

UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

**EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONTEMPORÁNEO Y
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO: SUS ALCANCES Y
LIMITACIONES**

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA DE LOS
TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

DIANA CAROLINA HERRERA MOREANO

TUTOR: DOCTOR ABELARDO POSSO SERRANO

QUITO, DICIEMBRE 2013

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este documento ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura, a la vez que cedo los derechos de publicación a la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee. Asimismo, no podré disponer del contenido de la presente investigación a menos que eleve por escrito el requerimiento para su evaluación a la Comisión Permanente de la Universidad de Los Hemisferios.

Diana Herrera Moreano

A mis padres, a quienes agradezco infinitamente su amor y apoyo incondicional para hacer esto posible.

Les amo mucho

Un especial agradecimiento a mi tutor Doctor Abelardo Posso, quien fue un pilar fundamental para la realización de mi trabajo.

ÍNDICE

1 CAPÍTULO I.....	6
1.1. Antecedentes.....	6
1.2. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)	11
1.3. Corrientes del DIH	13
1.4. Derecho de Ginebra (Convenios de Ginebra).....	13
1.4.1. Convenio I	
Para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.....	14
1.4.2. Convenio II	
Para aliviar la suerte que corren los heridos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar	15
1.4.3. Convenio III	
Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.....	15
1.4.4. Convenio IV	
Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra	15
1.4.5. Protocolo Adicional I y II.....	16
1.5. Derecho de la Haya.....	16
1.6. Definición del Derecho Internacional Humanitario	17
1.7. Elementos esenciales del Concepto del DIH.....	19
1.7.1. Forma parte del Derecho Internacional Público.....	19
1.7.2. Sus normas provienen de instrumentos internacionales, la costumbre internacional y de principios internacionales.....	20
1.7.3. La motivación humanitaria.....	21
1.7.4. Se aplica en conflictos armados.....	22
1.7.4.1. Conflictos Armados Internacionales	22
1.7.4.2. Conflictos Armados No Internacionales.....	23
1.7.5. Protege a las posibles víctimas y sus bienes.....	25
1.7.6. Limita los métodos y medios empleados en los conflictos armados.....	26
1.8. Principios del DIH.....	26
1.8.1. Principios relativos a la conducción de la hostilidades	27

1.8.2. Principios que regulan el trato debido a las personas en poder del adversario	28
1.8.3. Principios que conciernen a la aplicación del DIH.....	29
2 CAPÍTULO II.....	31
2.1. La Constitución	32
2.1.1. Antecedentes.....	32
2.1.2. La Constitución del 2008 (generalidades).....	35
2.1.3. La Constitución del Ecuador como “Estado de Derechos” y el DIH	35
2.1.4. La Constitución del 2008 y los tratados internacionales	37
2.1.5. La Constitución del 2008 y el Derecho Internacional Humanitario	40
2.2. El Código Penal	41
2.3. Corte Penal Internacional	49
2.3.1. Antecedentes.....	49
2.3.2. La Corte Penal Internacional	50
2.3.2.1. Los criterios para establecer competencia de la Corte Penal Internacional y los crímenes que puede juzgar.....	51
2.3.2.2. La Estructura de la CPI y sus funciones	53
2.3.2.3. Los derechos de los procesados y testigos	54
3 CAPÍTULO III	57
3.1. Introducción a la Violencia en Colombia.....	57
3.2. Definición de refugiados y la situación de los refugiados por el conflicto armado en Ecuador	60
3.3. Los refugiados y sus derechos en el Ecuador	62
3.4. El ACNUR.....	67
3.5. El procedimiento para solicitar refugio en el Ecuador	69
4 CAPÍTULO IV	73
4.1. El Ecuador frente a las Tendencias del Derecho Internacional Humanitario.....	73
4.1.1. La posición del Ecuador desde el punto de vista internacional sobre el DIH.	77
4.2. La objeción de conciencia dentro del servicio militar.....	81
4.2.1. Antecedentes de la objeción de conciencia.	82
4.2.2. La libertad de conciencia y la objeción de conciencia	83
4.2.3. La Objeción de Conciencia al servicio militar en el Ecuador	86
BIBLIOGRAFÍA	96
CONCLUSIONES GENERALES	93

CAPÍTULO I

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1.1. Antecedentes

El derecho a la guerra ha estado presente desde el origen de la humanidad. Si bien, existían ciertas leyes y costumbres presentes dentro de los conflictos armados, desde la antigüedad estos fueron crueles y dejaron como saldo el sufrimiento humano, la destrucción y muerte de un sinnúmero de personas.

En inicios, el derecho humanitario se basaba en la costumbre humanitaria influenciada por la religión, la política, la economía, entre otros, que se encontraban destinadas a regular la guerra. Éstas, buscaban respetar a los no combatientes y dar un trato humano a los combatientes.

“En la antigüedad, los griegos, egipcios, romanos, chinos, hindúes e hititas, tenían leyes sobre la práctica de la guerra, que buscaban limitar la violencia en los conflictos armados, tales como el Código de Manú de la India, el Sun Tsu de China y las normas de asilo y arbitraje creadas en Grecia. Inclusive en el Antiguo Testamento se hace referencia a ciertas limitaciones a la violencia como la Ley del Talión”. (Ortiz, 2006, pág. 180).

En la edad media, con el surgimiento del cristianismo, el islam y la caballería, se intentó suavizar la situación de la guerra. El cristianismo, hasta la actualidad, profesa que los seres humanos somos iguales unos con otros y que por tanto, se debe respetar la vida y evitar la violencia. Tomás de Aquino, respecto a la guerra declara que esta va en contra del amor cristiano y por tanto la guerra es injusta, a menos que se traten por legítima defensa; que limiten los daños y muertes; y, que tengan como fin restablecer la justicia y la paz.

El islam contribuyó con un código de leyes de guerra que prohibía la muerte de mujeres, niños y ancianos evitando así, rebasar los límites de la justicia y el abuso de la opresión de la tiranía; mientras que, la caballería “aportó al Derecho Internacional Humanitario métodos de combate que contribuyeron a formalizar las ceremonias de declaración de guerra, el respeto por algunos individuos en el conflicto y la prohibición de algunas armas” (Ortiz, 2006, pág. 180).

Con la caída de Constantinopla, en 1453, empieza la Edad Moderna. El descubrimiento de América, en 1492, marca el nacimiento de un nuevo derecho y la lucha por regular la disciplina sobre su ejército y la imposición de la autoridad sobre los conquistados. Hugo Grocio, en sus libros del *Derecho a la Guerra y la Paz*, exaltó que la guerra es un medio que debe utilizarse para castigar a aquellos que cometieron lo ilícito pero, sin embargo, esta será reprobada si no existe una causa justificada. La guerra debía ser utilizada como un medio para conseguir la paz y para preservar el orden nacional de derecho natural. “Tan es así, que el propio Grocio, en el capítulo XXV de su Libro III, citando a San Agustín, concluye que: No debe buscarse la paz para prepararse a la guerra, sino hacer la guerra para obtener la paz” (Johnston, pág. 5).

Rousseau, por su parte expresó que “se tiene derecho a matar al enemigo mientras este tenga las armas en la mano, pero a partir del momento en que las abandone y se rinda, entonces dejará de ser el enemigo y será simplemente un hombre sobre cuya vida ya no se tiene derecho alguno” (Ortiz, 2006, pág. 4).

Henry Dunant, en 1859, presenciando la suerte que corrían los soldados en la Batalla de Solferino escribe su libro *Un Souvenir De Solferino* en la que relata cómo los soldados franceses y austriacos heridos eran abandonados, muchas veces agonizando, por falta de ayuda de servicios humanitarios en los campos de batalla. Dunant, además, en su libro hizo dos propuestas:

“A. Que en tiempo de paz se constituyeran sociedades de socorro, con un personal de enfermería dispuesto a ayudar a los heridos en tiempo de guerra.

B. Que sus voluntarios, encargados de asistir a los servicios sanitarios de las fuerzas armadas, fueran reconocidos y respetados en virtud de un acuerdo internacional” (Dirección General de Comunicación Social, 2009, pág. 15).

