimiento y, en caso de ser necesario, dirimir el conflicto suscitado.</p> <p>“La Corte Constitucional, como consecuencia del problema jurídico reflejado en el caso, establece que los mecanismos constitucionales de cumplimiento de sentencias, dictámenes y resoluciones constitucionales se constituyen en garantías jurisdiccionales. Ante la existencia de sentencias constitucionales contradictorias, o ausencia de precedente constitucional en la materia, que impidan la ejecución de la misma, la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 436 numeral 9 de la Constitución, se constituye en el órgano competente para conocer sobre dicho incumplimiento y dirimir el conflicto suscitado.”</p>
Sentencia 031-10-SIS-CC	Garantía de naturaleza excepcional (14).
Sentencia 010-10-SIS-CC	<ol style="list-style-type: none"> 1. Subsidiariedad de la acción de incumplimiento (5-6). 2. El incumplimiento puede ser imputable no sólo al juez que emitió el fallo, sino también a otras partes del proceso (7).

Tabla 1: Sentencias relevantes en el desarrollo jurisprudencial de la acción de incumplimiento

Identificación	Temas desarrollados
Sentencia 25-12-SIS-CC	<p>Garantías en las que es aplicable la acción de incumplimiento:</p> <p>El caso de las medidas cautelares: en lo referente a la petición de medidas cautelares, si bien estas no se hallan identificadas como acciones constitucionales de protección de derechos, tienen también la finalidad de “evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”, según lo previsto en el artículo 87 de la Constitución de la república y el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; por tanto, las medidas cautelares constituyen, también en el ámbito constitucional, una herramienta de protección de derechos, que se halla regulada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuerpo normativo al que han de sujetarse las personas que las soliciten, así como los operadores de justicia cuyo pronunciamiento respecto de la petición de medidas cautelares constituye –sin duda alguna– sentencia de carácter constitucional, siendo exigible su cumplimiento mediante la presente acción.</p>
Sentencia 071-15-SEP-CC	<p>La ejecución de las sentencias y el consecuente proceso de daños y perjuicios son competencia exclusiva de la Corte Constitucional. Por tanto, la acción de incumplimiento ya no es subsidiaria, sino principal, para la Corte Constitucional:</p> <p>“De conformidad con la regla jurisprudencial 3.1 contenida en la sentencia N.º 001-10-PJO-CC de 22 de diciembre del 2010, en el sentido que “...los mecanismos constitucionales de cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales se constituyen en garantías jurisdiccionales”; y que esta competencia ha sido asignada constitucionalmente a la Corte Constitucional de manera privativa en el artículo 436 numeral 9; la declaratoria de incumplimiento de sentencia de acciones constitucionales y el consecuente proceso de daños y perjuicios por el persistente incumplimiento de la decisión constitucional es de competencia exclusiva de la Corte Constitucional”.</p>
Sentencia 22-13-IS/20	<p>Sentencias objeto de la acción de incumplimiento: Excepcionalidades en medidas cautelares para su tratamiento a través de la acción de incumplimiento.</p> <p>“La Corte explicó que, previo a cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto, corresponde identificar si la resolución de medidas cautelares se enmarca en los dos supuestos de excepcionalidad para su tratamiento a través de la acción de incumplimiento. En el caso concreto determinó que no se verifica la existencia de decisiones constitucionales contradictorias, ni la generación de un gravamen irreparable, dado que la medida cautelar fue acatada en agosto de 2013, momento en el cual se le entregó a la accionante toda la mercadería retenida por el SENA.”</p>

Este breve análisis da cuenta de que la falta de regulación legal de la acción de incumplimiento puede

crear una inseguridad jurídica, ya que, por un lado, limita las competencias de los jueces de garantías y,

por otro lado, no precisa la naturaleza jurídica, la procedibilidad, ni el alcance de las competencias de los jueces de garantías constitucionales y de los jueces constitucionales. Sin embargo, un caso positivo y que apoya la resolución de un vacío legal es la Sentencia 001-10-PJO-CC, que tiene la ventaja de proponer una salida frente a sentencias contradictorias de acción de protección que se tornen inejecutables. En este caso es claramente justificable la intervención de la Corte Constitucional.

2. Los medios de ejecución de las sentencias de garantías. Efectos de la actual regulación y jurisprudencia de la acción de incumplimiento en la competencia de ejecución de sentencias constitucionales de los jueces

Las garantías constitucionales, además de ser directas, rápidas, informales y con amplia legitimación activa, deben ser eficaces. La eficacia está referida tanto a la determinación de medidas de reparación integral adecuadas, como al cumplimiento total y preciso del contenido que se encuentra en las sentencias constitucionales. Por tanto, la ejecución de las sentencias constitucionales completa/culmina/cierra las características fundamentales de las garantías, cuyo producto y finalidad central es la realización práctica de lo resuelto, es decir la reparación integral del derecho.

En este contexto, las sentencias constitucionales son de inmediato y obligatorio cumplimiento. Según la Constitución, el juez resuelve la causa mediante sentencia, pero el proceso no puede cerrarse sino hasta cuando la sentencia o resolución sea totalmente cumplida (art. 86.3, último párrafo). En sentencia, el juez deberá 1) declarar la vulneración de derechos, 2) ordenar la reparación integral, y 3) especificar e individualizar las obligaciones, positivas o negativas del destinatario de la decisión y las circunstancias del cumplimiento (CRE, art. 86.3, segundo párrafo).

Por su parte, la LOGJCC, en los artículos 21 y 22, al regular el procedimiento común de las garantías jurisdiccionales, indica la obligación de cada juez de garantías de ejecutar la sentencia o el acuerdo reparatorio, quien, a fin de conseguirlo, dispone de medios

suficientes, como la intervención de la Policía Nacional. Adicionalmente, como herramientas para la ejecución de la sentencia, el juez podrá: 1) expedir autos para asegurar la ejecución, 2) evaluar las medidas de reparación en las víctimas y familiares, o 3) modificar las medidas de reparación. Como se evidencia normativamente, el juez tiene suficientes mecanismos para la ejecución de la sentencia de garantías.

La ejecución o cumplimiento de las sentencias requiere de procesos de verificación y seguimiento. Para la consecución de esta finalidad, la LOGJCC incluye la posibilidad de que el juez de garantías delegue el seguimiento del cumplimiento a la Defensoría del Pueblo u otra instancia de protección de derechos, estatal, nacional o local (art. 21, inciso 3). Estas delegaciones no eliminan la responsabilidad del juez, ya que solo la ejecución integral de la sentencia permitirá el archivo de la causa.

Como se ha comprobado normativamente, la responsabilidad de la ejecución de la sentencia recae en el juez, a quien las normas constitucionales y legales le otorgan diferentes mecanismos y facultades. Por dicho motivo debemos ser cuidadosos con los efectos que sobre estas claras competencias puede tener la acción de incumplimiento. Es claro que la exclusividad en la ejecución de la sentencia no puede ser del juez de la Corte Constitucional, quien no sustanció ni conoció los detalles del caso (hechos).

Entre otros medios de los que dispone el juez para obtener la ejecución de la sentencia, es de gran importancia el que la Constitución le autoriza incluso a destituir al funcionario remiso (art. 86.4). Es un tema muy delicado, que debe ser claramente regulado para evitar decisiones arbitrarias; sin que tal decisión implique crear un nuevo cuello de botella en la ejecución de una sentencia.

Si bien es innegable la necesidad de la existencia de un mecanismo jurídico que reaccione efectivamente ante la inejecución de sentencias de garantías, la evidencia nos lleva a considerar que la estructura procesal del mecanismo elegido jurisprudencial y normativamente tiene vacíos y errores que se han agravado con su desarrollo práctico. La falta de orden y coherencia

en la regulación y desarrollo jurisprudencial ha sido una constante en esta institución, pero se ha logrado evidenciar que la justificación de la creación de esta “garantía” se da en caso de un actuar omisivo del principal responsable, el juez.

Entre los yerros que requieren un profundo estudio, están: 1) La desnaturalización de todas las garantías, que el constituyente caracterizó como rápidas, sencillas y eficaces. 2) La interferencia en las competencias de los jueces de garantías en la ejecución de sus propias decisiones y, por tanto, la centralización del poder de decisión en la Corte Constitucional, que descarta el ideal constituyente de buscar la descentralización en la interpretación y administración de justicia constitucional al trasladar la apelación de las garantías del entonces Tribunal Constitucional a las Cortes Provinciales; O, por lo menos, constituye una falta de

claridad en las competencias de los jueces de garantías frente a las competencias de ejecución de los jueces de la Corte Constitucional. 3) La inseguridad jurídica sobre el alcance del objeto de protección en esta garantía. 4) La regulación vía reglamentaria del procedimiento de esta garantía. En definitiva, es urgente una reforma legal que permita aclarar los temas centrales que hoy son inquietudes más que certezas. Entre la regulación pendiente de aclaración están los requisitos de procedibilidad. 5) El alcance de las decisiones que adopte la Corte respecto al incumplimiento por parte del juez o de algún otro funcionario público, así como sobre el contenido material de la sentencia. En conclusión, estas competencias mal reguladas y luego llenas de jurisprudencia contradictoria han conseguido tergiversar la finalidad, no sólo de las garantías constitucionales, sino también de las competencias de la misma Corte Constitucional.

CONCLUSIONES

Las finalidades de la existencia de las garantías constitucionales son directamente proporcionales al grado de efectividad de los derechos, y esta efectividad también condiciona la existencia de un Estado constitucional.

Los objetivos de la acción de incumplimiento son el cumplimiento integral de una sentencia o de dictámenes constitucionales definitivos y garantizar efectivamente el derecho vulnerado, la tutela judicial efectiva y la reparación integral. Sin embargo, esta garantía tampoco ha sido una solución real, ya que, además de desnaturalizar la esencia de las garantías constitucionales y la atribución de los jueces de ejecutar lo juzgado, han deslegitimado incluso la facultad decisoria de la Corte Constitucional; pues, a pesar de su intervención, las sentencias de garantías siguen sin ejecutarse o tardan aún más en ser ejecutadas.

Atribuimos esta ineficacia a las fallas que se dan al interior de la construcción procesal de la acción de incumplimiento y son evidentes las consecuencias de un desarrollo jurisprudencial y normativo improvisado. Este artículo, más allá de una crítica, intenta

una disrupción positiva con la finalidad de buscar los caminos que nos permitan viabilizar su espíritu de defensa de los derechos.

En este contexto, es un reto de la Corte Constitucional en funciones emitir jurisprudencia que oriente la configuración procesal de esta garantía, que no afecte en la práctica a su propia finalidad y que no arrastre en su camino a las otras garantías.

La inejecución de sentencias constitucionales conlleva una consecuencia grave y un mensaje negativo, que consiste en la pérdida de autoridad real de las autoridades judiciales constitucionales a la hora de ejecutar sus sentencias frente a incumplimientos de funcionarios públicos. Por ese motivo, la ejecución de sanciones previstas constitucional y legalmente es indispensable, especialmente cuando estamos frente a derechos constitucionales que no pueden tolerar la demora en su reparación o restitución.

Estudios serios como el del Dr. Jhoel Escudero demuestran el impacto de la falta de ejecución de las sentencias constitucionales en los Derechos Económicos

Sociales y Culturales (DESC); pero este impacto negativo no sólo afecta a los derechos sociales, sino que, como se evidencia de las acciones de incumplimiento emitidas por la Corte, abarca todos los derechos (Escudero 2020, 107-10).

Esta falencia jurídica genera socialmente una sensación de abandono y de irrespeto al principio de igualdad, al existir sentencias que sí son ejecutadas frente a otras que caprichosamente no lo son. Por tal causa, la solución a la inejecución de sentencias constitucionales no puede ser exclusivamente casuística, sino que requiere un procedimiento general claro y eficiente en manos especialmente de los jueces. Sólo si los jueces son responsables del incumplimiento debería pasar esta competencia a la Corte Constitucional, que tendría que actuar ejemplificadora y claramente.

Del portal de la Corte Constitucional, la evidencia es clara; la mayoría del trabajo de la Corte Constitucional está concentrado en acciones que desnaturalizan su competencia principal –el control constitucional. Así, la mayoría de causas se encuentran en dos acciones: acción extraordinaria de protección y acción de incumplimiento. La importancia de la acción de incumplimiento para la garantía de derechos es innegable en los casos de incumplimiento de sentencias

por parte de los jueces, mas no respecto de los otros funcionarios públicos. Sin embargo, al recaer en la Corte Constitucional la competencia exclusiva para su trámite, se puede producir una sobrecarga de trabajo para la Corte y un nuevo cuello de botella para las personas afectadas. Viabilizar la correcta aplicación de este instrumento procesal es un reto que se requiere considerar como condición indispensable para cumplir con su razón de ser.