El primer punto de la propuesta hace referencia al inicio de la creación de la Cruz Roja Internacional y la Media Luna Roja. La segunda propuesta, apoyada por el gobierno suizo convoca a los Estados a que participen y formen parte de una conferencia que daría paso a la aprobación del primer Convenio de Ginebra (Derecho de Ginebra) celebrado el 22 de Agosto de 1864. Éste, era un tratado universal aplicable en cualquier tiempo y circunstancia, que obliga a los ejércitos a prestar asistencia a los soldados heridos independientemente del bando al que pertenezcan. Conjuntamente con el Derecho de Ginebra nace el Comité Internacional de la Cruz Roja, en 1863, (CICR) encargado de prestar asistencia y protección a las víctimas de conflictos armados.

Dicho Convenio de 1864 es la base sobre lo que actualmente es el Derecho Internacional Humanitario (también conocido como Derecho de la Guerra) y que tenía como características:

- “A. Es una norma universal, permanente y escrita destinada a proteger a las víctimas de los conflictos aplicables en todo tiempo y circunstancias.
- B. Era un Tratado multilateral.
- C. Establecía la obligación prestar asistencia sin discriminación a los militares heridos y enfermos.
- D. Establecía el respeto y la identificación del personal y del material sanitario mediante el emblema de la Cruz Roja” (Cruz Roja Española, 2008).

Además, el documento consagró los principios de universalidad y de tolerancia y el emblema de la cruz roja sobre fondo blanco así como la media luna roja sobre fondo blanco, en los países islámicos, como distintivo del personal sanitario militar. Las personas, que lleven este distintivo, deben ser respetadas y protegidas porque son consideradas neutrales y que realizan una actividad netamente humanitaria.

En 1868 se promulga la Declaración de San Petersburgo que da origen al Derecho de la Haya y que tiene como objetivo la prohibición de utilizar ciertos proyectiles y la limitación de métodos y medios en tiempos de conflictos armados.

“A finales del siglo XIX y principios del XX se celebra en La Haya las Conferencias de Paz de 1899 y 1907 que constituyen el más notable intento de codificar el Derecho de la Guerra clásico. La Conferencia de 1907, que revisó y amplió la primera, aprobó catorce convenios entre los que destaca el IV Convenio sobre las leyes y costumbres de la

guerra terrestres y su Reglamento. Además se elabora un nuevo Convenio de Ginebra en 1906 para aliviar la suerte corrida por los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña” (Cruz Roja Española, 2008).

Asimismo, el Convenio de Ginebra se extendió para los conflictos de guerra en marzo de 1907. Durante la Primera Guerra Mundial, en 1914-1918, los esfuerzos llevados a cabo por la Cruz Roja ayudaron a evitar la muertes de varios combatientes. No obstante, se vio la necesidad de crear nuevos tratados que refuercen la deficiencia de los ya existentes hasta ese entonces. Se establecieron normas de responsabilidad a aquellas personas que agrevaban las normas del DIH.

“Se incrementaron las normas sobre la materia adoptándose el Protocolo sobre la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares, en 1925, y los Convenios de Ginebra relativos al trato de prisioneros de guerra y para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña de 1929. Sin embargo, las Reglas sobre la Guerra Aérea elaboradas en La Haya (1923) fracasaron al no ser aprobadas con carácter vinculante” (Salmón, 2004, pág. 64).

El Pacto de Briand-Kellogg, en 1928, estableció la renuncia de la guerra como instrumento de política internacional y creó el Pacto de Sociedad de Naciones, en el Tratado de Versalles de 1919, con el fin de establecer las bases para la paz y la reorganización de las relaciones internacionales luego de la Primera Guerra Mundial.

A pesar de los esfuerzos llevados a cabo para humanizar las guerra, fue inevitable evadir la explosión de la Segunda Guerra (1939-1945); la misma que dejó como saldo la muerte de millones de personas y la urgencia de establecer mecanismos de represión contra la guerra mas que su regulación y control, como lo establece la Carta de Naciones Unidas, en el Art. 2.

Inicia la persecución de los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz y “se instala los tribunales de Nuremberg y Tokio para sancionar a quienes habían violado el ius in bello entonces vigente”. (Salmón, 2004, pág. 64)

Luego de la Guerra, en 1949, se firma cuatro Convenios de Ginebra, conocidos también como Convenios de la Cruz Roja, que son considerados actualmente como la normativa básica del DIH y que tiene como objetivo proteger a las víctimas de los conflictos armados. Estos son:

- i. Convenio I: Para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.
- ii. Convenio II: Para aliviar la suerte que corren los heridos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.
- iii. Convenio III: Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.
- iv. Convenio IV: Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Posteriormente, en 1968, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución 2444 respecto de la protección los derechos humanos en los conflictos armados y la limitación de medios y métodos de combate y la protección a los civiles. En 1974 y 1977 se aprobaron dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra que complementan y amplían los mismos y son:

- i. Protocolo Adicional I: Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.
- ii. Protocolo Adicional II: Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Otro hecho importante de destacar es el Estatuto de Roma, en el que se crea la Corte Penal Internacional con jurisdicción internacional aplicable a los crímenes de guerra tanto internacionales como no internacionales.

Existen además, varios textos que regulan los métodos y medios de la guerra entre los cuales se encuentran:

- i. Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado
- ii. Convención de 1972 sobre Armas Bacteriológicas
- iii. Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales y sus cinco Protocolos
- iv. Convención de 1993 sobre Armas Químicas

- v. Tratado de Ottawa de 1997 sobre Minas Antipersonales
- vi. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados

1.2. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)

“El CICR, fundado en 1863, trabaja en todo el mundo para prestar ayuda humanitaria a las personas afectadas por los conflictos y la violencia armada, y para promover las leyes por las que se protege a las víctimas de la guerra. Es una Institución independiente y neutral, su cometido dimana esencialmente de los Convenios de Ginebra de 1949” (CICR, 2012).

Al igual que el DIH, el CICR nace de la propuesta realizada por Henry Dunant en su libro *Un Souvenir de Solferino*, en la que plantea la necesidad de constituir sociedades de socorro, dispuestas a ayudar a los heridos en tiempo de guerra conjuntamente con el DIH.

El CICR, considerado como el órgano promotor del DIH, de carácter internacional, es una institución privada que se rige por el derecho suizo y que cuenta con siete principios, en base a los cuales se rige:

- i. Humanitario: Socorrer sin discriminación a los heridos en los campos de batallas tanto internacionales como nacionales.
- ii. Imparcialidad:

“Se abstiene de hacer distinción alguna de nacionalidad, raza, religión, condición social o ideas políticas, se entrega solamente al socorro de quien la necesita, en la medida de los sufrimientos y el remedio de los infortunios, de acuerdo con el orden de urgencia” (Dirección General de Comunicación Social, 2009, pág. 18).
- iii. Neutralidad: no forma parte de los conflictos ni hostilidades cualquiera sea su índole
- iv. Universalidad: tiene como ámbito de aplicación el mundo entero, sin distinción
- v. Independencia: mantiene la autonomía de su acción

- vi. Voluntariado: su servicio es totalmente voluntario y desinteresado
- vii. Unidad: cuenta con una representación por país con el fin de garantizar la ayuda a todo el territorio del Estado

Las acciones del CICR pueden definirse en proteger, prestar apoyo moral y material, visitar a las personas y fomentar el respeto al derecho. Es decir proteger a los heridos, prisioneros de guerras, náufragos; prestar apoyo moral y material a los refugiados, a los prisioneros, cautivos; visitar a detenidos y recordar a los Estados las obligaciones contraídas según el derecho internacional humanitario.

En la actualidad, el CICR se encarga también de varias actividades como programas de nutrición, prevención de enfermedades, la higiene pública, entre otros.

1.3. Corrientes del DIH

El Derecho Internacional Humanitario moderno se encuentra conformado por dos corrientes que son: el Derecho de Ginebra y el Derecho de la Haya.

El derecho de Ginebra tiene como objetivo principal la protección de las víctimas dentro de los conflictos armados ya sean prisioneros de guerra, heridos, personas civiles, entre otros; mientras que el Derecho de la Haya, busca limitar los métodos y medios de guerra para precautelar el derecho de los combatientes y no combatientes. Por esta razón, se debe hacer un mayor esfuerzo para resguardar el Derecho de la Haya antes que el Derecho de Ginebra.

Se trata de dos conjuntos de normas, que tienen una distinción de valor histórico, pero que se encuentran estrechamente vinculadas entre sí y forman lo que actualmente se conoce como el Derecho Internacional Humanitario.

1.4. Derecho de Ginebra (Convenios de Ginebra)

Tras la Batalla de Solferino y el libro *Un Souvenir de Solferino*, se empieza a ver la necesidad de mejorar la situación de los soldados en la guerra. Es así, que el 22 de Agosto de 1864, el Consejo Federal suizo lleva a cabo la Conferencia Diplomática de

Ginebra, en la que se redacta el **Primer Convenio de Ginebra para mejorar la suerte que corren los militares heridos de los ejércitos en campaña.**

“En este convenio fue firmado el mismo año y ratificado en los años siguientes por casi la totalidad de los Estados” (Comité Internacional de la Cruz Roja, 1994). El primer convenio básico, constaba de 10 artículos que tratan de la neutralidad, y por tanto, de la protección que gozan las ambulancias, hospitales, servicios de sanidad, los capellanes, los habitantes del país que presten el servicio de socorro y otros, mientras ejerzan sus funciones. Así mismo, el Art. 6 de este convenio señala que “los militares heridos o enfermos serán recogidos y cuidados, sea cual fuere la nación a que pertenezcan”, justamente la razón para lo cual fue creado el convenio.

La evolución de la guerra hizo que en 1906 se de el **Segundo Convenio de Ginebra** con el objetivo de ampliar y revisar el primer Convenio que no constaba de presión en cuanto a los términos y conceptos significativos. Además, el Convenio de Ginebra fue extendido para los conflictos de guerra en alta mar en 1907.

Durante la Primera Guerra Mundial, se vio la necesidad de crear nuevos tratados que refuercen la deficiencia de los ya existentes hasta ese entonces. Es así como se da la **Tercera Convención de Ginebra (1929)** que tuvo un avance relativo al trato de los prisioneros de guerra y mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña.

Sin embargo, “la Guerra Civil Española (1936-1939) y la Segunda Guerra Mundial (1939-1045) dieron pruebas convincentes de la necesidad de volver a hacer corresponder el Derecho Humanitario Internacional con el carácter cambiante de la guerra” (Dirección General de Comunicación Social, 2009, pág. 38).

El 12 de Agosto de 1949 fueron concluidos los cuatro Convenios de Ginebra, que sustituyen a los Convenios de 1864, 1906 y 1929 y se dividen en categorías según la protección general de las personas. La mayoría de los Estados han sido signatarios de dichos tratados, entre estos Ecuador, que entraron en vigor el 21 de Octubre de 1950. Sus textos originales fueron redactados en inglés y francés y fueron traducidos posteriormente por la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Dichos convenios tienen en común el Art. 2 y el Art. 3 que tratan de la aplicación del Convenio y la protección a las víctimas de conflictos no internacionales respectivamente. Se trata, demás, de la

inalienabilidad de los derechos de las personas protegidas y las actividades del Comité Internacional de la Cruz Roja; así como disposiciones generales en cuanto a la firma, ratificación y entrada en vigor de los Convenios de Ginebra.

1.4.1. Convenio I: Para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña

“El Convenio revisado, tal como quedó tras las deliberaciones de la Conferencia de 1949, se mantiene completamente en el marco tradicional. Procede de los Principios Fundamentales en los que ya se habían inspirado las versiones anteriores: los militares heridos o enfermos (ya indefensos) deben ser respetados y atendidos sin distinción de nacionalidad; el personal que les atiende, los edificios en que se albergan, el material que se les asigna, deben estar igualmente protegidos; el emblema de la cruz roja sobre fondo blanco habrá de ser el signo de esta inmunidad. Todo lo más, como más adelante veremos, las condiciones de la guerra moderna han inducido a restringir la extensión de los privilegios de que se beneficiarían el personal y el material sanitarios una vez en poder del adversario. En cambio, se han añadido puntualizaciones en la casi totalidad de los artículos” (CICR, 2012, pág. 24).

1.4.2. Convenio II: Para aliviar la suerte que corren los heridos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar

“El Convenio llamado marítimo es una prolongación del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, cuyas disposiciones se adaptan a la guerra marítima” (CICR, 2012, pág. 26).

Además, el capítulo II protege a una categoría especial de víctimas que son los náufragos y el capítulo IV contiene normativas relativas a las aeronaves sanitarias, el vuelo sobre países neutrales y el desembarco de heridos.

1.4.3. Convenio III: Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra

Henry Dunant decía que “el prisionero de guerra no es un criminal, sino solamente un enemigo incapaz de volver a tomar parte en el combate, que debe ser liberado

finalizadas las hostilidades y que debe ser respetado y tratado humanamente mientras sea cautivo” (CICR, 2012, pág. 27).

Este Convenio tiene que ver con la protección de los prisioneros de guerra, la reglamentación del régimen de cautiverio y la repatriación una vez finalizada las hostilidades.

1.4.4. Convenio IV: Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra

Este convenio tiene con fin salvaguardar a las personas civiles en tiempos de guerra, su dignidad y la protección de sus bienes muebles e inmuebles. Por esta razón, es considerado como un avance para el DIH ya que, hasta ese entonces, las personas civiles eran consideradas fuera de la guerra. Su finalidad es:

“Garantizar el respeto de la dignidad y del valor de la persona humana, descartando todo atentado contra los derechos que, por esencia, le son inherentes, y contra las libertades sin las cuales pierde su razón de ser. Por consiguiente, se prohíben principalmente:

- a)* los atentados contra la vida y la integridad corporal de los seres humanos, en particular las torturas, los suplicios, los tratos crueles;
- b)* la toma de rehenes;
- c)* las deportaciones;
- d)* los atentados contra la dignidad de las personas, especialmente los tratos humillantes y degradantes, así como los tratos discriminatorios fundados en diferencias de raza, de color, de nacionalidad, de religión o de creencias, de sexo, de nacimiento o de fortuna;
- e)* las sentencias dictadas y las ejecuciones realizadas sin juicio previo por un tribunal legítimamente instituido, con las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. (CICR, 2012, pág. 33)

1.4.5. Protocolo Adicional I y II

Posteriormente en 1977 se aprobaron dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra denominados: **Protocolo Adicional I**, referente a la protección de las víctimas

de los conflictos armados internacionales y **Protocolo Adicional II**, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional; este último complementario al Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Estos se dieron como una sanción por el aumento de conflictos, que tenían lugar dentro de un mismo Estado, más que entre dos o más estados y por consiguiente, y por consiguiente se buscaba garantizar de mejor manera a la población civil.

1.5. Derecho de la Haya

“Este derecho parte del principio fundamental de que las partes no tienen derecho ilimitado para escoger los métodos y medios de hacer la guerra” (Salmón, 2004, pág. 67)

El 29 de noviembre de 1868 se promulga la Declaración de San Petersburgo que da origen al Derecho de la Haya y que tiene como objetivo la prohibición de utilizar ciertos proyectiles y la limitación de métodos y medios en tiempos de guerra.

Posteriormente, el 29 de julio de 1899, se da la Conferencia de la Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre; el mismo que fue revisado, en la 1907, en la Conferencia Internacional de la Paz que aprueba otros convenios relativos a la conducción de las hostilidades. En el año de 1925 se firma el convenio sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos.

Pero, con la destrucción que provocó la Segunda Guerra Mundial, se confirmó que los convenios existentes hasta ese momento, no fueron suficientes para evitar la barbarie y proteger a sus víctimas. Es así como surge nuevos convenios que regulan los métodos utilizados en la guerra como son la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas bacteriológicas en 1972, la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados en 1980, la Convención sobre Armas Químicas en 1993, la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción firmada en Ottawa, en 1997 y el Protocolo facultativo de la Convención

sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

1.6. Definición del Derecho Internacional Humanitario

Según las Notas del curso de Derecho Internacional Público de la Universidad de Ibagué

“El DIP regula las circunstancias bajo las cuales los Gobiernos pueden recurrir al uso de la fuerza (*ius ad bellum*) sino trata también a regular la conducta de las hostilidades (*ius in bello*). La mayoría de esas reglas resultan de tratados internacionales, pero algunas también son de derecho consuetudinario” (Universidad de Ibagué, 2010, pág. 87).