Según conocemos, una de las características relevantes de las sentencias de garantías constitucionales es que son de cumplimiento inmediato, y por orden constitucional (art. 83.3 y art. 162 de la LOGJCC). Sin embargo, tal como se analizó, en un primer momento la jurisprudencia de la Corte Constitucional crea la competencia de conocimiento de esta acción que busca ejecutar las sentencias y luego radicaliza su postura quitándoles la competencia de ejecución de sentencias a los jueces de garantías (sentencia N.º 071-15-SEP-CC). Parece un contrasentido del constituyente incluir como características de las garantías su ejecución inmediata y, por otro lado, incluir la acción de incumplimiento como una vía para el respeto de esta característica, que se verá atada a otra garantía que inicia un nuevo procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- Ávila, Ramiro. 2008. “Las Garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos”. En *Desafíos constitucionales la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, editado por Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, 89-110. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Carpio Marcos, Edgar. 2021. “La acción de cumplimiento en el derecho comparado”. Acceso el 1-V-2021. <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2021/11/El-proceso-de-cumplimiento-en-la-actualidad.pdf?fbclid=IwAR1vOkne8dTPS C1y1QBztHn7sV0tsoCWOMlhEU013xgZ2cF2G 8Xe-fGcT1w>
- Escudero, Jhoel. 2019. “Límites normativos y estructurales a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales o derechos del buen vivir en Ecuador”. *Estado & Comunes Revista de Políticas y Problemas Públicos* 1(10): 95-116. https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n10.2020.151
- Grijalva, Agustín. 2012. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador/Centro de Difusión del Derecho Constitucional.
- Guastini, Riccardo. 2011. *Estudios de Teoría Constitucional*. México D.F.: DJC.
- Pásara, Luis. 2014. *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*. Bogotá: Dejusticia/DPLF/Instituto de Defensa Legal.
- Pisarello, Gerardo. 2007. *Los derechos Sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.
- Porras, Angélica y Johanna Romero. 2012. *Guía de Jurisprudencia Constitucional ecuatoriana. Tomo II*. Acceso el 25-IV-2021. http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Guia_jurisprudencia_constitucional_ecuat_2/Guia_jurisprudencia_constitucional_ecuat_2.pdf
- Quintana Garzón, Ismael. 2020. *Ejecución y acción de incumplimiento de sentencias constitucionales* (2a. ed.). Corporación de Estudios y Publicaciones. Acceso el 5-V-2021. <https://elibro.net/es/ereader/udla/130113?page>
- Pérez Royo, Javier, 2018. *Curso de Derecho Constitucional* (16ª. Ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Schneider, Hans-Peter. 1979. “Problemática General de las Instituciones de Garantía. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático”. Acceso el 15-V-2021. [file:///C:/Users/Dr.%20Rojas/Downloads/Dialnet-PeculiaridadYFuncionDeLosDerechosFundamentalesEnEl-1427304%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/Dr.%20Rojas/Downloads/Dialnet-PeculiaridadYFuncionDeLosDerechosFundamentalesEnEl-1427304%20(4).pdf)
- Secretaría Técnica de la Corte Constitucional. 2016. *Desarrollo jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Silva, Carolina. 2008. “Las garantías de los derechos”. En *Neoconstitucionalismo y sociedad*, editado por Ramiro Ávila, 51-84. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Storini, Claudia, y Marco Navas. 2012. *La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador/Centro de Difusión del Derecho Constitucional.
- Uribe, Daniel. 2011. “Cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales”. En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, editado por Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, 81-100. Quito: Corte Constitucional para el periodo de Transición.

Normativa y jurisprudencia

- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 001-10-PJO.
- _____, sentencia N° 001-09-SIS-CC.

_____, sentencia N° 074-16-SIS-CC.
_____, sentencia N° 344-16-SEP-CC.
_____, sentencia N° 031-10-SIS-CC.
_____, sentencia N° 102-13-SEP-CC.
_____, sentencia N° 013-17-SIS-CC.
_____, sentencia N° 010-10-SIS-CC.
_____, sentencia N° 007-10-SIS-CC.
_____, sentencia N° 071-15-SEP-CC.
_____, sentencia N° 22-13-IS/20.
_____, sentencia N° 25-12-SIS-CC.

CRE. Ver: Constitución de la República del Ecuador
Registro Oficial. Ecuador: Registro Oficial 449, 20-
X-2008 Registro Oficial, Registro Oficial 449 de
20-oct.-2008

LOGJCC. Ver: Ley Orgánica de Garantías Juris-
dicionales y Control Constitucional. Ecuador:
Registro Oficial, Suplemento N° 52, 22-X-2009.

LOSEP. Ver: Ley Orgánica de Servicio Público.
Ecuador: Registro Oficial, Suplemento N° 294,
6-X-2010.

Reglamento de Sustanciación de Procesos de
Competencia de la Corte Constitucional. Ecuador:
Registro Oficial, Suplemento N° 127, 10-II-2010.

Reglas de procedimiento para el ejercicio de las
competencias de la Corte Constitucional para el
periodo de transición. Ecuador: Registro Oficial,
Suplemento N° 466, 13-XI-2008.

PRINCIPIOS BIOÉTICOS COMO LINEAMIENTOS DE LA REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA EN ECUADOR

BIOETHICAL PRINCIPLES AS GUIDELINES FOR MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION IN ECUADOR

PRINCÍPIOS BIOÉTICOS COMO LINHAS DA REPRODUÇÃO MÉDICA ASSISTIDA NO ECUADOR

*Claudia Patricia Orellana Robalino**

Recibido: 02/IX/2021

Aprobado: 10/XII/2021

Resumen

Los avances tecnocientíficos del siglo XXI en el ámbito de la salud reproductiva influyen en el derecho. Así pues, es indispensable una regulación en base a un marco de principios bioéticos, cuyo objetivo es orientar la conducta médico-científica hacia la humanización de los servicios de salud. En Ecuador, los principios bioéticos se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, existe poco desarrollo sobre qué son, cómo aplicarlos y sus límites, además falta investigación sobre el Bioderecho. Como consecuencia, existe una carencia de regulación de temas biomédicos y biotecnológicos, entre ellos la reproducción médicamente asistida (RMA). La propuesta del presente ensayo es visibilizar la necesidad de regular la reproducción médicamente asistida (RMA) en un marco de principios bioéticos.

Palabras clave: Bioderecho; Bioética; Derechos reproductivos; Reproducción médicamente asistida; Derecho a la salud

Abstract

The scientific and technological progress in reproductive health during the XXI century, has influenced in law systems. Consequently, regulations based on bioethical principles is needed. The main objective is to guide medical and scientific conducts towards humanization of health services. In Ecuador, bioethical principles are part of its legal system. Despite their recognition, there is little development about what they are, how to apply them and their limits, coupled

with a lack bio-law and bioethics research. In that sense, an absence of biomedical and biotechnology regulations, including assisted human reproduction is noticeable. The purpose of this essay is to make visible the need to regulate, throughout a bioethical framework, medically assisted human reproduction.

Key words: Biolaw; Bioethics; Reproductive rights; Assisted human reproduction; Right to health

Resumo

Os avanços tecno-científicos do século XXI no âmbito da saúde reprodutiva influem no direito. Assim, pois, é indispensável uma regulação com base em um marco de princípios bioéticos, cujo objetivo é orientar a conduta médico-científica à humanização dos serviços de saúde. No Equador, os princípios bioéticos se encontram reconhecidos no ordenamento jurídico. Sem embargo, existe pouco desenvolvimento sobre o que são, como aplicá-los e seus limites, além disso, falta pesquisa sobre o biodireito. Como consequência, existe uma carência de regulamentação de temáticas biomédicas e biotecnológicas, entre elas a reprodução medicamente assistida (RMA). A proposta do presente ensaio é viabilizar a necessidade de regulamentar a reprodução medicamente assistida (RMA) em um marco de princípios bioéticos.

Palavras chave: Biodireito; Bioética; Direitos reprodutivos; Reprodução medicamente assistida; Direito à saúde

* Claudia Orellana Robalino es abogada por la Universidad de las Américas, especialista en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, Summer Institute Yale Interdisciplinary Center for Bioethics, y tiene un diplomado en Bioética, Salud y Bioderecho por la Universidad Autónoma de México. Correo electrónico: claudia.orellana@udla.edu.ec

Siglas y abreviaturas

CCE:	Código Civil del Ecuador	OMS:	Organización Mundial de la Salud
CIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos	RMA:	Reproducción Médicamente Asistida
CIPD:	Conferencia internacional sobre población y desarrollo	SNS:	Sistema Nacional de Salud
LGBTI:	Lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales	TRA:	Técnicas de reproducción médicamente asistida

INTRODUCCIÓN

En Ecuador la reproducción médicamente asistida (RMA) se practica desde 1980. Dos son los centros de salud precursores: INNAIFEST en Guayaquil y CEMEFES en Quito (Arroyo 2015), que son los responsables de los primeros nacimientos en Ecuador por RMA, y de la prestación de técnicas de reproducción médicamente asistida (TRA) como la donación, crioconservación y transferencia de gametos y embriones. Según las estadísticas realizadas durante el periodo de 1999 a 2011 por la Red Latinoamericana de Reproducción Médica Asistida, hubo 1191 nacimientos de ecuatorianos por RMA. Lamentablemente, al momento de realizar la estadística, apenas dos centros se encontraban registrados, mientras que en la actualidad existen ocho. En el año 2017 se registraron 1406 casos de TRA (Zegers et al. 2017, 2). Dada la importancia de estas prácticas médicas, el Derecho debería intervenir en su regulación, ya que la RMA produce hechos y actos jurídicos que deberían ser analizados y regulados; por ejemplo, en las instituciones del Derecho de familia de la filiación, paternidad, maternidad y derechos sucesorios, y en la aplicación de derechos y principios constitucionales, entre ellos los principios bioéticos reconocidos en los artículos 32 y 358 de la Constitución de la República del Ecuador¹, y en la Ley Orgánica de Salud (arts. 6, 86, 201, 207, 208 y 210). Además, se necesita la participación de actores de la sociedad, como legisladores, médicos, organizaciones de derechos humanos y representantes de las mujeres (Bertelli et al. 2019, 58-61), con el fin de evitar abusos relacionados a las TRA, tales como explotación de personas vulnerables en base a su clase social, la

intervención médica excesiva y las fallas en el cuidado posterior a la aplicación de TRA (Hodson y Bewley 2019, 170-7).

El ensayo propone visibilizar y desarrollar los principios bioéticos como fundamento deontológico jurídico para la RMA, ya que una futura ley sobre RMA debería estar enmarcada en aquellos, para evitar que sean relegados a la subjetividad de criterios de actores del sector público y privado sin supervisión. Así mismo, en los países donde se encuentra regulada la RMA, como Inglaterra, Alemania, Australia, Canadá y Argentina, se han incorporado diferentes valores sociales y coinciden en principios bioéticos básicos (Kooli 2020). Se debe tomar en cuenta que el desconocimiento e inaplicación de principios bioéticos vulnera derechos no solo humanos sino también reproductivos, tales como el derecho a la salud, a formar una familia y a la libertad personal (CIDH 2012, 100); y también atenta contra principios como la dignidad humana y el interés superior del niño, reconocidos en la Constitución del Ecuador y en instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

Uno de los casos emblemáticos en Ecuador, que demuestra la influencia del fenómeno de la RMA sobre el Derecho, es el caso de Satya, que fue concebida por sus madres mediante TRA. Sus madres intentaron inscribir a Satya en el Registro Civil de Quito, solicitud que fue negada. Por este motivo se inició una acción de protección, que fue rechazada, dando lugar a la presentación de una acción extraordinaria de protección

1 Art. 32.- "La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional".
 "Art. 358.- El sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural. El sistema se guiará por los principios generales del sistema nacional de inclusión y equidad social, y por los de bioética, suficiencia e interculturalidad, con enfoque de género y generacional."

que fue admitida por la Corte Constitucional. Esta determinó la vulneración de los derechos constitucionales a la igualdad formal, material y no discriminación, a formar una familia, identidad, tutela judicial efectiva, debido proceso, y del principio de interés superior del niño (sentencia N.º 184-18-SEP- CC, 100).

Este caso demuestra la falta de tutela de derechos constitucionales por parte de algunos jueces de primera instancia, que incluye la aplicación de principios constitucionales (sentencia N.º 184-18-SEP-CC, 53), entre ellos los principios bioéticos. Además del incumplimiento de la sentencia, la Corte indicó que es obligación del poder legislativo regular la RMA (sentencia N.º 184-18-SEP-CC, 53), y puso al bioderecho como modelo y enfoque legal para regular prácticas biomédicas como la RMA (Brena 2020).

Los antecedentes expuestos sustentan el propósito principal del presente ensayo, que consiste en visibilizar y desarrollar el tema de los principios bioéticos aplicables al ámbito de la RMA, establecer su alcance, aplicación y finalidad, que es orientar la conducta de los sujetos partícipes hacia la humanización de los servicios de salud (Carlosama et al. 2019), y ser la base de la regulación de los servicios de RMA, de forma que brinden seguridad jurídica. El ensayo está compuesto de tres argumentos: desarrollo de los principios bioéticos como lineamientos, la RMA y su relación con el ejercicio de los derechos reproductivos, y la influencia de la RMA en las instituciones del derecho de familia en Ecuador.

Se utiliza el método de investigación axiológico para enriquecer el análisis de los principios bioéticos y de derechos humanos reconocidos en diferentes instrumentos internacionales y la Constitución de la República del Ecuador. También se examina la doctrina jurídica, ensayos académicos, literatura científica especializada en TRA, lineamientos de organismos mundiales y legislación comparada. Por último, con el método sistemático se analizan algunas instituciones del derecho de familia y cómo se ven influenciadas por la RMA; y, finalmente, se revisan aquellas sentencias

de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana que se hallan vinculadas al tema.

1. Principios bioéticos como lineamientos del marco de regulación de la RMA

Existen varios hitos históricos en el desarrollo mundial de la bioética que constituyen las bases de la ética médica y de la investigación clínica moderna, tales como el Código de Núremberg, desarrollado durante los juicios a los médicos del régimen Nazi, y la Declaración de Helsinki, promulgada por la Asociación Médica Mundial en 1964 y revisada varias veces (Tolchin et al. 2020, 661-9). El informe Belmont, publicado en 1979 por el gobierno federal de Estados Unidos², constituye el referente principalista para lidiar con dilemas bioéticos, siendo este enfoque aceptado por la mayoría de sistemas nacionales de salud (Quintero 2018, 195-208). El informe Warnock, de 1984, publicado por el gobierno de Inglaterra³, discute de manera interdisciplinaria las RMA y establece la implantación del embrión como momento de la concepción, y lo reconoce como una célula humana en potencia aunque no le reconoce el estatus legal y moral que detenta un ser humano; Por ello, permite experimentación científica con el embrión hasta 2 semanas antes de su implantación con limitaciones. Esta regla de los 14 días ha sido debatida por aquellos investigadores y médicos que consideran que no es aplicable a los embriones sintéticos, de forma que habría necesidad de reevaluar el estatus moral del embrión (Hostiuc et al. 2019, 118-22).