Por su parte, el Dr. Rafael Nieto Loaiza, en su artículo *Algunas Observaciones acerca del Delito Político y la Aplicación de DIH en Colombia*, publicado en la obra, *Derecho Internacional Humanitario aplicado al caso de Colombia, San Salvador, Guatemala, Yugoslavia y Ruanda* define al Derecho Internacional Humanitario como:

“Hoy, es posible definir al Derecho Internacional Humanitario como el ordenamiento jurídico internacional que regula los conflictos armados internacionales y no internacionales con los fines de limitar los medios y métodos de combate y de proteger a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades” (Loaiza, 1999, pág. 354).

Elizabeth Salmón en su libro “Introducción al Derecho Internacional Humanitario” expresa que:

“El Derecho Internacional Humanitario (DIH) o *ius in bello* no permite ni prohíbe los conflictos armados, tanto internacionales como internos” sino que, frente a su desencadenamiento, se aboca al fin de humanizarlos y limitar sus efectos a lo estrictamente necesarios. Se trata de un conjunto de normas, de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad específica es solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados y que, por razones humanitarias, restringe la utilización de ciertos métodos o medios de combate” (Salmón, 2004, pág. 25).

El Comité Internacional de la Cruz Roja, que tiene como objetivo la prestación de ayuda humanitaria a las personas afectadas por los conflictos armados, ha adoptado un

concepto que puede sintetizarse en que el Derecho Internacional Humanitario (DIH) es un conjunto de normas que busca limitar y humanizar los efectos en los conflictos armados. “El DIH busca proteger tanto a las posibles víctimas, ciertos bienes y operaciones humanitarias y por esta razón, restringe el uso de determinados métodos y medios militares” (Ávila Santamaría & Valencia Amores, 2006, pág. 3). Este se encuentra integrado por acuerdos o tratados, la costumbre internacional, así como por principios del derecho que busca regular las relaciones entre los Estados.

1.7. Elementos esenciales del Concepto del DIH

“El DIH, rama del Derecho Internacional Público, es el conjunto de normas que se aplican en situaciones de conflicto armado (sean estas de carácter internacional o no internacional). Las normas de DIH buscan proteger por razones humanitarias a individuos, ciertos bienes y operaciones humanitarias, de los efectos de los conflictos armados; y, con el mismo objetivo, restringen el uso de determinados métodos y medios militares. El DIH está integrado por normas convencionales y no convencionales, y en determinadas circunstancias invoca los principios del derecho para atender situaciones particulares”. (Ávila Santamaría & Valencia Amores, 2006, pág. 3)

Como Ramiro Ávila Santamaría y Jose Valencia Amores describen, en su libro *Ecuador y el Derecho Internacional Humanitario (DIH)*, el concepto se encuentra dividido en seis elementos que son: formar parte del Derecho Internacional Público, sus normas provienen de instrumentos internacionales, la costumbre internacional y principios internacionales, la motivación humanitaria, su aplicación a conflictos armados, la protección a las posibles víctimas y sus bienes y la limitación de los métodos y medios empleados en conflictos armados.

1.7.1. Forma parte del Derecho Internacional Público

El Derecho Internacional Público (DIP) surge con el fin de regular las relaciones entre los Estados. Éste tiene carácter internacional, sus normas no son auto ejecutables salvo ciertas excepciones y se encuentra integrado por acuerdos entre los Estados además de la costumbre internacional y los principios generales de derecho internacional.

Este cuenta con principios que emanan de los principios generales comunes de todos los estados como son la prohibición del abuso del derecho, el cumplimiento de la buena fe de las obligaciones, las reglas generales del debido proceso, la obligación de reparar el daño causado, entre otros; y de principios derivados de las relaciones internacionales que rigen exclusivamente las relaciones de los estados y que se encuentran codificados en la *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*” y entre los cuales se encuentran:

- a) “El principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.
- b) El principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacional ni la justicia.
- c) La obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados de conformidad con la Carta
- d) La obligación de los Estados de cooperar entre sí, conforme a la Carta
- e) El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos
- f) El principio de la igualdad soberana de los Estados
- g) El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta para conseguir su aplicación más efectiva dentro de la comunidad internacional, fomentarían la realización de los propósitos de las Naciones Unidas” (Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones, 1970).

El DIH, al formar parte del DIP, aplica en diversa medida los principios básicos del Derecho Internacional Público

1.7.2. Sus normas provienen de instrumentos internacionales, la costumbre internacional y de principios internacionales

El Derecho Internacional Humanitario, igual que el DIP, tiene como fuentes a los tratados internacionales, la costumbre y los principios internacionales. Los tratados en cuanto a la materia DIH aparecen desde mediados del siglo XIX con el primer Convenio de Ginebra en 1864, el cual ha sido actualizado para ampliar los derechos reconocidos en el mismo. Actualmente el DIH cuenta con varios Tratados y Protocolos que han sido ratificados por las mayoría de Estados y por tanto forman parte del Derecho Interno de los mismos. Entre los principales cuerpos normativos que forman parte del DIH destacan: los Convenios de la Conferencia de la Haya de 1907, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos Adicionales de 1977 a los cuatro convenios de Ginebra. Además, de la Convención de la Haya de 1954, la Convención de 1972 sobre las armas bacteriológicas, la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales, la Convención de 1993 sobre armas químicas y, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos de los niños sobre la participación de niños en conflictos armados.

La costumbre o *ius cogens*, como menciona el Art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, “es prueba de una práctica generalmente aceptada en Derecho”. El DIH nace de forma consuetudinaria y después se convertiría en convencional, las mismas que no hubieran sido posible sin la preexistencia de las normas consuetudinaria en cuanto a la guerra; así como los principios generales del DIH y del DIP, consideradas directrices en los casos no previstos.

De acuerdo al Art. 1, inciso 2, del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977 que establece que:

“En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”.

1.7.3. La motivación humanitaria

Como se ha visto en el concepto de DIH, el fin del mismo es limitar y humanizar los conflictos armados y la protección tanto de combatientes como a las posibles víctimas, además, de respetar su dignidad humana y sus bienes. Si bien, el DIH, no cuestiona ni decide si es válido o no el Derecho a la Guerra, si toma en cuenta que “en tiempos de guerra la conducta humana no está exenta de restricciones fundadas en la moral y la ética”. (Ávila Santamaría & Valencia Amores, 2006, pág. 5)

1.7.4. Se aplica en conflictos armados

El Derecho Internacional Humanitario se aplica únicamente en caso de conflictos armados, ya sean de índole internacional o no internacional, como se declara en los Protocolos Adicionales I y II. Mas no en disturbio interno o tensión interna, pues en estos casos se aplica el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Un conflicto armado internacional es cuando “se recurre a la fuerza entre Estados o hay una situación de violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre grupos dentro de un Estado” (Salmón, 2004, pág. 28).

“Es decir, que un conflicto internacional se caracteriza por el “uso de la fuerza o violencia armada, que se da durante un tiempo prolongado, la organización de un grupo que participa en un conflicto y la inclusión del conflicto armado entre grupos junto al de las tradicionales nociones del conflicto armado internacional o no internacional” (Salmón, 2004, pág. 28).

1.7.4.1. Conflictos Armados Internacionales

Los Conflictos Armados Internacionales se encuentran reglamentados tanto en los Cuatro Convenios de Ginebra como en el Protocolo Adicional I. Los Convenios de Ginebra establecían que para que exista un conflicto internacional debían intervenir dos estados. Sin embargo, el Protocolo Adicional I fue necesario luego de la resolución de 1514 y la resolución 2625 que contiene el principio de la libre determinación de los pueblos y la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales respectivamente los mismos que se entiende se producirán a través de

conflictos entre “dos naciones distintas dentro de las que la estatalidad de una impide ese carácter de la otra” (Salmón, 2004, pág. 82).

Lo expuesto anteriormente se expresa claramente en Art. 1 inciso 4 del Protocolo Adicional I que enuncia:

“(…) comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

La distinción entre los conflictos armados internos como los internacionales está en los sujetos o *ratione personae* que forman parte del conflicto. Así, los CAIs serán entre dos o más naciones en caso de guerra declarada o no como lo establece el Art. 2 común a los Convenios de Ginebra. Además, se da un conflicto armado internacional cuando se dé la ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque no exista resistencia militar y los pueblos que luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en ejercicio de la libre determinación.

Estos son los encargados de cumplir con las disposiciones del DIH así como también, entidades internacionales. Sin embargo, es el Estado o el Estado ocupante quienes deben asegurar el cumplimiento de las normas del Derecho Internacional Humanitario y que están obligados a prevenir actos que vayan en contra de las personas sometidas a su control.