La Convención de Oviedo para la protección de los derechos humanos es vinculante para la Comunidad Europea y tiene como objetivo garantizar los derechos y libertades humanas a través de principios y prohibiciones contra el uso indebido de los avances biomédicos y biotecnológicos (Camargo Rubio 2021). La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (2005) plantea como principios rectores la dignidad de la persona, los derechos humanos, la autonomía, la justicia, la equidad, el respeto a la vulnerabilidad humana, la diversidad y el pluralismo,

² Disponible en: <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/read-the-belmont-report/index.html>

³ Disponible en: <https://www.hfea.gov.uk/media/2608/warnock-report-of-the-committee-of-inquiry-into-human-fertilisation-and-embryology-1984.pdf>

la responsabilidad social y la salud, entre otros. Este marco bioético tiene como principal finalidad delimitar los servicios de salud, entre ellos los servicios de salud reproductiva, los tratamientos médicos y la investigación científica, apuntando hacia la humanización; principios bioéticos que se consideran los pilares del bioderecho (la disciplina reguladora de los fenómenos que afectan a la vida) y se sustentan en una base axiológica. Así pues, la bioética y sus principios impregnan la actividad jurídica nacional e internacional que regula los temas bioéticos (Brena 2020, 181-99). Seguimos ahora con el análisis de los principios bioéticos fundamentales y su relación con la RMA.

El respeto a la autonomía consiste en el respeto a la voluntad personal al momento de adoptar decisiones sobre la salud, cuando se accede a un tratamiento y procedimiento como los de RMA. El principio de autonomía contiene la obligación negativa de no interferir en las decisiones de una persona, por manipulación o por coerción, así como la obligación positiva de brindar la información suficiente para la deliberación y decisión (Beauchamp y Childress 2019, 105). La Unión Europea considera que el principio de vulnerabilidad forma parte del de autonomía, ya que la finitud del ser humano amenaza a su autonomía, de suerte que obliga a considerar con mayor cuidado a las poblaciones vulnerables, países en desarrollo y comunidades indígenas (Valdez Fernández et al. 2021).

El consentimiento informado es una manera de aplicar el principio de autonomía, porque otorga al paciente las herramientas necesarias para su deliberación (Quintero 2018). Más allá de un documento con efectos jurídicos, constituye un proceso de comunicación médico-paciente, que es esencial para realizar intervenciones médicas como las TRA. Su mayor beneficio es garantizar la libertad de decisión e informar constantemente al paciente sobre los riesgos, beneficios, alternativas y efectos de un tratamiento médico.

Los requisitos mínimos del consentimiento informado son la voluntad y la capacidad legal de quien lo otorga; pero en el caso de los seres humanos incapaces

(absolutos o relativos), se debe demostrar médica y jurídicamente su incapacidad y solicitar el consentimiento a su representante legal, de forma que se trata de información y comprensión (CIOMS y OPS 2017). Las características básicas del consentimiento informado son expresas para quien recibe directamente el tratamiento; debe hacerse por escrito para que no exista duda alguna sobre su contenido, previamente al tratamiento; debe ser continuo: se debe entregar paulatinamente la información conforme se suceden las diferentes etapas del tratamiento; y debe ser revocable, sin que exista ninguna penalidad o sanción en contra del paciente (Orellana 2018, 67-8). El caso argentino sobre medidas precautelares, P. A. c. S., A., sobre la posibilidad de implantación de embriones a una mujer separada de hecho de su pareja masculina, que rechazaba ese tratamiento, ya que, en el consentimiento informado de común acuerdo se permitía el uso de los embriones únicamente mientras ambos lo decidieran, demostró la importancia de dicho consentimiento en las TRA. En efecto, en la sentencia final de este caso se decidió la imposibilidad de implantación de los embriones, en base a la doctrina de los propios actos, que impide a una persona contradecirse de sus actos anteriores deliberados y jurídicamente relevantes (Barros 2021, 14-37).

Además, este veredicto es una manera de garantizar el ejercicio al derecho de la libertad personal, que es el derecho de cada persona a decidir y obrar libremente, a través del uso de la razón y la conciencia, pero siempre en respeto de la libertad del otro. La libertad personal constituye, en estos casos, la capacidad para los usuarios de la RMA de decidir sobre su salud reproductiva y planificación familiar, y la libertad científica de los médicos⁴ de proponer qué tratamiento es el más adecuado conforme a las necesidades de cada paciente.

2. Principio de no maleficencia

Este principio se basa en la regla principal de no dañar; es decir que implica una obligación de no actuar. Este principio es explicado en base al concepto de daño, que

⁴ El derecho a la libertad científica se reconoce en el art. 2 de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos.

no siempre es injustificado o malo en sí mismo⁵, ya que en los procedimientos médicos se debe determinar qué ocasiona dolor y, en su realización, se puede exponer al paciente a daños leves, por ejemplo al realizar ciertos exámenes médicos, o daños moderados y severos, como extracciones o cirugías necesarias para evitar un riesgo o daño mayor. La aplicación de este principio en casos concretos puede entrar en conflicto con otros principios como los de beneficencia, justicia, dignidad humana y autonomía; ya que, en algunos casos, se aplica como justificador del grado de afectación o no satisfacción de otro principio. Por lo tanto, es vital ponderar el principio de no maleficencia con los otros principios (Beauchamp y Childress 2019, 158), para establecer hasta qué punto se justifica causar cierto daño para obtener beneficios, a sabiendas de los riesgos implícitos, o cuándo se debe renunciar a estos beneficios a causa de riesgos severos (Vaughn 2020, 10).

La TRA de recepción de ovocitos de la pareja (ROPA) permite a las parejas lesbianas compartir la maternidad biológica; se realiza estimulando con fármacos la producción de ovocitos, para luego extraerlos del o de los óvulos y proceder a la fecundación in vitro, y finalmente hacer el traslado al cuerpo de la otra mujer (Saus Ortega 2018). Es un procedimiento que ocasiona un daño leve en comparación con los beneficios que se brindan a las parejas homoparentales de ejercer su voluntad procreacional y maternidad genética. El principio de no maleficencia permite establecer la existencia o no de la mala práctica médica que puede ser intencional, es decir dolosa, o no intencional, cuando se da por descuido o negligencia, imprudencia, impericia, y eventualmente con existencia de culpa (Morales y Marieta 2021, 256-65). En el ámbito legal deriva en responsabilidades penales, civiles, laborales y administrativas para los médicos, auxiliares y establecimientos de salud, públicos o privados.

3. Principio de beneficencia

Este principio se refiere a promover el mayor beneficio para los usuarios de los servicios de RMA y se

compone de dos principios subsidiarios: el de beneficencia positiva y el de utilidad. La beneficencia positiva tiene un conjunto de reglas *prima facie* que obligan a actuar benéficamente a favor de otros⁶, a promover el bienestar de otros y a eliminar los daños ya existentes (Vaughn 2020, 10). Mientras que la utilidad es desarrollada por Beauchamp y Childress como la proporcionalidad en una relación costo-beneficio, en la que se aumentan los beneficios y se reducen los posibles daños (2019, 217). La utilidad tiene un rol importante al momento de crear políticas públicas y normas que regulan los sistemas nacionales de salud, ya que los recursos son limitados y las necesidades abundantes. Según el enfoque de responsabilidad por la razonabilidad de Daniels, para satisfacer las necesidades de salud de manera justa, debemos confiar en la justicia procesal; es decir que debe existir un proceso transparente, basado en razones relevantes, así como en la posibilidad de apelación, que es exigible (Daniels 2018, 42-3).

En la relación médico-paciente se aplica la beneficencia específica, que establece obligaciones para el personal de salud, pero que son de beneficencia en favor del paciente. Una forma de aplicación del principio de beneficencia radica en contar con asistencia psicológica en los centros de RMA durante todo el proceso del tratamiento, para que, antes, durante y después de este, se guíe a los usuarios del servicio de salud de RMA con el objetivo de asistirlos en su salud mental (Malina y Pooley 2017, 554-8). Este se vincula con el derecho a la integridad personal, que implica el bienestar físico, psíquico y moral, ya que las TRA afectan esas dimensiones.

4. Principio de justicia

Este principio hace énfasis en la no discriminación o desigualdad, por razones de etnia, raza, género, orientación sexual, sexo, etc., en contra de los usuarios del servicio de salud de RMA (Declaración de bioética y derechos humanos de 2005). Según la teoría de las capacidades que Amartya Sen establece, es

⁵ Para Beauchamp y Childress, el concepto de daño no implica siempre una violación de derechos humanos (wronging), ya que podría existir daño por circunstancias ajenas a la persona o terceros, como desastres naturales o fuerza mayor, caso fortuito, e incluso daños consentidos por la persona (2019, 158).

⁶ Estas reglas *prima facie* son: "Proteger y defender los derechos de otros, prevenir los daños que podrían ocurrir a otros, eliminar condiciones que podrían dañar a terceros, ayudar a las personas con discapacidad, y rescatar personas en peligro" (2019, 218).

vital fomentar en cada quien aquellas que le permiten florecer conforme a sus deseos y valores. Para conseguirlo, es indispensable aumentar las capacidades y reducir las inequidades (Sen 2009, 231-3). Por su lado, Martha Nussbaum desarrolla una teoría de justicia social basada en capacidades, pero con un enfoque acerca de los requisitos mínimos que deberían constar en toda Constitución para garantizar la dignidad y el desarrollo de las capacidades, a más de los principios y derechos humanos. En su teoría hace énfasis en diez capacidades humanas centrales que son consideradas derechos humanos y que requieren el soporte afirmativo del Estado para su preservación⁷, entre las cuales consta la integridad corporal, que incluye la salud reproductiva y la capacidad de elección en temas reproductivos (Nussbaum 2011). La teoría de justicia de Nussbaum es relevante para la RMA, ya que reconoce los derechos reproductivos de salud y libertad como requisitos mínimos para que las personas prosperen, además de establecer la obligación positiva que tienen el Estado y la sociedad de garantizarlos. El reconocimiento de la justicia social como principio exige considerar la vulnerabilidad y sus dimensiones interseccionales para respaldar las políticas públicas relativas a las prioridades en la atención médica y la salud pública (Dukhanin et al. 2018, 27-35).

El principio de justicia social exige el acceso a la RMA a la comunidad LGBTI, porque existe evidencia de discriminación reproductiva en contra de parejas homoparentales, quedando su atención a criterio de las clínicas (Saus Ortega 2018). Tal situación se evidencia en los informes regionales y nacionales sobre discriminación en contra de las personas LGBTI⁸, situación que ocasiona la violación de sus derechos fundamentales de libertad personal, derecho a formar una familia, derechos reproductivos, derecho al acceso a la salud y libertad de pensamiento. Es por ello que en algunas legislaciones sobre RMA se ha eliminado el requisito discriminatorio de acceso únicamente a parejas heterosexuales⁹.

El principio de justicia tiene como objetivo promover la no discriminación y los posibles abusos, por lo tanto, se aceptan ciertas distinciones aplicables en la RMA que no son consideradas tratos discriminatorios. Por ejemplo: exigir la mayoría de edad o capacidad civil de obrar para acceder a las RMA y ser donante, permitir únicamente la donación de gametos a personas que no tengan enfermedades hereditarias que puedan transmitirse genéticamente para preservar el derecho de los usuarios de RMA, o establecer un rango máximo de edad para la extracción de gametos¹⁰.

QUÉ ES LA REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA Y CÓMO PERMITE EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

La Organización Mundial de la Salud define a la reproducción médicamente asistida como “reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante” (OMS

2010). El glosario de la OMS también define a las TRA como “tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Este [documento] incluye, [... entre otros asuntos,] la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de

7 “So, the central capabilities are closely related to rights; like rights they include the idea of entitlement. But rights can be understood in a thin and negative way: rights are preserved so long as the government keeps its hands off. Capabilities, by contrast, are positive: they require affirmative government support for their creation and preservation” (Nussbaum 2011, 7).

8 Ver el informe de 2015 realizado por la Corte IDH titulado “Violencia en contra de las personas LGBTI”, y el informe nacional sobre condiciones de vida, inclusión social y cumplimiento de derechos humanos en la población LGBTI en Ecuador del 2012 realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC).

9 En el caso de Francia, por ejemplo, la ley N.º 2021-1017, relativa a la bioética, eliminó el requisito de acceso a la RMA que excluía a las parejas no heterosexuales, de forma que permitió el acceso a cualquier pareja independiente de su orientación sexual y a las mujeres solteras. Ver: Dossier Législatif: LOI N.º 2021-1017, de 2-VIII-2021.

10 Estas distinciones se pueden observar en varias de las leyes a nivel mundial sobre RMA, como por ejemplo la *Human Fertilization and Embriology Act*, de 2008, en Inglaterra; la Ley 14/2006, en España; y la ley 26.862, en Argentina.

gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. La TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) [que no utilice] espermatozoides ni de la pareja ni de un donante” (Ibíd.). Estas definiciones son importantes al momento de regular la RMA.

El mayor beneficio de la RMA es que permite el ejercicio de los derechos reproductivos, que son definidos por primera vez en la CIPD organizada por la Organización de las Naciones Unidas en 1994, y que son la libertad reproductiva y la salud reproductiva¹¹. Más tarde, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, en sus párrafos 94 y 95, utiliza como referencia las definiciones de la CIPD, pero las orienta hacia las necesidades de las mujeres, por las condiciones de discriminación, de inequidad y por el rol reproductivo asignado que recae y afecta desproporcionadamente a las mujeres. La Declaración se fundamenta en los derechos humanos y se centra en visibilizar la necesidad de los derechos reproductivos más allá de la necesidad de controlar la fertilidad de las mujeres como parte de una agenda demográfica (Gruskin et al. 2019, 29-40).

La sentencia de la CIDH en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, del 2012, demostró la violación de los derechos reproductivos. Su antecedente es la prohibición en Costa Rica de la RMA, tras la sentencia de la Corte Constitucional de ese país, la cual consideró que el uso de las TRA viola el derecho a la vida de los embriones, porque no se garantiza su viabilidad al ser crioconservados ni al ser transferidos a la madre. La sentencia de la CIDH declaró a Costa Rica responsable por vulnerar los derechos fundamentales a la vida privada, familiar y a la integridad personal en relación con la autonomía personal, los derechos reproductivos, el derecho a gozar del progreso científico y la no discriminación (CIDH 2012, 44-50).

Los mayores aportes de la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* se detallan a continuación. 1) Determina la relación de los derechos reproductivos con otros derechos fundamentales como aquellos referentes a formar una familia, a la salud, a la libertad, a la vida privada, a la integridad personal y a gozar de los avances científicos (Ibíd., 44). 2) Determina que la protección del embrión no es absoluta, porque su existencia es una mera expectativa, por lo que “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión” (Ibíd., 69). 3) Considera la teoría de la implantación como inicio de la vida humana o concepción, porque la evidencia científica demuestra que existen dos etapas del desarrollo embrionario, la de fertilización y la de implantación; pues si el cigoto no se implanta en el útero de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas: “el Tribunal entiende el término concepción desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana” (Ibíd., 61). 4) Señala que la severidad de la injerencia por parte del Estado en la vida privada y familiar fue grave, porque vulneró sus respectivos derechos fundamentales, ya que la decisión sobre su reproducción fue arrebatada por el Estado, de modo que afectó al desarrollo de su personalidad y a la planificación familiar: “La Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico” (Ibíd., 45). 6) Determina que el Estado de Costa Rica incumplió con el derecho a la no discriminación, porque la prohibición de la RMA tuvo efectos discriminatorios, ya que la fecundación *in vitro* es una de las TRA que se utiliza cuando las demás han fallado; y se afectó a la integridad psicológica de las parejas involucradas, porque, al negarles la posibilidad de acceder al procedimiento, se les impidió desplegar su libertad reproductiva (CIDH 2012, 88).

11 La CIPD define estos dos derechos reproductivos. 1) Libertad reproductiva: de decidir, cuándo, cómo, dónde, con quién y por qué medios reproducirse. Este derecho implica el acceso a la información sobre reproducción y la planificación de la familia a su elección. 2) Salud reproductiva: como estado general de bienestar físico, mental y social relacionado al sistema reproductivo, funciones y procesos; Es la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria sin riesgos y de procrear; Es el derecho a recibir servicios de salud reproductiva para enfermedades del aparato reproductivo, información sobre métodos de fecundidad y planificación familiar; Es el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y bienestar reproductivo, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva (1994, 38).

La sentencia de la CIDH sobre el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* demuestra la estrecha relación entre la RMA y los derechos fundamentales relativos a formar una familia, a la salud, derechos reproductivos, a la vida privada y familiar, al desarrollo de la personalidad, entre los más importantes. Manifiesta así mismo

la necesidad de definir términos vinculantes a la RMA tales como ser humano, persona, concepción, y, lo más importante, sienta un precedente sobre el inicio de la vida humana o concepción a partir de la implantación, precedente que es vinculante para los países que han ratificado la Convención Americana, entre ellos Ecuador.

INFLUENCIA DE LA RMA EN LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO DE FAMILIA EN ECUADOR

La RMA como fenómeno influye en varias ramas del Derecho. El tema se analiza en el Derecho de familia y sus instituciones de filiación, paternidad, maternidad y los derechos sucesorios de los posibles hijos, es decir de los embriones pre implantatorios criopreservados¹², ya que los efectos jurídicos de determinar la filiación influyen en el derecho a la identidad o a los alimentos, en los sucesorios y en el derecho al origen genético, que se vinculan con el interés superior de la infancia. Por lo tanto, es sustancial visibilizar la necesidad de regular la RMA en base a políticas de reconocimiento que incluyan la diversidad familiar (Marshall 2018).

1. Sobre la filiación

Se trata del primer grado de parentesco, que determina la relación directa entre padres e hijos para establecer sus derechos y obligaciones. El Código Civil del Ecuador, en su art. 24, regula las formas para determinar la filiación: a) hijos nacidos dentro del matrimonio o unión de hecho para parejas monógamas; b) reconocimiento voluntario, que debe ser además expreso, personal, irrevocable, incondicional y solemne; c) declaratoria judicial, en la que se debe demostrar el vínculo biológico.

Esta institución del derecho de familia se ve afectada por la RMA, puesto que el posible hijo podría compartir vínculo biológico: 1) con ambos progenitores, caso en el que no habría problema para la declaratoria

de paternidad y maternidad; 2) con uno solo de ellos, por existir la donación de un gameto por un tercero; 3) con ninguno, debido a la mezcla de dos gametos o un embrión pre implantatorio, donados. Es más, la existencia de la maternidad y el útero subrogados demuestran que el criterio de filiación por vínculo biológico o parto es insuficiente.

Así pues, se debe reformar el art. 24 del Código Civil, de forma que se permita el reconocimiento de hijos nacidos dentro del matrimonio o unión de hecho de parejas homoparentales, independientemente de si nacieron por reproducción humana natural o RMA. Además, se puede atribuir la maternidad y paternidad a los hijos nacidos por RMA a través del reconocimiento voluntario, pero se considera indispensable incluir la figura de la filiación por RMA. La Corte Constitucional, en el fallo histórico del caso *Satya*, reconoció por primera vez los hijos nacidos por TRA de parejas homoparentales, y señaló la obligatoriedad de la función legislativa de regular la RMA, en el plazo no mayor a un año desde la fecha de expedición de la sentencia, en consonancia con los preceptos Constitucionales, ya que la ausencia de norma afecta a derechos personales y familiares (sentencia N.º 184-18-SEP- CC, 92).

2. Maternidad y gestación subrogada

En el lenguaje coloquial se confunden los términos “maternidad” y “gestación subrogada”; sin embargo,

¹² Los embriones pre-implantatorios son aquellos que no se han implantado en el útero de la mujer; corresponde a una de las fases del desarrollo embrionario. Los avances científicos y tecnológicos en medicina han demostrado que el desarrollo embrionario está compuesto de varias fases: la primera es la fecundación o unión entre óvulo y espermatozoide, la segunda es la fase de la implantación, que sucede en alrededor de 14 días después de la fecundación, cuando el embrión se implanta en el útero de la mujer tras una serie de reacciones químicas a nivel molecular (CIDH 2012, 60).

la literatura científica, la doctrina jurídica y las legislaciones de algunos países, como Inglaterra, Canadá, Australia, Dinamarca, Portugal y Sudáfrica, que han regulado este tema, realizan una distinción de estos conceptos y tipos de maternidad:

1. Maternidad por parto: la madre es la mujer que gesta y pare, de modo que se presume adscribe claramente el vínculo biológico; pero, con la gestación subrogada como TRA reconocida por la OMS, el criterio de maternidad por parto es insuficiente.
2. Maternidad subrogada: la madre gestante dona el óvulo y lo gesta, es decir que existe vínculo biológico; sin embargo, ella decide conceder el hijo a quienes pidieron gestarlo (Brena 2012, 141).
3. Gestación subrogada: no hay vínculo biológico entre la mujer que gesta y el embrión, pues ella solo gesta; es decir que recibió un embrión pre-implantatorio y este puede compartir vínculo biológico con quienes solicitaron la gestación, con uno sólo de sus progenitores que dio su gameto y fue mezclado con otro donado, o con ninguno porque existió la donación de un embrión pre-implantatorio (OMS 2010).
4. Gestación subrogada altruista o sin ánimo de lucro: ha sido regulada en Inglaterra, Canadá, Australia, Dinamarca, Portugal y Sudáfrica, para evitar su versión mercantilista y proteger a las mujeres de la explotación, así como tratar de impedir la comercialización de infantes (Pérez Hernández 2018, 85-7). En Ecuador no hay ley que regule este tema; no obstante, es una práctica que se realiza, y el caso público del nacimiento de Maya Li-MIU en 2002 (Arroyo 2015, 30-4) demuestra que es necesario regularla para brindar seguridad jurídica y garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales a quienes optan por esta opción de RMA, a las madres gestantes y a los futuros hijos¹³.

3. Derechos sucesorios de los embriones pre-implantatorios: consideración de herederos dentro de un testamento

Los derechos sucesorios de los embriones pre-implantatorios son aquellos que devienen de una sucesión por causa de muerte -un modo de adquirir el dominio como consecuencia del fallecimiento de la persona-, la existencia de sucesores y un título que puede provenir de la ley o del testamento. El Código Civil del Ecuador establece que sí pueden ser herederos los embriones pre-implantatorios, a pesar de no haber nacido aún y de no ser considerados seres humanos o personas: “Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron” (art. 63). Además, el artículo 1005 dice que: “Si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, será también preciso que exista en el momento de cumplirse la condición”; y según el artículo 1495, “la condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho”. Así, existe suspensión de los derechos sucesorios hasta que suceda una condición en la que se disponga la existencia de embriones pre-implantatorios congelados o criopreservados, considerados como futuros posibles sucesores, siempre y cuando se estipule en el testamento que, una vez descongelados, implantados y nacidos, sean herederos. Se entiende que los derechos sucesorios de estos embriones pre-implantatorios no existen, a menos que nazcan; esa sería entonces una mera expectativa: esperar su nacimiento. Sin embargo, la condición suspensiva sería lo dispuesto en el testamento, es decir esperar la existencia de un sucesor nacido vivo a través del uso e implantación de los embriones congelados en un

13 Al regular la gestación subrogada se puede tomar como ejemplo la legislación de Inglaterra sobre el tema (*Surrogacy Act 1985*) que dispone requisitos obligatorios para que sea válida, tales como: I) Que exista un acuerdo por escrito, cuyo objeto es la gestación de un embrión de un tercero y su entrega; II) Que sea voluntario y no comercial, pero reconociendo la asistencia económica para garantizar el bienestar de la madre embarazada y post parto; III) La madre gestante jamás podrá compartir vínculo biológico para evitar una acción de impugnación de la maternidad. Al estar regulada la gestación subrogada, se brinda seguridad jurídica a los solicitantes y se garantiza el ejercicio de derechos fundamentales como el de formar una familia, así como los derechos reproductivos más importantes. Actualmente se discuten reformas a la *Surrogacy Act*, con el objetivo de mejorar el proceso de adquisición de la patria potestad de los hijos nacidos por gestación subrogada, ampliar el reconocimiento de estipendios económicos para las madres gestantes y establecer regulaciones más fuertes que garanticen no solo los derechos de las partes, sino también, y, sobre todo, el interés superior de los hijos (UK Surrogacy Law Commission, consultation paper N.º 244. 2019).

centro de RMA. Solo si se cumple esa condición serán herederos, y su plazo máximo de ejecución consiste en los 15 años subsiguientes a la apertura de la sucesión: “las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa, si existieren dichas personas antes de expirar los 15 años siguientes a la apertura de la sucesión” (art. 1005).

Si la condición suspensiva no se cumple, se entenderá que resultó fallida y no surtirá los efectos jurídicos previstos, como se prevé en el artículo 1498: “La

condición suspensiva que no se cumpliera en el lapso de 15 años se entenderá como fallida”.

La posibilidad de la sucesión de los embriones criopreservados se vincula con el fallecimiento del titular de los embriones. Por ejemplo, en legislaciones como las de Inglaterra, España y Argentina, la persona, antes de morir, puede estipular en su testamento a sus embriones pre-implantatorios, que si son implantados y nacen serán considerados hijos y, en consecuencia, podrán adquirir los derechos de identidad, alimentos, los sucesorios, etc.¹⁴.

CONCLUSIONES

1. La RMA y las TRA ocurren en Ecuador desde 1980 y tienen efectos jurídicos, sociales y científicos. No obstante, la falta de regulación sobre el tema genera inseguridad jurídica y vulneración tanto de los derechos humanos y reproductivos a formar una familia, igualdad y no discriminación, libertad personal, etc., como de los principios bioéticos de autonomía, beneficencia, no maleficencia, justicia y dignidad humana. En consecuencia, es vital promover el desarrollo y socialización de los principios bioéticos, y también la regulación y elaboración de políticas públicas sobre RMA y TRA. De esta forma se acataría lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia del caso Satya de 2018, que señaló la obligación del poder legislativo de regular las TRA, que aún es una deuda pendiente por parte de la Asamblea.
2. Los países que han regulado la RMA coinciden en los principios bioéticos fundamentales, así como en el marco axiológico de una ley cuyo fin es humanizar los servicios de salud reproductiva y orientar la conducta de los participantes, personal de salud y clínicas. En la práctica funcionan como argumentos jurídicos en sentencias de primera o segunda instancia, o como resoluciones de la Corte Constitucional, ya que están reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador y la Ley

Orgánica de Salud; y, por ende, son de aplicación directa e inmediata por parte de los jueces, quienes tutelan derechos y administran justicia. Lamentablemente, la carencia de una política pública nacional en bioética y la insuficiente socialización de los principios bioéticos se evidencian en la falta de motivación en la sentencia de primera instancia del caso Satya y en el poco interés de la Asamblea Nacional de regular sobre la RMA.