Un conflicto armado debe durar más allá del momento en que empezó la violencia armada hasta el momento en que se dio el cese de las hostilidades. Sin embargo, el DIH seguirá vigente cuando haya concluido un conflicto armado, mientras se dé la “liberación, la repatriación y reasentamiento de las personas protegidas” (Salmón, 2004, pág. 87).

Su ámbito de aplicación espacial o *ratione loci* será el territorio entero del Estado que se encuentra en conflicto mientras que el derecho aplicable a los conflictos armados internacionales son: los cuatro Convenios de Ginebra, el Protocolo Adicional I y los

Convenios de la Haya relativos a los medios y métodos de combate, que en caso de ser incumplidas serán reprimidas como infracciones graves o crímenes de guerra.

1.7.4.2. Conflictos Armados No Internacionales

En 1864, cuando nació el Primer Convenio de Ginebra, no se tomó en consideración a los conflictos armados no internios (CANI). Sin embargo, cuando estalló la Guerra Civil Española y la Segunda Guerra Mundial, se hizo notorio el carácter cambiante de la guerra y la necesidad de actualizar el Convenio de Ginebra. En 1949, se regula por primera vez los conflictos armados no internacionles en el Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra que establece: “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional (...)”. En 1977, con la aprobación del Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, se regula de manera más amplia las garantías de los derechos de las víctimas de dicho conflictos:

“Recordando que los principios humanitarios refrendados por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 constituyen el fundamento del respeto a la persona humana en caso de conflicto armado sin carácter internacional”

Los CANIs tienen como característica el enfrentamiento de grupos dentro de un mismo Estado. Así lo establece el Art. 1 del Protocolo Adicional II que expresa:

“ 1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el Art. 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el Art. 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.

Como el artículo lo prevé, el Protocolo Adicional II, se aplica en conflictos armados internos más no en disturbios ni tensiones internas, es decir, la intensidad de las hostilidades, el nivel de violencia y la organización de las partes serán factores decisivos para determinar el régimen jurídico aplicable ya sea el DIH o el DIDH; y si califica o no como un Conflicto Armado No Internacional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos define a los conflictos armados internos como:

“Las hostilidades entre fuerzas armadas del gobierno y grupos de insurgentes organizados y armados. También se aplica a situaciones en las cuales dos o más bandos se enfrentan entre sí, sin la intervención de las fuerzas del gobierno cuando, por ejemplo, el gobierno establecido se ha disuelto o su situación es tan débil que no le permite intervenir” (Ávila Santamaría & Valencia Amores, 2006, págs. 58-59).

Por su parte, las tensiones políticas y sociales no conllevan acciones hostiles, es decir armadas y con carácter colectivo y organizado. En cambio, los disturbios internos son “aquellas situaciones generadas por actos de rebelión o levantamiento de grupos mas o menos organizados contra las autoridades de poder” (Ávila Santamaría & Valencia Amores, 2006, pág. 59).

Las personas civiles, que no formen parte del conflicto, son objeto de protección contra los mismos incluso si son militares que han depuesto las armas o que han sido heridos, detenidos, etc. Sus normas se aplican desde el inicio del conflicto hasta que se haya restablecido la paz, incluso hasta que termine la privación de libertad por motivos del conflicto armado.

Los CANIs se rigen tanto por el Art. 3 de los Convenios de Ginebra como por el Protocolo Adicional II; así como por la costumbre y los principios generales.

1.7.5. Protege a las posibles víctimas y sus bienes

Como demuestra el Derecho de Ginebra y el Derecho de la Haya, el DIH busca proteger tanto al combatiente como al no combatiente así como la suerte que corren los heridos, náufragos en campaña y en alta mar como los prisioneros de guerra y las personas civiles en conflictos internacionales como no internacionales. Así mismo protege sus bienes a través de la prohibición de destruir sus bienes muebles e inmuebles que les sean necesarios para la subsistencia y de su familia salvo sea de extrema necesidad para las operaciones militares.

1.7.6. Limita los métodos y medios empleados en los conflictos armados

Relacionado directamente con el Derecho de la Haya, lo que busca el Derecho Internacional Humanitario es limitar el sufrimiento al adversario a través de la prohibición de ciertos medios y métodos de guerra. Busca el equilibrio entre la necesidad de guerra y el principio de humanidad.

Entre varios textos que regulan los métodos y medios de la guerra se encuentran principalmente la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954, la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas bacteriológicas de 1972, la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 1980, la Convención de 1993 sobre armas químicas, la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción de 1997 y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

1.8. Principios del DIH

Uno de las características esenciales del Derecho Internacional Humanitario es su “preocupación fundamental por la protección y promoción de la dignidad del ser humano en la esfera internacional” en situaciones como los conflictos armados (Salmón, 2004, pág. 29).

La Corte Internacional de Justicia, principal organismo judicial de Derecho Internacional Público, ha contribuido con la determinación de los principios del DIH. A través de sus decisiones judiciales, la CIJ ha contribuido con los principios fundamentales del DIH así como la relación entre el derecho internacional general y el DIH.

“Por lo demás, la Corte Internacional de Justicia ha identificado y especificado los principios fundamentales del derecho internacional humanitario, que pueden agruparse en tres categorías: los que se refieren a la conducción de los hostilidades, los que regulan el trato debido a las personas en poder del adversario y los que conciernen a la aplicación del derecho internacional humanitario. Estas normas constituyen, a su vez, una síntesis del derecho de los conflictos armados y la quintaesencia normativa de esta rama tradicional del derecho internacional”. (Chetail, 2003)

“(…) Desde la particularmente breve y elusiva referencia a las " consideraciones elementales de humanidad " en su primera sentencia emitida el 9 de abril de 1949, sobre el caso *del Estrecho de Corfú*, la Corte Internacional de Justicia ha tenido la ocasión de tratar cuestiones de derecho humanitario en dos casos muy debatidos: la sentencia del 27 de junio de 1986 sobre *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* y la Opinión consultiva, emitida diez años después, el 8 de julio de 1996, sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares*” (Chetail, 2003).

1.8.1. Principios relativos a la conducción de la hostilidades

Entre los principios relativos a la Conducción de las hostilidades se encuentra el principio de distinción entre civiles y combatientes que tiene como fin la protección y respeto de la población civil y sus bienes también conocido como el principio de distinción. Así el Protocolo Adicional I señala:

“Artículo 48 - Norma fundamental

A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares (...)

Artículo 50 - Definición de personas civiles y de población civil

1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares (...)
2. No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil (...)
4. Se prohíben los ataques indiscriminados”.

Además, se aplica el principio de la prohibición del uso de armas que causen sufrimientos innecesarios (principio de proporcionalidad) y el principio residual de humanidad contenido en la cláusula de Martens.

El primero tiene que ver con el Derecho de la Haya de prohibir ciertos métodos y medios que causen sufrimiento innecesario a los combatientes. “Los Estados no tienen libertad ilimitada para elegir las armas que emplean” (Chetail, 2003). La Corte Internacional de Justicia, por su parte, definió a un sufrimiento innecesario como aquellos “causados a los combatientes "como" un daño mayor que el que inevitablemente debe causarse para lograr objetivos militares legítimos”. (Chetail, 2003)

La cláusula de Martens, se encuentra ligado a la evolución de la guerra. Este principio tiene como objetivo regular los casos no contemplados en los Convenios ni en los Protocolos Adicionales, en la que rige los principios del derecho de gentes, conocido actualmente como el Derecho Internacional Público. Éste toma en consideración los principios de humanidad y garantiza “la validez y aplicabilidad continuada de normas preexistentes no incluidas en los Convenios” (Salmón, 2004, pág. 36).

Así, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales establece:

“Artículo 1 - Principios generales y ámbito de aplicación

(...) 2. En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”.

1.8.2. Principios que regulan el trato debido a las personas en poder del adversario

Este principio se encuentra acogido sobre todo en el Art. 3 común en los cuatro Convenios de Ginebra que expresa:

“Todos los principios fundamentales de derecho humanitario identificados en el presente artículo, por la propia naturaleza, han de ser considerados como aplicables a todos los tipos de conflictos armados.

Artículo 3 - Conflictos no internacionales

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos (...)