3. La sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica es un hito jurídico para los países miembros de la Organización de Estados Americanos, porque analiza por primera vez, de manera objetiva y científica, qué se entiende por concepción. También indica que el inicio de la vida humana se da a partir de la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer. Por ese motivo, la Corte prioriza los derechos de las mujeres y dictamina que el derecho a la vida del *nasciturus* no es absoluto.
4. La influencia de la RMA en las instituciones del Derecho de familia es una realidad, porque los efectos jurídicos de haber determinado la filiación influyen en derechos personales de los hijos como la identidad, alimentos, sucesorios, derecho al origen genético y en el derecho a tener una familia, que se vinculan con el principio del interés

14 Ver: ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, art. 9, España; Ley 26.862 de reproducción medicamente asistida, arts. 21-22, Argentina; HFE Act 2008, secciones 38-41, Inglaterra.

superior del niño. En consecuencia, es necesario incluir la figura de filiación por uso de TRA para

otorgar seguridad jurídica y evitar vulneraciones de los derechos humanos.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario socializar los principios bioéticos en el sector público, en especial en el sistema nacional de salud y la función judicial, incluyendo su aplicación y su relación con el ejercicio de los derechos humanos, en especial con los reproductivos; para así evitar la discriminación y el menoscabo ocasionado por su falta de conocimiento. Igualmente, en el sector de la educación, se debería promover cátedras de bioética y biojurídica para capacitar a los estudiantes interesados sobre este tema, que puede ser útil en ámbitos como la salud, el medio ambiente y la investigación científica con humanos, animales y plantas.
2. Antes de legislar sobre la RMA y las TRA, es indispensable debatir sobre la RMA de manera interdisciplinaria y con la participación de diversos representantes de la sociedad, para comprender cómo afecta a diferentes sectores. Además, se debe analizar de manera objetiva y científica el inicio de la vida humana, en base a los criterios de la sentencia de la CIDH sobre el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Y se deben establecer definiciones sobre concepción e implantación, y una clara diferenciación de las fases del desarrollo embrionario; factores que tendrán influencia en la determinación progresiva de los derechos del *nasciturus* y ayudarán a garantizar los derechos de las mujeres.
3. Se debe acatar lo dispuesto en la sentencia N.º 184-18-SEP-CC sobre el caso *Satya*, que resolvió en 2018 la obligación del poder legislativo de regular la RMA, en consonancia con los preceptos constitucionales, incluidos los principios bioéticos y derechos humanos. Es indispensable incluir en aquella ley los principios bioéticos como marco axiológico, establecer estándares de calidad para los centros de RMA, crear un registro público de información y estadísticas de las TRA utilizadas en Ecuador, de donantes, embriones criopreservados y de clínicas autorizadas. También hay que establecer sanciones en caso de incumplimiento, definir cuáles TRA están autorizadas y regular de manera específica la gestación subrogada altruista para evitar la mercantilización de las mujeres y su capacidad reproductiva.
4. Está pendiente analizar temas que no fueron tratados en el ensayo como: negligencia médica, responsabilidad jurídica de los prestadores de los servicios de RMA y TRA, relación contractual entre los beneficiarios y los centros de RMA, los derechos progresivos del *nasciturus*, las responsabilidades derivadas de la RMA. Además de aspectos relacionados con la manipulación genética de embriones -que incluyen alteraciones del genotipo-, del acuerdo legal sobre gestación subrogada, daños sufridos con motivo de la discriminación genética, responsabilidad por la revocación del consentimiento dado para la utilización de gametos o embriones, casos de bioterrorismo, así como de otros temas que también se relacionan de forma directa con la RMA y las TRA.

BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo, M. 2015. Cómo se regulará la reproducción asistida. *Revista Vistazo*, 1144: 30-4.
- Beauchamp, Tom y James Childress. 2019. *Principles of Biomedical Ethics* (8.a Ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Barros, P. 2021. “Análisis crítico de las THRA, crioconservación de embriones y mercado reproductivo, desde una mirada feminista, bioética jurídica y de derechos humanos”. En *Anuario de Bioética y Derechos Humanos*, dirigido por Eduardo Tinant, 14-37. Buenos Aires: Instituto Internacional de derechos humanos.
- Bertelli, M., Paolacci, S., Placidi, G., Scaccia, G., Chiurazzi, P., Fulcheri, E., Malacarne, D., Lichterman, B. y P. Petralia. 2019. “Combined use of medically assisted reproductive techniques: A new bioethical issue”. *Acta Biomed* 90 (Suppl 10): 58–61. DOI: 10.23750/abm.v90i10-S.8761
- Brena, Ingrid. 2012. *La gestación subrogada ¿Una nueva figura del derecho de familia?* México: UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/10.pdf>
- Brena, Ingrid. “El bioderecho en México: estado del arte y aplicaciones”. *Principia Iuris*, 2020, vol. 17, N.º 36: 181-99.
- Camargo Rubio, R.D. 2021. “Visión holística de la bioética en la pandemia COVID-19”. *Acta Colombiana de Cuidado Intensivo*. DOI: [org/10.1016/j.acci.2021.03.003](https://doi.org/10.1016/j.acci.2021.03.003).
- Carlosama, D. M., Villota, N. G., Benavides, V. K., Villalobos, F. H., Hernández, E. de L. y S. M. Matabanchoy. 2019. “Humanización de los servicios de salud en Iberoamérica: una revisión sistemática de la literatura”. *Persona y Bioética*, 23(2): 245–262. DOI: <https://doi.org/10.5294/pebi.2019.23.2.6>
- CIOMS y OPS. Ver: Consejo de organizaciones internacionales de las ciencias médicas y Organización Panamericana de la Salud. 2017. *Pautas éticas internacionales para la investigación biomédica en seres humanos*. https://cioms.ch/wp-content/uploads/2017/12/CIOMS-EthicalGuideline_SP_INTERIOR-FINAL.pdf.
- Daniels, N. 2018. “Some Remarks on Accountability for Reasonableness”. *The American Journal of Bioethics* 18(3): 42-3. DOI: 10.1080/15265161.2018.1427330. PMID: 29466134.
- Dukhanin, V., Searle, A., Zwerling, A., Dowdy, D.W., Taylor, H.A. y M.W. Merritt. 2018. “Integrating social justice concerns into economic evaluation for healthcare and public health: A systematic review”. *Social Science & Medicine*: 27-35. DOI: 10.1016/j.socscimed.2017.12.012.
- Gruskin, S., Yadav, V., Castellanos-Usigli, A., Khizanishvili, G. y E. Kismödi. 2019. “Sexual health, sexual rights and sexual pleasure: meaningfully engaging the perfect triangle”. *Sexual and Reproductive Health Matters*, 27(1): 29-40. DOI: <https://doi.org/10.1080/26410397.2019.1593787>
- Hodson, N. y S. Bewley. 2019. “Abuse in assisted reproductive technology: A systematic qualitative review and typology”. *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, vol. 238: 170-7. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ejogrb.2019.05.027>
- Hostiuc, S., Rusu, M.C., Negoii, I., Perlea, P., Dorobanțu, B. y E. Drima. 2019. “The Moral Status of Cerebral Organoids”. *Regenerative Therapy*, 10:118–122. DOI: 10.1016/j.reth.2019.02.003
- Kooli, C. 2020. “Review of assisted reproduction techniques, laws, and regulations in Muslim countries”. *Middle East Fertility Society Journal* 24(1): 8. DOI: <https://doi.org/10.1186/s43043-019-0011-0>

- Morales, M. y G. Marieta. 2021. "Conducta ética del profesional de enfermería en el cuidado directo al paciente hospitalizado: Revisión sistemática". *Archivos Venezolanos de Farmacología y Terapéutica* 40.3: 256-65. DOI: <http://DOI.org/10.5281/zenodo.5039424>
- Malina, a. y J. Pooley. 2017. "Psychological consequences of IVF fertilization – Review of research". *Annals of Agricultural and Environmental Medicine*, 24, N.º 4: 554-8. DOI:10.5604/12321966.1232085.
- Marshall, P. 2018. "Matrimonio entre personas del mismo sexo: una aproximación desde la política del reconocimiento". *Polis*, 49. DOI: URL: <http://journals.openedition.org/polis/15113>
- Nussbaum, Martha. 2011. *Creating capabilities: The human development approach*. Harvard: Harvard University Press.
- OMS. 2010. *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/
- Orellana, C. 2018. "Consentimiento informado en la prestación de servicios de salud". *Derecho Global, Estudios sobre derecho y justicia*. Año 3, N.º 9, julio-octubre: 57-80. DOI: <https://DOI.org/10.32870/dgedj.v0i9.166>
- Pérez Hernández, Y. 2018. "Gestación subrogada: una revisión etnográfica para contribuir al debate en México". *Debate feminista*, vol. 56: 85-109. DOI: <https://DOI.org/https://DOI.org/10.22201/cieg.2594066xe.2018.56.05>
- Potter, V. R. 1989. *Bioethics: bridge to the future* (8.a ed.). Washington D.C.: Akasha.
- Quintero, S. 2018. "Bioética Hermenéutica: Una Revisión Crítica Del Enfoque Principialista". *Bajo Palabra*, N.º18: 195–208. DOI:10.15366/BP2018.18.009
- Saus Ortega, C. 2018. "Shared biological maternity in lesbian couples. The 'in vitro' fertilization technique with the method of receiving oocytes from the couple (ROPA): a review of the literature". *Midwives Profession*, vol. 19 (2): 64-70.
- Sen, Amartya. 2009. *The Idea of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tolchin, B., Conwit, R., Epstein, L. y J. Russell. 2020. "Position Statement: Ethical Issues in Clinical Research in Neurology". *Neurology*, 94(15): 661-9. DOI: 10.1212/WNL.0000000000009241.
- Valdez Fernández, A. L., Fernández-Silva, C. A., Bittner Hofmann, C. X., & Mancilla Mancilla, C. R. 2021. "Aproximaciones al concepto de vulnerabilidad desde la bioética: una revisión integradora". *Persona y Bioética* 25(2), e2522. DOI: <https://DOI.org/10.5294/pebi.2021.25.2.2>
- Vaughn, L. 2020. *Bioethics: Principles, Issues and Cases*. New York: Oxford University Press.
- Zegers-Hochschild, F., Schwarze, J. E., Crosby, J., Musri, C. y M. T. Urbina. 2017. "Assisted Reproductive Techniques in Latin America: The Latin American Registry, 2014". *JBRA Assisted Reproduction*. Sep 1;21(3):164-75. DOI: 10.5935/1518-0557.20170034.

Normativa y jurisprudencia

- Código Civil del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 46 de 24-VI-2005.
- Constitución de la República del Ecuador. 2008. Registro Oficial 449 de 20-X-2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13-VII-2011.
- CIDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.
- Corte Constitucional. Sentencia N.º 184, 8-SEP-CC, 29 de mayo de 2018.

ONU. Ver: Organización de las Naciones Unidas.
Declaración universal de los Derechos Humanos.
10 de diciembre de 1948.

_____. Informe de la Conferencia Internacional sobre
la población y desarrollo. 13 de septiembre de
1994.

_____. Declaración y Plataforma de Acción de Beijín.
15 de septiembre de 1995.

Convención Americana sobre Derechos Humanos
(Pacto de Costa Rica). 22 de noviembre de 1969.

UNESCO. Ver: Organización de las Naciones Unidas
para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
Declaración Universal sobre Bioética y Derechos
Humanos. 19 de octubre de 2005.

RESEÑA

no de.

UMBRAL DE ÉPOCA

De Ilustración, románticas e idealistas

José María Ripalda*



*Santiago Zúñiga***

* José María Ripalda es Doctor en Filosofía por la Universidad Complutense de Madrid; continuó con sus estudios de Filosofía y Sociología entre 1968 y 1976, en Münster, Bochum y Berlín; entre 1975 y 1976 impartió clases sobre Hegel en la Freie Universität Berlin. Sus líneas de investigación son el Idealismo alemán y los estudios de la Modernidad.

** Santiago Zúñiga es licenciado, máster y doctor en Filosofía. Actualmente es profesor de Lógica y Filosofía del Derecho en la Universidad de las Américas, en Quito. Correo electrónico: Santiago.zuniga@udla.edu.ec

Umbral de época, libro publicado en el año 2021 por la Editorial Siglo XXI, tiene una extensión de 127 páginas. Este texto conjuga el interés por los acontecimientos de la historia, la filosofía y la literatura, e indaga sobre el devenir del pensamiento occidental europeo. La ocurrencia de estas páginas marcadas por su erudición, corresponde a la pregunta crítica que atraviesa a la obra en su conjunto: ¿Cuáles son las condiciones materiales que hacen posible la emergencia de la filosofía? De tal modo, aunque no de manera explícita, J.M. Ripalda expone aquí el advenimiento del Idealismo trascendental, el Romanticismo y la Ilustración; por lo tanto, según el autor, la realidad cambiante que debía ser interpretada y pensada de otro modo, no caló en el presupuesto del sujeto cartesiano “puro” y replegado de la máxima formal (“pienso, luego existo”). Así, a partir del inusual impulso inquisitivo de la época, cabe formular la inquietud que de un modo u otro anima gran parte del escrito: ¿Cómo, a partir de la agitación y el caos, advino la lucidez?

Este relato historiográfico sigue la senda de varios pensadores que dejaron una impronta hacia fines del siglo XVIII e inicios del XIX, no sólo al interior de los lindes de la lengua germana, sino más allá de las fronteras del tiempo. Figuras ineludibles de la literatura y la poesía como Goethe, Hölderlin, Novalis, acuciados por la crisis de una nobleza caduca y el porvenir de la burguesía; otros, íconos de la filosofía “universal”, como Kant, Fichte y Hegel, estuvieron marcados por la historia convulsa del Estado prusiano (1701-1918) y los embates que este recibió durante el período posterior a la Revolución Francesa y la invasión napoleónica. En ese sentido, la modernidad tardía aquí retratada, no solamente se afianzó a través de aquellas mentes reconocidas; el relato también menciona la oportuna intervención de otros personajes, menos conocidos pero cruciales a la hora de preservar el Estado prusiano, como por ejemplo la esposa del rey Karl August, quien en 1806 hizo frente al avasallante imperio napoleónico para pedir el cese del saqueo.

Asimismo, destaca el movimiento de la Ilustración promovido por Goethe, quien descolló a la par del conflicto que amenazó a la monarquía prusiana con su disolución. La nobleza, anquilosada en la gloriosa identidad de otros tiempos, se identificó con el

síntoma de su propia decadencia, a saber, la “hipocondría”, según J.M. Ripalda; así, dentro de aquel contexto revolucionario, la realeza proyectó su propio temor y prejuicio en la aparente “incapacidad” del vulgo, destinado a ocupar tarde o temprano el espacio de la alteza cultural. Mientras el reino huía de la “nación invasora” (es decir, de la Francia post-revolucionaria), el trabajo de intelectuales asociados al servicio de la nobleza buscó consolidar la construcción de una ficción nacional. En aquel ambiente de inestabilidad se vislumbró paradójicamente un constructo teórico potente, donde a partir de la filosofía se afianzaba progresivamente la máxima de una subjetividad libre; en ese sentido, la mención de la *Doctrina de las ciencias* de Fichte o la *Fenomenología del espíritu* de Hegel, se torna inevitable en aquella zona liminal donde la subjetividad especulativa toca el registro de lo divino: “El idealismo especulativo dota a la subjetividad de una forma teórica poderosa y convincente, mientras de algún modo pervive la escolástica y... el presentimiento divino.” (Ripalda 2021, 15). Así, el conflicto del sujeto, recreado incesantemente a decir de J. M. Ripalda, expuso la inadecuación entre la idea de progreso y la facticidad, allí donde no cabe una historia retratada de modo lineal.

Un segundo momento de la obra de J. M. Ripalda echa un lúcido vistazo sobre la crisis acaecida en la sociedad prusiana tras el abandono del presupuesto sobre la virtud nobiliaria: “La nobleza está debilitada económicamente y lo está también, como justificación normativa, la supuesta eficacia de su servicio al colectivo (de lo que es síntoma la misma deducción del monarca en el margen de la Filosofía del Derecho hegeliana)” (Ibíd., 44). En aquel contexto, a modo de reacción frente a la monarquía dirigente, en 1800, Fichte promueve una concepción particular del Contrato social en el “Estado comercial cerrado”, no sin cierto viso autoritario a partir del cual fuese posible, paradójicamente, concebir la libertad individualmente. En otras palabras, la reflexión filosófica se detiene a establecer una distinción fundamental entre la institución y lo instituido, y trata así de cuestionar la aparente potestad del sujeto sobre su propia libertad; si bien la diferencia entre el monarca/soberano y el súbdito entra en crisis, no es menos cierto que Fichte promueve al Estado como figura garantista de derechos. Bajo

un prisma distinto, Hegel cuestiona la diferencia entre ambos estamentos a partir de la ley: “el joven profesor Hegel les habla a sus alumnos de Jena de que la relación entre el señor y sirviente debe ser contractual, es decir de derecho” (Ibíd., 59). Esta crítica hegeliana se replica en 1805 con la *Fenomenología del espíritu*, al evocar la pareja siervo-esclavo como un momento primitivo dentro del devenir de la humanidad.

Un tercer momento, aunque discurre sobre la historia de tres íconos (Goethe, Hegel y Schelling), anuncia el singular apareamiento de Caroline Schlegel, sintomático de un cambio de época. A decir de J.M. Ripalda, Caroline Schlegel corresponde a la tensión emergente entre el atavismo de la institución matrimonial y la liberación de cierto estrato ilustrado de la sociedad prusiana: “Sin duda la Ilustración está generando cambios en una reducida clase literata y urbana (...). De todos modos, no es el matrimonio lo que está en cuestión, sino sus razones de conveniencia y sustento determinadas desde un patrimonio familiar, codificadas en rígidas normas de conducta y avaladas religiosa y civilmente” (Ibíd., 66). Caroline enviudó tras adoptar “su deber de mujer: parir hijos y cuidar de su hogar” (Ibíd., 63). Sin embargo, su identidad tomó un derrotero imprevisto a pesar de las restricciones vigentes; contagiada por el espíritu de la época, estuvo inmersa en un movimiento intelectual en principio reservado para los hombres de inicios del XIX: “La casa, bajo la batuta de la anfitriona Caroline es una agitación cotidiana de contacto personal, discusiones teóricas de todo lo humano y divino (...). Las mujeres con consideradas como escritoras y opinadoras en igualdad con los hombres, incluso se perfila un cierto ideal de androginia, al que el mismo Goethe no es ajeno” (Ibíd., 70).

Un ejemplo similar de la potencia intelectual liberada fue el de Johanna Schopenhauer, cuyo advenimiento, curiosamente, tampoco se hizo esperar tras el fallecimiento de su esposo. El quinto capítulo retoma así la singular historia de quien dejó momentáneamente una huella en la ciudad prusiana de Weimar, transida por el conflicto de una institución matrimonial antediluviana y la búsqueda del amor ideal: “Johanna hace tiempo que ha renunciado al amor. Su posterior obra literaria, estimada por Goethe, pero enseguida olvidada, tiene por tema esa renuncia, en sintonía con el Goethe tardío: un primer amor sería el único momento de felicidad en la vida, el matrimonio solo puede dar comodidad y sociabilidad” (Ibíd., 80).

A modo de epílogo, el capítulo evoca un evento de esta agitada historia, cuya impronta tiene su eco hasta el presente. En noviembre de 1841, Schelling, el mayor representante del Romanticismo, atrae a diversas figuras que de un modo u otro marcan el devenir de la filosofía. Acuden a su lección inaugural en la Universidad de Berlín Sören Kierkegaard y Friedrich Engels; cada uno introduce a su manera una crisis inestimable y transformadora en la historia de las ideas, el tipo de crisis que mantiene vivo a todo pensamiento.

Umbral de época corresponde a una categoría peculiar, entre historia novelada, ensayo filosófico y comentario erudito sobre una multiplicidad de acontecimientos; propone un relato sobre la incertidumbre del espíritu humano y su conmoción. Más allá de cualquier certeza aparente o norma sobre un destino a seguir, J. M. Ripalda retrata la discontinuidad y las rupturas de una historia que no se define a través de una supuesta fijación en el “ser”, sino que, al contrario, como todo devenir, encuentra su raíz en el mundo.

ENTREVISTA

no/da.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y PERSPECTIVA DE GÉNERO
El acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción
de una paz estable y duradera en Colombia

Entrevista a Isabel Jaramillo Sierra*

INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND GENDER PERSPECTIVE
The Final Settlement to End the Conflict and Build a Stable
and Lasting Peace in Colombia

Interview with Isabel Jaramillo Sierra

DEREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E PERSPECTIVA DE GÊNERO
O acordo final para o término do conflito e a construção da paz estável
e duradoura na Colômbia

Entrevista com Isabel Jaramillo Sierra

*Michelle Flores Martínez***

Entrevista realizada en diciembre de 2021, de forma virtual
Quito, Ecuador

* Isabel Jaramillo Sierra es abogada por la Universidad de los Andes (Cum Laude) y Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Harvard. Su trabajo académico se ha centrado en la reforma legal feminista: cómo se imagina y cómo se persigue. Sus libros sobre la reforma de la ley del aborto (con Tatiana Alfonso, *Mujeres, Cortes y Medios*, 2008) y la influencia del derecho de familia en la producción de familias, pobreza y exclusión (*Derecho y Familia en Colombia. Historias de Raza, Sexo y Propiedad, 1580-1990*, 2013) son reconocidos como contribuciones críticas al campo en América Latina. Ha sido consultora del gobierno colombiano en temas de derechos sexuales y reproductivos, y reforma institucional para la transición. En 2015 y 2017 se desempeñó como Magistrada *Ad hoc* ante la Corte Constitucional de Colombia y el Consejo de Estado. Fue nominada en 2017 a la Corte Constitucional de Colombia por el presidente Juan Manuel Santos. Correo electrónico: ijaramil@uniandes.edu.co

** Michelle Flores Martínez es abogada graduada de la Universidad de las Américas (2020). Fue semifinalista en el Concurso de Derecho Internacional Humanitario (2019) y su investigación de tesis se centró en la incorporación de la perspectiva de género en la normativa de DIH frente a los conflictos armados no internacionales, en el caso de Colombia. Correo electrónico: andream0896@gmail.com

MICHELLE FLORES MARTÍNEZ (MFM): Empecemos aclarando el concepto de género. ¿Podría explicarnos este concepto y su importancia en la construcción de las sociedades y de los roles sociales?

ISABEL JARAMILLO (IJ): El género es una categoría que se construye dentro de las Ciencias Sociales y en particular en la academia de los Estados Unidos con el propósito de describir una característica de las relaciones sociales en las sociedades contemporáneas.

Las científicas sociales intentaban describir la razón por la que hombres y mujeres resultaban teniendo distintas oportunidades, privilegios y/o cargas en las sociedades contemporáneas. Para esa descripción acuden a la idea del género y la utilizan para referirse a esta dimensión de las diferencias de oportunidades, privilegios y cargas que se distribuyen en la sociedad de acuerdo con el sexo.

Ahora, el concepto de género ha sido importante por dos razones: primero, porque ha focalizado la investigación en las relaciones sociales y no tanto en los aspectos biológicos que puedan estar unidos a algunas de las consecuencias ya mencionadas; y, segundo, porque visibilizó que en las relaciones sociales se afectan las relaciones tanto de hombres como de mujeres. Es decir, los hombres también tienen dimensiones culturales y en ese sentido tienen unas cargas, responsabilidades y privilegios dentro del sistema.

Revelar el género de los hombres nos sirve para mostrar que su propia actitud es construida y que su privilegio es el resultado de las interacciones sociales.

MFM: Pensando en su libro, *La crítica feminista al Derecho*, donde usa el género como categoría de análisis, ¿podría explicarnos cómo esta concepción ha afectado la producción de normas jurídicas y, por ende, el diseño de la realidad jurídico-social?

IJ: Uno podría decir que algunos creen que el Derecho está bien redactado, pero los que lo tienen que aplicar, lo aplican mal. Una segunda postura es que la norma jurídica ha sido creada por los hombres y refleja el punto de vista, las necesidades e intereses masculinos;

y dado que es así, el Derecho es parte de lo que contribuye a que los hombres continúen teniendo privilegios. Esas son dos maneras de pensar la realidad jurídico social.

Yo considero que hay veces que el problema es el diseño de la norma y otras en las que el problema es de aplicación de la misma.

Con eso podría decirte que las feministas tenemos distintas miradas hacia el Derecho: unas más escépticas y otras menos escépticas. Pero, ciertamente, estamos convencidas de que el derecho aún no es una herramienta para la emancipación de las mujeres.

MFM: ¿De qué manera una perspectiva jurídica puede complementar los planteamientos feministas en pro de una sociedad más justa? O, ¿cómo pueden contribuir el Derecho y el Derecho Internacional Humanitario (DIH) específicamente a la lucha de los movimientos feministas?

IJ: Pienso que hay dos preguntas que se han planteado las mujeres. Dado que lo que es femenino en las sociedades nos ha excluido del enfrentamiento armado de dos formas: primero nos ha invisibilizado, es decir, las mujeres que sí participan, nadie las toma en cuenta, como si no fueran mujeres. Pero nos han excluido también porque lo que es visible sobre cómo funciona la guerra y cómo se produce el daño es sobre la experiencia masculina. Entonces las preguntas frente a esto son: ¿dónde están las mujeres en esta descripción de los eventos de la guerra? Incluso si no estamos físicamente presentes, esa ausencia hay que explicarla. Y, la segunda es: ¿cuáles son las ideas sociales que hacen que estemos por fuera?

Hay algunas feministas que creen que lo primero que debería pasar es que las mujeres estemos físicamente presentes en todos esos espacios que son de la guerra y del uso de la fuerza, es decir, que los ejércitos deberían incluir el 50% a las mujeres, el 50% de la policía deberían ser mujeres. Eso tendría que llevarnos a imaginarnos el conflicto y los enfrentamientos de otra forma; si uno cree eso, su agenda de reforma legal sería diferente: una modernización de las Fuerzas Armadas, cambio del servicio militar obligatorio, etc.

La perspectiva de otras feministas es que lo que va a aportar el feminismo es el fin de la guerra, porque las mujeres no hacemos la guerra, no creemos en la guerra y no nos gusta la guerra. Eso llevaría a otra reforma legal, una reforma que hace cada vez más costosa la guerra.

En este sentido, se puede decir que la visión feminista ha aportado a la perspectiva jurídica y no al revés.

MFM: Colombia es el país con el conflicto armado más largo de la región. Esto ha hecho que sea necesario incorporar el Derecho Internacional Humanitario en el ordenamiento jurídico interno. ¿Qué herramientas se ha utilizado para hacerlo?

IJ: Aquí lo primero que es importante señalar es la medida en que el Derecho Internacional Humanitario se relaciona a conflictos entre Estados nacionales. Ya con la adopción de los protocolos más recientes, empieza a ser importante para los conflictos internos. Por mucho tiempo Colombia fue muy reacia a pensar en el Derecho Internacional Humanitario como aplicable internamente, porque eso hubiese querido decir que se reconocía como beligerantes a las guerrillas que estaban “retando” el poder del Estado. Por ende, reconocerlas como beligerantes sería reconocerlas como partes legítimas en un conflicto armado.

Sin embargo, eso cambia con la Constitución de 1991, y también cuando se suscribe el Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra. Entonces, al ratificarse a inicios de los años noventa el protocolo, se incorporó al derecho interno y sobre él hay una sentencia de la Corte Constitucional.

En el caso de los tratados de derechos humanos, como lo ha dicho la Corte y la propia Constitución, hacen parte del bloque de constitucionalidad y en ese sentido el tratado se convierte en una norma superior a la legislación que produce el Congreso y por lo tanto produce obligaciones internas de manera inmediata.