1.8.3. Principios que conciernen a la aplicación del DIH

Como lo expresa el Art. 1 de los Convenios de Ginebra “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias” (Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977).

Es decir, el DIH tiene carácter erga omnes de respetar a través de las normas internas y hacer respetar a los estados y la comunidad internacional. Asimismo, tiene carácter de no sinalagmático ya que no contiene derechos y obligaciones recíprocas, sino que “asumen varias obligaciones, no en relación con los otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (Salmón, 2004, pág. 31). Se da con el fin de proteger los derechos de los seres humanos en caso de violaciones dadas por las Partes contratante; beneficiando así más a los individuos que a los Estados en sí. Los tratados que contienen las normas del DIH son tratados multilaterales con reglas generales e impersonales y por tanto de carácter normativo o tratados leyes. “En estos tratados existe por tanto un carácter bivalente: por un lado, son un acuerdo de voluntades, pero, de otro lado, contienen intereses comunes de la comunidad internacional” (Salmón, 2004, pág. 32).

La asistencia humanitaria es otro principio del DIH. “Prevenir y aliviar el sufrimiento de los hombres y proteger la vida y la salud, así como hacer respetar a la persona humana; debe, también, y sobre todo, prestarse sin discriminación a todos los necesitados” (Chetail, 2003) ese es el deber y la esencia fundamental del DIH.

El DIH es imperativo o *ius cogens* y sus convenios se encuentran por encima de cualquier otro tratado en vigor, pues su finalidad es la protección de las personas en tiempos donde más pelagra su vida y su dignidad así como el efectivo cumplimiento de

sus derechos y las obligaciones impuestas a los Estados. Son normas inalienables e irrenunciables, protegidas por los Convenios de Ginebra, que no pueden renunciarse en ningún caso ni total ni parcialmente y por tanto, tampoco pueden ser alteradas por los Estados.

Así el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña de 1949 establece en el Art. 1 que “(...) no podrán, en ninguna circunstancia, renunciar parcial o totalmente a los derechos que se les otorga en el presente Convenio (...)”

El DIH es supranacional, universal e inviolable. Éste necesita la implementación de mecanismos internos que hagan efectivos el valor normativo de sus normas ya que éstas no son autoejecutables.

Por último, la interpretación y aplicación de las normas del derecho humanitario internacional se aplicarán al principio pro homine, es decir, en el sentido que más favorezca a los derechos de los individuos así como una interpretación amplia y dinámica que hagan efectivas el objetivo y el fin de las mismas.

CAPÍTULO II

LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA CONEXA AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Una vez expuesto los antecedentes del Derecho Internacional Humanitario, el presente capítulo tiene como objetivo analizar la legislación ecuatoriana conexas al Derecho Internacional Humanitario como son la Constitución y el Código Penal ecuatoriano. Finalmente, se analizará el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional como un instrumento jurídico internacional que ha sido suscrito, ratificado y publicado en el Registro Oficial del Ecuador.

2.1. La Constitución

2.1.1. Antecedentes

Desde inicios del nacimiento de la primera República, la Gran Colombia, el Ecuador ha contado con el respaldo institucional del Derecho Constitucional. Si bien, el Estado disponía de una legislación poco estructurada, éste sería el inicio del espíritu jurídico que iría madurando progresivamente.

Es así que en 1830, con la separación del Ecuador de la Gran Colombia, luego de un arduo trabajo, se lleva a cabo la Primera Constitución. Ésta ya hacía referencia a los tratados que podía celebrar el Estado ecuatoriano como se expresa en los Artículos 4, 26 y 35 de la Constitución.

“Art. 4.- El Gobierno del Estado del Ecuador admitirá y establecerá relaciones en otros gobiernos amigos de Colombia, celebrando con ellos tratados de amistad y comercio.

Art. 26.- Las atribuciones del Congreso son: (...)

6. Decretar la guerra en vista de los informes del Gobierno, requerir a este para que negocie la paz, y aprobar los tratados de paz, alianza, amistad y comercio.

Art. 35.- Las atribuciones del Presidente del Estado son: (...)

6. Nombrar agentes diplomáticos; y celebrar tratados de paz, amistad y comercio”.

Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, establece en el Art. 2 que “los tratados son un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”

Conforme a los artículos mencionados anteriormente, se evidencia los primeros pasos del Ecuador para formar parte de la Comunidad Internacional. Sin embargo, aunque se trata el tema de la guerra y las negociaciones de paz, la Constitución no establecía las garantías con la que contaban tanto los combatientes como los civiles en el caso de las mismas.

La Constitución de 1906 reconoce la supremacía de la Constitución denominándola como “Ley Suprema” sobre cualquier otra ley, decreto, tratado, etc. A pesar de esto, los tratados celebrados por el Ecuador tenían el mismo nivel jerárquico con respecto a las demás leyes.

“Art. 6.- La Constitución es la Ley Suprema de la República. Por tanto, no tendrán valor alguno las leyes, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones, pactos o tratados públicos que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con ella, o se apartaren de su texto”.

La Constitución política de 1929 menciona, por primera vez, de forma escrita al Derecho Internacional dentro de la Constitución.

“Art. 2.- El territorio de la República comprende todas las provincias con que se erigió la antigua Presidencia de Quito y, además, el Archipiélago de Colón, antes de Galápagos. Las fronteras aún no demarcadas definitivamente se fijaran por Tratados Públicos u otros medios previstos en el Derecho Internacional”.

La Constitución no sólo reconoce a los tratados como instrumentos internacionales sino que además, reconoce otros medios previstos en el Derecho Internacional por los cuales el Ecuador adquiere derechos y obligaciones internacionales.

Por otro parte, la Constitución de 1996, en el Tercera Parte, Título I, referente a la Jerarquía de la Constitución y Control del Orden Jurídico presenta a la Constitución como:

“Art. 171.- La Constitución es la Ley suprema del Estado. Las normas secundarias y las demás de menor jerarquía deberán mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tendrán valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones”.

Sin bien, la Constitución de 1996 expresa la supremacía de la Constitución, también hace referencia a la jerarquía que ocupan los tratados internacionales dentro de la legislación ecuatoriana, quedando jerárquicamente por debajo de la Constitución y las leyes.

“Art. 94.- Las normas contenidas en los tratados y demás convenios internacionales que no se opongan a la Constitución y Leyes, luego de promulgados, forman parte del ordenamiento jurídico de la República”.

Asimismo, la Constitución garantiza las tres generaciones de Derecho Humanos que surgen a mitad de Siglo XX, como una obligación por parte de los Estados de proteger los derechos fundamentales.

“Art. 20.- El Estado garantiza a todos los individuos, hombres y mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes”.

Finalmente, la Constitución de 1998 tiene un gran avance en cuanto a la relación del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional ya que regula de manera más amplia las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional según el Art. 4 que establece:

“El Ecuador en sus relaciones con la comunidad internacional:

1. Proclama la paz, la cooperación como sistema de convivencia y la igualdad jurídica de los estados.
2. Condena el uso o la amenaza de la fuerza como medio de solución de los conflictos, y desconoce el despojo bélico como fuente de derecho.

3. Declara que el derecho internacional es norma de conducta de los estados en sus relaciones recíprocas y promueve la solución de las controversias por métodos jurídicos y pacíficos.
4. Propicia el desarrollo de la comunidad internacional, la estabilidad y el fortalecimiento de sus organismos.
5. Propugna la integración, de manera especial la andina y latinoamericana
6. Rechaza toda forma de colonialismo, de neocolonialismo, de discriminación o segregación, reconoce el derecho de los pueblos a su autodeterminación y a liberarse de los sistemas opresivos”.

Sin embargo, el avance más notorio de la Carta de 1998 es el reconocimiento de la superioridad jerárquica de los tratados frente a las leyes que se enuncia en el Título VI, Capítulo 6, de los tratados y convenios internacionales:

“Art. 163.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.

2.1.2. La Constitución del 2008 (generalidades)

La Constitución del 2008 fue construida con el fin de proteger tanto la dignidad de las personas como de las comunidades, según consta en el Preámbulo de la misma.

El Estado ecuatoriano, a través de la Constitución, se compromete a garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales (Art. 3); además, de mantener la paz y la seguridad.