En el caso del Protocolo Adicional, en 1995 la Corte en la sentencia C-225-95 realizó la revisión automática y señaló dos cosas importantes. No solamente dijo que este protocolo pasaba a formar parte del bloque de

constitucionalidad, sino que señaló que, dado que este tratado recogía normas del *ius cogens*, se debía considerar de uso obligatorio incluso antes de 1995. En el contexto colombiano, esto es muy importante porque todo el tiempo, hasta los años noventa, el Derecho Internacional Humanitario no aplicaba en Colombia ya que “no teníamos un conflicto entre una fuerza beligerante y el Estado”; entonces, cuando la Corte menciona al *ius cogens*, se establece que a todo eso anterior también es aplicable el DIH. Ese es un elemento clave para lo que sucedía en el Derecho colombiano, así como esta aprobación de la Corte Constitucional colombiana de los protocolos adicionales a las convenciones de Ginebra y su afirmación de que se incorpore al Derecho interno de Colombia como norma del *ius cogens*.

Lo tercero que ha pasado en Colombia es que la legislación penal interna tiene como delitos a aquellas infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario. Es decir, las infracciones que están en los tratados como infracciones graves del DIH se han convertido en delitos en el régimen interno.

Diría entonces que esas son las herramientas: primero, darle el estatus constitucional; segundo, señalar que esa legislación no solo es aplicable a partir de 1995 sino desde antes y, por último, volverlo parte de la normativa interna.

MFM: En esta incorporación del Derecho Internacional Humanitario al ordenamiento jurídico colombiano, ¿se ha tomado en cuenta un enfoque de género? ¿De qué manera?

IJ: Hay dos elementos de género en lo que ha pasado en la normativa internacional. Por un lado, está en el Estatuto de Roma en el que se incluyó la violencia sexual y una serie de agravios contra las mujeres y se les dio una entidad especial. Y está la resolución 1325 del 2000 emitida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que visibiliza las formas en que las mujeres se ven particularmente agraviadas por el conflicto.

Esas miradas han sido adoptadas por la legislación interna colombiana, considerando también incluir la

violencia sexual como un crimen de guerra y no ser susceptible de ser indultado o amnistiado. La resolución 1325 del 2000 tiene una mesa propia de actividad dentro del país y en eso el Ministerio de Defensa y el Ministerio del Interior están involucrados; yo diría que es mucho más simbólico que eficaz.

En el caso del conflicto armado, la transición que se hizo para los grupos paramilitares en la que hubo un acuerdo de paz, hubo una legislación de transición, hubo reducción de penas, hubo todo un sistema. Hubo una primera transición en el 2005 que se inauguró con la Ley 975 que supuso rebajar las penas de los excombatientes. Esto responde a todo un sistema en el que se ha venido dando una aplicación a los crímenes incorporados en la legislación penal por los Tribunales de Justicia y Paz.

En el caso colombiano, dentro del proceso de justicia y paz y toda la transición que implicó en el tema de reparación para las víctimas, como en el tema de no repetición, como en los temas de memoria histórica, hubo un aporte significativo del desarrollo institucional que influyó para que el Acuerdo de Paz de la Habana tuviera esta riqueza en aproximación al tema de género. Sin ese proceso anterior de diez años de aprendizaje en los procesos de justicia y paz en los que tuvimos que reflexionar qué quería decir una aproximación de género al conflicto armado, creo que no hubiera sido posible que el acuerdo con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) tuviera esta mirada transversal.

MFM: En 2016 se firmó el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera entre las FARC y el gobierno colombiano. ¿Podría comentarnos un poco los antecedentes de dicho acuerdo?

IJ: Las FARC habían negociado varias veces con el gobierno colombiano. Algunos la mencionan como la guerrilla más antigua del continente que sobrevive. Entonces, las FARC aparecen como una autodefensa campesina reclamando títulos sobre la tierra, utilizando la norma jurídica que les concedía territorios. Después, asumen ideologías más marxistas que con el tiempo desarrollan a profundidad. Entonces las FARC

se convierten en una guerrilla rural luchando de manera ilegal por el problema de desigualdad entre el campo y la ciudad.

Las FARC habían negociado en los años ochenta con el Presidente Belisario Betancur; esa negociación se vio frustrada entre otras, porque miembros del partido político que ellos conformaron, Unión Patriótica, fueron perseguidos y asesinados. Más de tres mil doscientos simpatizantes de ese partido político murieron, además de sus líderes. Eso llevó a cerrar las negociaciones.

Luego, en los años noventa, se retomaron las negociaciones con el Presidente Andrés Pastrana, negociaciones que fueron fallidas. En este caso, el gobierno señaló que las FARC habían incumplido con el cese al fuego al que se habían comprometido.

Ya había dos intentos fallidos de negociación. Lo que sigue con el Presidente Álvaro Uribe Vélez en una estrategia armamentista militar de habilitamiento de la estructura de guerra y finanzas de las FARC que fue liderada entre otras por Juan Manuel Santos, que en ese entonces era Ministro de Defensa, y quien se vuelve Presidente después de Álvaro Uribe. Con esa conciencia de que hay un debilitamiento importante de las FARC, el Presidente Santos plantea una estrategia de negociación con las FARC para “terminar” con el conflicto, porque la idea era que, al terminar con la constitución de las FARC, se daban por terminado todos los frentes del conflicto.

Esa negociación empieza con una reforma constitucional que le da poderes al Presidente de la República para negociar. Esta reforma se llama Marco Jurídico para la Paz, es el Acto Legislativo No. 1 del 2012 que le da facultades al Presidente.

Este acuerdo se firma en el 2016 con una serie de garantías. Inicialmente el acuerdo se intenta revestir del estatus jurídico de haber sido un acuerdo suscrito bajo los convenios de Ginebra. Sin embargo, la Corte Constitucional niega este estatus y por ende el acuerdo no tiene fuerza normativa por sí mismo, por lo que, si se desea que se produzcan efectos jurídicos, debe ser incorporado a la legislación interna a través de

legislación, es decir, que el Congreso lo apruebe; o por medio de normas administrativas.

Es entonces un acuerdo que se inserta en una larga historia de negociaciones con esta guerrilla, que se revisite de muchas garantías, pero que al final pierde mucha de su fuerza jurídica, porque la Corte Constitucional le niega el estatus de acuerdo bajo los convenios de Ginebra; y pierde de igual forma fuerza política porque el Presidente Santos, en una idea de contexto democrático, somete a plebiscito el acuerdo y lo pierde. Por ende, la fuerza jurídica se la quita la Corte Constitucional y la fuerza política la ciudadanía, dejándonos como consecuencia un acuerdo frágil.

MFM: En las negociaciones de paz, ¿se tuvo en cuenta un enfoque diferenciado por género?

IJ: El enfoque de género es transversal en el Acuerdo de Paz. Desde los primeros artículos se menciona que uno de los enfoques que debe darse al leer, interpretar y aplicar el acuerdo es el enfoque de género. El otro enfoque que se privilegia es el enfoque territorial; es decir que se debe tomar en cuenta a las personas en su cotidianeidad en la región. Y el tercer enfoque es el diferencial, que se espera que se aplique en relación con las diferencias étnicas, raciales y por orientación de identidad sexual.

En el caso del género, hay cláusulas específicas dentro de cada una de las cinco partes del acuerdo que se relacionan con las mujeres. En la primera parte, que tiene que ver con la redistribución de tierras, hay una serie de artículos que señalan que debe existir priorización en la distribución de tierras a las mujeres, en la asignación de crédito para el trabajo agrario, y que debe haber priorización en becas, en educación a las niñas campesinas en temas no tradicionalmente femeninos. En la parte de participación política se habla de la visibilización y apoyo a la participación política de las mujeres, y que en todos los órganos que se formen a raíz del acuerdo debe procurarse una equidad en la participación de las mujeres. En la parte relacionada con el desmonte de las drogas, también se incluye la obligación de entender el impacto diferenciado que ese desmonte puede tener para las mujeres. Y, en la parte sobre las víctimas, se exige que en la Jurisdicción

Especial de Paz haya una comisión de género, al igual que en la comisión de búsqueda de personas y en la comisión de la verdad; y se hace explícito que los delitos por violencia sexual no podrán ser indultados ni amnistiados. Entonces, no se incluye al inicio sólo como un principio o como un enfoque que debe incluirse en la interpretación, sino que está incluido a lo largo de todo el acuerdo.

MFM: El acuerdo general de paz incluye un acuerdo sobre las víctimas del conflicto: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. ¿Qué medidas de reparación se contemplan en el acuerdo?

IJ: Lo que se logró aprobar en el Congreso, fue mucho menos de lo que se logró en las negociaciones. Hay que recordar que el acuerdo perdió su fuerza normativa por la decisión de la Corte Constitucional. Consecuentemente, lo único que pasó por el Congreso fue aquello relacionado con la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Lo que se aprobó sobre la JEP fue la asignación de recursos, la estructura misma de la JEP y el procedimiento que iba a llevar. Y quedó dentro del procedimiento de la JEP una serie de oportunidades para que las víctimas lleven una serie de información que tenían a su disposición.

En principio, la Jurisdicción Especial de Paz está pensada desde la mirada penal en la que la Fiscalía General de la Nación lleve la investigación y la evidencia ante los jueces. Para la JEP, esto sigue siendo así y la Fiscalía sigue siendo quien lleva toda la información recogida durante cuarenta años; lo que no hay es voluntad política ni capacidad de sancionar. Entonces lo que la JEP ha hecho es abrir oportunidades adicionales para que las víctimas lleven sus casos.

MFM: ¿Considera que las medidas tomadas en el acuerdo responden a las particularidades y necesidades de grupos tradicionalmente excluidos, como las mujeres y las niñas?

IJ: No, de todo lo que mencioné antes se debe decir que la JEP no tiene la capacidad operativa; tampoco el mandato de investigar ni sancionar todos los casos. Únicamente tiene el mandato de sancionar los casos

que se prioricen, y los casos se deben priorizar según su magnitud, si son sistemáticos y su importancia.

Por ahora no hay priorización por grupos poblacionales. La priorización se ha dado por patrones criminales. Lo principal que hacían las FARC era secuestrar y tener cultivos de droga; esos son los dos principales casos. Ahora se lleva un caso que en Colombia se denomina “falsos positivos”, que fueron los homicidios de civiles en los que incurrió la fuerza pública y que se encubrían como bajas guerrilleras. Pero no hay casos sobre daños específicos a las mujeres o niñas.

MFM: Desde que se firmó el acuerdo de paz en el 2016 se ha evidenciado una reducción de violencia; sin embargo, los asesinatos contra los defensores de derechos humanos se han incrementado. ¿Qué acciones podrían pensarse desde el Derecho para ayudar a remediar esta situación?

IJ: Considero que hay un tema jurídico, y el tema jurídico es que las Fuerzas Armadas no están lo suficientemente reguladas. No están lo suficientemente reguladas porque las normas todavía son un poco vagas y ambiguas, pero sobre todo porque la responsabilidad del Estado, así como la individual, se tardan mucho en llegar.

Por ejemplo, los casos de responsabilidad del Estado son sentencias que han llegado veinte años después. Entonces, la capacidad que tienen esas sentencias para influir es mínima; La relación de responsabilidad no se siente porque llega muy tarde, no se percibe el peso de la ley. Después está la falla política: el partido que

está en el poder es un partido convencido de que las FARC son terroristas y de que los líderes sociales son auxiliares de “terroristas”. Por lo que, bajo esa mentalidad, no importa cuál sea el contexto de la persona que se encontraba dentro de las FARC, porque para el gobierno siempre será un criminal.

Con esa percepción política, con ese despliegue de la fuerza militar y con la respuesta tan demorada de los tribunales, no se logra esa transición que tanto anhelamos. Pienso que hay muchos frentes en los que aún tenemos que trabajar, como por ejemplo la desestigmatización de los miembros de las FARC. Todo forma parte de un cambio cultural, un cambio social, un cambio político; y el Derecho contribuye y podríamos reformarlo, pero es difícil reformarlo mientras no logremos cambios en esas otras dimensiones.

MFM: En cuanto a la situación de las mujeres después del acuerdo de paz, ¿qué acciones considera usted que siguen pendientes?

IJ: Lo que había de las mujeres en el acuerdo es lo que menos se ha cumplido. Por mandato del Acuerdo de Paz, el Instituto Kroc¹ realiza un seguimiento del acuerdo, en el que se evidencia que la implementación del acuerdo es mínima. Ahora, hay que tomar en cuenta que el acuerdo no tiene fuerza normativa, lo que convierte al acuerdo en una aspiración política. No ha pasado casi nada con los temas relacionados a las tierras, a los cultivos ilícitos; y ahora, con el nuevo Presidente de la República, es como si este acuerdo no existiera. Entonces, de manera general no hay implementación del acuerdo, y en el tema de las mujeres menos.

¹ El Instituto Kroc para Estudios Internacionales de Paz es parte de la Escuela de Asuntos Globales Keough, de la Universidad de Notre Dame, en Estados Unidos.

CONCURSO DE SIMULACIÓN JUDICIAL ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

**Entrevista con las integrantes del Semillero de Derecho Penal Internacional
de la Universidad de Nariño de Colombia**

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT MOOT COMPETITION

**Interview with the Members of the International Criminal Law Seedbed
of the University of Nariño in Colombia**

CONCURSO DE SIMULAÇÃO JUDICIAL ANTE A CORTE PENAL INTERNACIONAL

**Entrevista com os integrantes do Viveiro de Direito Penal Internacional
da Universidade de Nariño da Colômbia**

Entrevista con Melissa Rosales Dueñas, Ruby Daniela Imbacuán Salcedo**
y Gabriel Caicedo Timarán****

*Alexandra Ruiz*****

**Entrevista realizada el 12 de diciembre de 2021, de forma virtual
Nariño, Colombia**

* Melissa Rosales Dueñas es egresada del programa de Derecho de la Universidad de Nariño y es parte del Semillero de Derecho Penal Internacional. Correo electrónico: melissarosales1296@gmail.com

** Ruby Daniela Imbacuán Salcedo es egresada del programa de Derecho de la Universidad de Nariño y es parte del Semillero de Derecho Penal Internacional. Correo electrónico: rubydaniela10@gmail.com

*** Gabriel Caicedo Timarán es estudiante del programa de Derecho de la Universidad de Nariño y es parte del Semillero de Derecho Penal Internacional. Correo electrónico: gabriel-gabrielcaicedo24@gmail.com

**** Alexandra Ruiz es docente del programa de Derecho de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: alexaruiz05101@udenar.edu.co

ALEXANDRA RUIZ (AR): Considerando que el Semillero de Derecho Penal Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño de Colombia, con la representación de sus estudiantes, ganó el mejor memorial en el rol de representación de la Defensa en la fase escrita y quedó en segundo lugar en la audiencia final en la fase oral de la IX Edición del concurso de simulación judicial ante la Corte Penal Internacional organizado por el Instituto Iberoamericano de la Haya, nos podría indicar cuál es la importancia de este logro desde la visión de su territorio.