El Art. 5 expresa que “el Ecuador es un territorio de paz” cumpliendo así con los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas plasmada en el Art. 1 del mismo de “mantener la paz y la seguridad internacional”. Así como el Art. 416, inciso 2, que “propugna la solución pacífica de las controversias y los conflictos internacionales, y rechaza la amenaza o el uso de la fuerza para resolverlos”.

2.1.3. La Constitución del Ecuador como “Estado de Derechos” y el DIH

Según el Art. 1 de la Constitución “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (...)”, es decir, que la actual Carta Magna del Ecuador tiene como fin principal garantizar la maximización del ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales para precautelar los mismos a través de los diferentes órganos públicos.

Las garantías constitucionales, estipuladas en el Título III, se dividen en tres clases: las garantías normativas; las políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana; y, las garantías jurisdiccionales. Las garantías normativas tienen como fin adecuar las leyes y garantizar los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales; al igual que las políticas públicas, servicios públicos y la participación ciudadana que buscan “hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos” (Constitución 2008, Art. 85, inciso 1). Las garantías jurisdiccionales son mecanismos, que pueden ser propuestos por cualquier persona, pueblo o comunidad en contra de cualquier persona pública o privada ante los jueces con el fin de evitar la vulneración de los derechos y en caso que exista la misma, se deberá ordenar la reparación integral, tanto material como inmaterial .

Un avance significativo de la Constitución del 2008 fue la creación de la Corte Constitucional. Éste es el máximo intérprete, que garantiza el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, controla todo acto público y prácticas estatales y privadas que generan violaciones de derechos.

“Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito”.

El Estado tiene como obligación primordial respetar y hacer respetar los derechos humanos.

“Es aquella por la que el Estado tiene la obligación de generar los mecanismos jurídicos, políticos, administrativos o de otra índole que prevengan e impidan la vulneración de los derechos humanos; y dado el caso que se haya efectuado el violentamiento de tales derechos ya sea por el obrar de particulares o agentes del Estado, está obligado a determinar los mecanismos de procesamiento y sanción de los

responsables, así como los procedimientos y formas de reparación por los perjuicios causados a los afectados”. (Salgado, 2001, pág. 3)

El Derecho Internacional Humanitario al ser complementario con el Derecho Internacional de Derechos Humanos cuenta con varias de las garantías fundamentales de los DDHH, en tiempos de conflictos armados. Aunque existen elementos que los diferencian, su convergencia se concentra en el interés compartido mediante sus normas de proteger los derechos y garantías fundamentales en toda circunstancia y por consiguiente según lo establece el Art. 11, inciso 3 de la Constitución son “de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.

Además, el Art. 424 de nuestra Carta Magna establece que “la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. En otras palabras, el DIH al ser complementario de los Derechos Humanos cuenta con varias garantías fundamentales de los mismos.

2.1.4. La Constitución del 2008 y los tratados internacionales

Según el Art. 424 de la Carta Magna del Ecuador, “la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico” afirmando así la superioridad de nuestra Constitución. El Art. 425 expresa el orden jerárquico de la aplicación de las normas situando a los tratados y convenios internacionales por debajo de la Constitución y por encima del resto de leyes y normas vigentes en el Ecuador.

“Colocar a los tratados internacionales en un peldaño inferior al de la Constitución apela al mantenimiento de la misma como Norma Suprema, pero a la vez permite que el Ecuador adquiriera compromisos internacionales sin que la normativa legal o inferiores sea un impedimento para ello (...)” (Pérez Paredes, 2001, pág. 78).

El Ecuador reconoce al derecho internacional como “norma de conducta” según el Art. 416, inciso 9. Es decir, reconoce al derecho internacional como “el conjunto de normas jurídicas que, en un momento dado, regulan las relaciones (derechos y obligaciones) de

los miembros de la sociedad internacional a los que se reconoce subjetividad en este orden” (Pérez Paredes, 2001, pág. 12). El Ecuador a través del el Art. 416, inciso 13 “impulsa la creación, ratificación y vigencia de instrumentos internacionales”.

Además, en el Art. 417 de la Constitución establece que los tratados ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido a la Constitución. En otras palabras, una vez que Ecuador ratifica un tratado, éste “hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969) y se obliga a agregar dicho instrumento dentro de su ordenamiento jurídico.

La Constitución confiere al Presidente de la República las atribuciones de cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados internacionales, etc.; así como suscribir o ratificar los tratados internacionales y otros instrumentos internacionales según los artículos 147 y 418. El presidente debe precautelar la soberanía de la Constitución y verificar que los tratados no vayan en contra de la misma previa ratificación. Igualmente, el presidente deberá notificar a la Asamblea el tratado que suscriba y éste sólo podrá ser ratificado diez días después de que la Asamblea haya sido notificada.

Los tratados referentes a materia territorial o de sus límites; los que establezcan alianzas políticas o militares; que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley; que comprometan a política económica del Estado, que comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio, que atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional, entre otras, no podrán ser ratificadas sin previo aprobación de la Asamblea Nacional según lo establece el Art. 419 y el Art. 120 de la Constitución.

Una vez ratificado el tratado, constará su consentimiento de obligarse al mismo al efectuarse “el canje entre los Estados contratantes o su depósito en poder del depositario o su notificación a los Estados contratantes o al depositarios si así se ha convenido” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, art. 16). Así termina el trámite de vinculación a dicho cuerpo legal y empieza a surtir efecto frente a los demás Estados partes.

Sin embargo, “los tratadistas coinciden en que para surtir efectos y tener real vigencia, el Derecho Internacional requiere adquirir las características que tiene todo derecho interno” (Ávila & Valencia, 2006). Si bien, el Derecho Internacional Público surge con el fin de regular las relaciones entre los Estados, salvo ciertas excepciones, sus normas no son auto ejecutables, ya que carece de órganos jurisdiccionales que haga cumplir sus disposiciones. El Ecuador, tomando en cuenta lo anteriormente mencionado, debe facilitar la aplicación de los instrumentos internacionales dentro de su jurisdicción para que estos se tornen realmente efectivas.

En cuanto a la relación que existe entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno han surgido dos teorías. Estas son: la teoría dualista y la teoría monista.

La teoría dualista, expuesta principalmente por Triepel y la de Anzilotti, manifiesta que el derecho internacional público y el derecho interno son dos ordenamientos jurídicos diferentes. El DIP tiene fuentes y sujetos distintos al derecho interno y por tanto, “ambos sistemas normativos son órdenes autónomos e independientes el uno respecto al otro, en el sentido de que la forma de creación de normas es diferente y el sentido de uno no depende del otro” (Oliveira, 2011, pág. 130). Sin embargo, coexisten entre sí y si la norma de un ordenamiento se aplica a la otra, ésta adquiere la “cualidad de norma del otro ordenamiento” (Oliveira, 2011, pág. 130) ya que es la conexión entre ambos sistemas.

Por otra parte, la teoría monista, apoyada por Kelsen, se basa en el principio de subordinación entre las normas de manera jerárquica en la que las normas de mayor jerarquía pueden aplicarse directamente dentro de las normas de menor jerarquía. Kelsen expuso que ambos ordenamientos jurídicos son idénticos ya que cuentan con las mismas funciones y destinatarios, aunque en el DIP los Estados se encuentran representando a las sociedades.

De la tesis monista y dualista nace la tesis de coordinación, que parte de la jerarquización de las normas (monista) pero debe existir la coordinación entre el DIP y el Derecho Interno (dualista).

Al analizar las tesis expuestas anteriormente, la tesis de coordinación, es la que mejor se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico. Como expresa la Constitución ecuatoriana, una vez que ha sido ratificado un tratado, éste pasa a ser parte del ordenamiento jurídico

interno. Una vez que haya sido publicado dentro del Registro Oficial, éste queda perfeccionado dentro del mismo.

El Registro Oficial se encarga de “difundir y publicar las disposiciones legales que regirán a los ciudadanos nacionales y extranjeros que habitan en el territorio ecuatoriano, siendo el único órgano de comunicación legal entre el Gobierno Nacional y sus habitantes para dar a conocer las leyes, decretos, reglamentos y demás actos, documentos y disposiciones jurídicas para su vigencia y validez en todo el Estado” (Registro Oficial , 2012)

2.1.5. La Constitución del 2008 y el Derecho Internacional Humanitario

En relación al Derecho Internacional Humanitario, la Constitución del 2008 no expresa la incorporación de las normas ni principios del DIH dentro del ordenamiento jurídico, salvo ciertas excepciones.