MELISSA ROSALES DUEÑAS (MRD): Nuestro semillero ha estado involucrado en la dinámica del concurso desde hace más de cuatro años con miras a desarrollar un proceso constante y disciplinado, por tanto, es un privilegio haber llegado a estas instancias internacionales, pues demostró que en la región nariñense de Colombia existen estudiantes y docentes comprometidos con el estudio del Derecho Penal Internacional. De tal forma que este logro es muy importante, pues visibiliza a nuestra Universidad y Departamento de Nariño ante la comunidad internacional en un concurso muy complejo y competitivo, reflejando con ello la calidad educativa y el esfuerzo de un trabajo en equipo muy consolidado.

AR: ¿Cuál es la dinámica y el objetivo primordial del Concurso de simulación de la Corte Penal Internacional?

MRD: De acuerdo a nuestra experiencia en el concurso, hemos notado que su objetivo principal radica en fomentar el conocimiento en torno al Derecho Penal Internacional dentro de la comunidad educativa y, por consiguiente, estimular el interés por comprender el accionar de la Corte Penal Internacional a través de la profundización en los casos y situaciones actualmente vigentes.

En cuanto a la dinámica utilizada por el Concurso, éste se encuentra dividido en dos fases: la primera corresponde a una fase escrita, en donde a cada equipo de cada universidad le corresponde estudiar a profundidad un caso hipotético, y como resultado debemos expedir tres memoriales en los que se desarrollan los

argumentos de cada una de las posiciones de las partes e intervinientes que participan en el procedimiento ante la CPI, las cuales son la Fiscalía, la Defensa y la Representación Legal de Víctimas. La segunda fase corresponde a una audiencia oral, en la que se deben asumir las posiciones procesales asignadas por los organizadores del concurso.

AR: ¿En qué consiste el proceso de preparación de los estudiantes del Semillero de Derecho Penal Internacional para llegar a este certamen de carácter internacional?

MRD: Nuestra preparación dentro del semillero consiste, principalmente, en familiarizarnos muy bien con el caso del concurso para, posteriormente, desarrollar un proceso investigativo detallado sobre las temáticas que se manejan. Para el caso concreto, se consideraron temas como el *locus standi* de las víctimas ante la Corte, crímenes de guerra de tortura, admisibilidad y responsabilidad por instigación, de acuerdo al artículo 25(3)(b) del Estatuto de Roma. En ese sentido, fueron vitales las reuniones que se realizaron por medios virtuales para discutir el caso, con el fin de resolver las cuestiones jurídicas planteadas en el mismo. Para una mejor sincronización del equipo, nos dividimos en tres grupos; cada uno tenía un rol y manejaba la organización de su memorial. Con el acompañamiento docente, cada equipo, establecía sus esquemas argumentativos en coordinación con el enfoque de cada rol. Finalmente, los memoriales pasaban por varios filtros de corrección de estilo y fondo dentro del semillero.

En la fase oral, realizada de manera virtual ante los Magistrados de la Corte Penal Internacional, la preparación fue muy intensa, dado que los repasos de las audiencias durante las semanas previas al concurso, las realizábamos de manera presencial todos los días ante nuestros maestros tutores, magistrados de la región y catedráticos. Aquello nos ayudó a retroalimentar cada argumento para perfeccionarlo y así lograr nuestro mejor desempeño ante la audiencia real del concurso.

AR: ¿Cuál es la propuesta pedagógica que utilizó el semillero de Derecho Penal Internacional para lograr los resultados obtenidos en el Concurso?

RUBY DANIELA IMBACUÁN SALCEDO (RDIS): El semillero de Derecho Penal Internacional logró los resultados obtenidos a partir de una propuesta pedagógica basada en la creación de espacios de aprendizaje colectivo, en tanto siempre se procuró un trabajo de equipo fuerte, dentro del cual se articularon esfuerzos e ideas entre los docentes y los estudiantes del semillero, proporcionando un ambiente de interacción constante con miras al fortalecimiento de capacidades investigativas y argumentativas. De tal forma que, a través de las reuniones periódicas que se realizaron para discutir el caso que llegó desde el concurso organizado por el Instituto Iberoamericano de la Haya, se logró que, como resultado de las observaciones de los estudiantes y el acompañamiento docente, se crearán estructuras argumentativas consolidadas para la creación de memoriales dentro de la fase escrita; y, una vez llegada la fase oral, estos espacios grupales de estudio también permitieron la creación de un litigio estratégico basado en el rol.

AR: Teniendo en cuenta que existen visiones distintas de educación jurídica que pretenden ir más allá de la teoría e involucrar a los estudiantes en las principales problemáticas sociales, ¿cómo cree usted que se articulan los procesos de investigación del Semillero de Derecho Penal Internacional con los nuevos modelos de enseñanza del Derecho?

RDIS: Considero que las dinámicas del semillero de investigación están muy alineadas con la formación jurídica del estudiante de Derecho a partir del estudio de casos contextualizados en una realidad tangible, como son las graves comisiones de delitos internacionales, competencia de la Corte. Lo anterior permite que todos los integrantes del semillero se involucren con un problema en específico, planteando diversas soluciones bajo la orientación docente, lo que en esencia desarrolla la capacidad de adaptar conceptos complejos a casos concretos. No cabe duda que la construcción grupal de conocimiento hace mucho más significativo el aprendizaje; concibiendo además una formación integral de los y las estudiantes del semillero, pues no se trata únicamente de formar en Derecho Penal Internacional, sino de poner la atención en los procesos

de evolución de las fortalezas comunicativas, escritas, argumentativas e interpersonales, siendo ello un avance respecto de la educación tradicional.

AR: A parte del estudio del Derecho Penal Internacional, ¿qué otras fuentes de conocimiento se utilizaron en el desarrollo del concurso?

GABRIEL CAICEDO TIMARÁN (GCT): Considerando que el artículo 21 del Estatuto de Roma permite la aplicación de otras fuentes del Derecho Internacional en la resolución de los casos llevados por la Corte, fue factible, también, profundizar en el conocimiento en áreas como el Derecho Internacional Humanitario, ante la infracción a los convenios de Ginebra que se presentan en asuntos de conflictos armados internacionales y no internacionales. Así mismo, estudiamos a fondo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues no cabe duda que la comisión de crímenes internacionales también representa una grave vulneración a los derechos humanos. De igual modo, no podemos dejar de lado instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura, la Convención contra las Desapariciones Forzadas, entre otros.

AR: ¿Por qué el estudio del Derecho Penal Internacional es relevante para la comunidad académica en el Departamento de Nariño de Colombia?

GCT: El estudio del Derecho Penal Internacional es de gran relevancia en la región nariñense, en tanto permite realizar un reconocimiento concreto de los graves crímenes de guerra, lesa humanidad e incluso genocidio, ejecutados en nuestro territorio con ocasión del conflicto armado no internacional de Colombia. Gran parte de la población rural de Nariño, fue víctima de desplazamiento forzado, presencié masacres masivas, muertes selectivas, persecución, violencia sexual, entre otros hechos victimizantes, en especial sobre poblaciones indígenas. Fue tal la gravedad de los acontecimientos, que actualmente los crímenes ejecutados en Nariño, dentro del periodo entre 1990 hasta 2016, están siendo investigados por la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia.

POLÍTICA EDITORIAL

Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos es la revista semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas, especializada en estudios jurídicos, pensada para la comunidad científica y en general interesada por los estudios del Derecho y su relación con las demás ciencias. La revista recibe durante todo el año ensayos y artículos de investigación que aporten para el conocimiento y análisis del Derecho, así como estudios interdisciplinarios que muestren las conexiones de esta disciplina con el todo social, desde la Filosofía, la Sociología y la Teoría Política y Constitucional, fundamentalmente.

Normas de publicación

- ▶ Cálamo recibe contribuciones de académicos internos y externos a la institución. Todas deben ser originales, inéditas y no estar simultáneamente postuladas para publicación en otras revistas u órganos editoriales. Una vez validadas por el Comité editorial de Cálamo, serán evaluadas bajo la modalidad de revisión por pares de doble ciego.
- ▶ Cálamo maneja una estricta política anti-plagio. Los-as autores se comprometen a citar de manera precisa las ideas que han sido adoptadas de otro texto u autor-a, y toda paráfrasis deberá contar con la referencia bibliográfica correspondiente. Antes de la aceptación de los textos y previo su envío a pares revisores, el Comité editorial de la revista realizará una verificación del contenido mediante el *software* de verificación de plagio Turnitin.
- ▶ Los-as autores conservan sus derechos de autor y autorizan a la revista Cálamo, de manera ilimitada en el tiempo, para incluir su texto en el número correspondiente de la revista, exhibirlo y distribuirlo en sus soportes impreso y virtual, nacional e internacionalmente. La revista permite el autoarchivo tanto del *pre-print*, como del *post-print* y de la versión final. Cálamo se encuentra bajo licencia Creative Commons 4.0 reconocimiento sin obra derivada (CC BY-ND 4.0).
- ▶ El sometimiento de todo artículo, ensayo, reseña o entrevista para ser publicado en Cálamo presupone la aceptación de los términos incluidos en la Política editorial y la adhesión al Código de ética de la revista.

Política por secciones

Dossier: Los artículos de esta sección, de carácter monográfico, responden a la convocatoria vigente y son seleccionados por su calidad académica, su amplia revisión bibliográfica, su sólido nivel argumentativo y, de preferencia, por su análisis de nivel regional e internacional. Todos los textos de esta sección son sometidos a revisión por pares ciegos.

Ensayo: En esta sección se publican ensayos de reflexión sobre diversas temáticas, en los cuales se presenta la posición del o la autora con base en una lectura crítica de la literatura académica o en una experiencia concreta de investigación. Todos los textos de esta sección son sometidos a revisión por pares ciegos.

Reseña: Se trata de una breve evaluación crítica de un libro que haya sido publicado en los últimos dos años. Se reciben propuestas de textos publicados en español, inglés, francés o portugués. Se da prioridad a las reseñas que tengan relación con la convocatoria vigente.

Entrevista: Esta sección recoge entrevistas a académicos, profesionales del Derecho, figuras públicas, miembros de iniciativas ciudadanas y personalidades políticas o académicas vinculadas al escenario jurídico. Se da prioridad a las entrevistas que tengan relación con la convocatoria vigente.

Requisitos para las secciones Dossier y Ensayo

- ▶ El artículo debe estar precedido de un resumen no mayor a 800 caracteres con espacios (*cce*), en español y en inglés.
- ▶ Los autores deben proporcionar de cinco (5) a ocho (8) palabras clave que reflejen el contenido del artículo y que no se repitan en el título; en español y en inglés.
- ▶ El título del artículo no podrá contener más de diez (10) palabras. El autor podrá ampliar la extensión del mismo utilizando un subtítulo. Si el editor sugiere cambios, serán aplicados en mutuo acuerdo.
- ▶ El artículo deberá contar con conclusiones y recomendaciones.
- ▶ La extensión de los artículos será de 30.000 a 50.000 *cce* (incluyendo notas al pie y recuadros).
- ▶ El artículo en su totalidad deberá ajustarse a las normas de citación CHICAGO.
- ▶ El Centro de Publicaciones, en la etapa de edición, podrá realizar la corrección de estilo que considere necesaria.
- ▶ Los artículos que se ajusten a las normas señaladas se considerarán como recibidos y se procederá a notificar al autor. Los que no, serán devueltos a sus escritores.

Requisitos para la sección Reseña

- ▶ Se aceptan reseñas de libros publicados en los últimos dos años.
- ▶ Tendrán una extensión de entre 3.000 y 10.000 *cce* (incluyendo notas al pie y recuadros).
- ▶ No deben contar con resumen.
- ▶ Deben presentar los siguientes datos: apellidos y nombres del autor, año, título de la obra, edición, editorial, lugar, número de páginas. Puede señalarse la formación del autor, su competencia, experiencia, su fin al escribir la obra. También debe presentar la portada escaneada de la publicación.
- ▶ Tendrán que indicar cómo está organizado el texto (capítulos, partes, relatos, etc.), su ordenación o composición precisa, es decir, la manera en que sus diversas partes se relacionan y articulan entre sí construyendo una estructura.
- ▶ Deben contar con conclusiones o juicios críticos, donde se hablará sobre las aportaciones y repercusiones teóricas, sociales, políticas, educativas, futuras, etc., y se hará un balance de las observaciones personales, reducidas a líneas generales.

Orientaciones para el envío de contribuciones

Los autores-as deberán remitir junto al artículo un formulario de autor que está disponible en la página web www.calamo.ec, en el mismo se especificará su grado académico/ institución a la que se encuentra vinculado, el título del artículo, la fecha de envío y dirección (postal o electrónica). Además, deberá incluir una breve semblanza curricular e indicar si desea que se publique su correo electrónico. Los envíos pueden hacerse a través de la página calamo.ec o por correo electrónico a calamo@udla.edu.ec.



ud/a.