Sin embargo, como se ha expuesto anteriormente, el Ecuador al reconocer al Derecho Internacional como norma de conducta e impulsar la ratificación de los convenios internacionales. Además, de ratificar los principales convenios del DIH que son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos Adicionales I y II de 1977, así como la mayoría de los Convenios sobre la prohibición y control de efectivos y medios militares, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados reconocidos por voluntad propia ratifica su interés por formar parte del DIH.

Como los doctores Ramiro Ávila Santamaría y José Valencia Amores manifiestan en su libro *Ecuador y el Derecho Internacional Humanitario (DIH)*:

“La vinculación del Ecuador con el DIH se sustenta de manera primordial en su alto grado de participación en instrumentos internacionales sobre la materia” (Ávila & Valencia, 2006, pág. 31).

Las normas de DIH son superiores a las leyes nacionales e inferiores a la Constitución y consecuentemente, en caso de conflicto de normas entre las mismas “los jueces y juezas lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”. En otras palabras,

si existen leyes que vayan en contra de los Convenios de DIH, éstas serán consideradas inaplicables por ir en contra de un tratado ratificado por el Ecuador.

La actual Constitución desde el Art. 164 al 166 regula el Estado de excepción el cual podrá decretarse en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interno, calamidad pública o desastre natural.

El Estado de excepción, nace desde tiempo de los romanos con el nombre de *tumultum*, que etimológicamente significa “una situación de emergencia posterior a una guerra, a una insurrección o a una guerra civil” (Granja, 2011) y posteriormente se declara un *iustitium* que significaba la “suspensión del derecho” (Granja, 2011).

El Ecuador deberá decretar en estado de excepción en los casos determinados en la Constitución y tomando en cuenta que sea un amenaza real e inminente que ponga en peligro “la vida misma de la nación” (Granja, 2011).

A pesar de que la aplicación del DIH comienza a regir desde el momento en que empiece el conflicto armado, el Estado de excepción tiene gran relevancia pues reconoce la existencia de un conflicto armado y por tanto, facilita la implementación de los normas de DIH.

Finalmente, la Constitución reconoce la atención preferente de los derechos de las personas consideradas como “atención prioritaria” en los casos de desastres, conflictos armados y estados de emergencia, según lo menciona en el capítulo tercero y se estipula en el Art. 80 sobre la imprescriptibilidad de los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra como también lo establece el Art. 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

2.2. El Código Penal

Hasta el año 2010, el Código Penal ecuatoriano no contaba con un capítulo específico que sancionara la vulneración del Derecho Internacional Humanitario, sin embargo, éste tipifica algunos actos que van en contra de los Convenios de Ginebra y Protocolos Adicionales I y II.

De allí se realizará el siguiente análisis comparativo entre el Código Penal y las normas del DIH:

- Art. 114.4.- Delitos de función militar o policial.- Delitos de función militar o policial son las acciones u omisiones tipificadas en el presente Código, cometidas por una o un servidor militar o policial en servicio activo, que se encuentre en relación directa, concreta, próxima y específica con su función y posición jurídica de acuerdo a la misión establecida en la Constitución y demás leyes aplicables, que afecten a las personas, a los bienes o a las operaciones de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Los delitos de función pueden cometerse en tiempo de paz o durante conflicto armado internacional o no internacional (en concordancia con los Convenios de Ginebra, en especial con el Convenio IV relativo a la protección de las personas civiles y sus bienes muebles e inmuebles; que igualmente se encuentran protegidos por los Protocolos Adicionales I y II).
- Art. 114.6.- Imprescriptibilidad.- Las acciones y penas previstas para los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, tortura, o crímenes de agresión a un Estado son imprescriptibles. (Igual redacción que el artículo 29 del Estatuto de Roma sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia).
- Art. 117 y 120 relativos al espionaje se encuentran en proporción con el Art. 68 del IV Convenio de Ginebra, en cual estipula: “no se puede prever la pena de muerte con respecto a las personas protegidas más que en los casos en que éstas sean culpables de espionaje, de actos graves de sabotaje contra las instalaciones militares de la Potencia ocupante (...)”.

Sin embargo, el Código Penal Ecuatoriano no contempla la pena de muerte como castigo, más sí la reclusión mayor por el cometimiento de este delito.

“Art. 117. 5.- Los ecuatorianos que hubieren ocultado o hecho ocultar a espías o soldados enemigos, conociéndoles como tales. (Código Penal)

Art. 120.- El extranjero convicto de espionaje será reprimido con la pena señalada en el art. 115, es decir de doce a dieciséis años”. (Código Penal)

Arts. 130 y 131

Art. 130.- El que en cualquier forma o por cualquier medio se alzare contra el Gobierno, con el objeto de desconocer la Constitución de la República, deponer al Gobierno constituido, impedir la reunión del Congreso o disolverlo, o provocar la guerra civil, será reprimido con reclusión mayor de cuatro a ocho años.

Art. 131.- La conspiración encaminada a conseguir alguno de los fines mencionados en el artículo anterior, será reprimida con prisión de seis meses a tres años. (común al art. 3 de los cuatro Convenios de Ginebra referente al conflicto armado no internacional y al Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional)

En el año 2010, se da un avance significativo para el Derecho Internacional Humanitario dentro de la legislación Ecuatoriana. La Asamblea Nacional aprobó el proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal para la Tipificación de los Delitos Cometidos en el Servicio Militar y Policial, publicado en el Registro Oficial Suplemento No 196, el 19 de Mayo del 2010.

Esto se dio como una reforma al Código Penal Militar y Policial, actualmente derogados, puesto que dichas normativas no respondían a los principios establecidos en la Constitución ni a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por tanto, se buscó unificar la unidad jurisdiccional, según lo establece el Código Orgánico de la Función Judicial y de esta manera, garantizar los principios de igualdad e imparcialidad en el juzgamiento de las personas que pertenezcan al servicio militar. Además, se tomó en cuenta que el Ecuador ha ratificado los Convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos Adicionales I y II de 1967 y demás convenios relacionados al DIH, que comprometen al mismo a adecuar su sistema jurídico.

Tomando en cuenta lo anteriormente mencionado, se añade el Título XI relativo a los Delitos de Función de Servidoras y Servidores Policiales y Militares. Dentro del mismo, contiene el Capítulo IV que contempla los Delitos contra las Personas y Bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

Así, desde el Art. 602. 37 al Art. 602.61 tipifican las conductas que vulneran la aplicación del Derecho Internacional Humanitario a las personas y bienes protegidos por el mismo, que no se encontraban contempladas hasta ese momento dentro del Código Penal.

Así:

- El art 602.37 hace referencia al Título I tanto de los Convenios de Ginebra como a los Protocolos Adicionales I y II, en cuanto a las disposiciones generales. La aplicación de dichos convenios iniciará desde que exista la guerra declarada o incluso desde el día que tenga lugar el conflicto, independientemente que el Presidente lo haya declarado formalmente como tal. Por otro lado, éste se entenderá como concluida una vez que se hayan cesado las operaciones militares y se haya restablecido las condiciones de seguridad que hubiesen sido afectadas.
- Art. 602.38. tiene concordancia en cuanto a las personas protegidas por el DIH a través de sus instrumentos. Estas son:
 1. La población civil
 2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa
 3. El personal sanitario o religioso
 4. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados (Capítulo III Protocolo Adicional I)
 5. Las personas que han depuesto las armas
 6. Las personas que se encuentran fuera de combate o indefensas en el conflicto armado
 7. Quienes, antes del inicio de las hostilidades, pertenecían a la categoría de apátridas o refugiados

8. Los asilados políticos

9. El personal de las Naciones Unidas y personal asociado protegido por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado

10. Cualquier otra persona que tenga esta condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales.

- Art. 602.39.- Homicidio de persona protegida.- En concordancia especialmente con el Art. 50 del Convenio de Ginebra I, que lo sanciona como una infracción grave, art. 51 del Convenio de Ginebra II, art. 131 del Convenio del Ginebra III, art. 32 y 147 del Convenio de Ginebra IV, art. 75 Protocolo Adicional I y art. 4 Protocolo Adicional II. Establece que serán sancionadas con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, la servidora o servidor militar que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, mate a persona protegida.
- Art. 602.40.- Tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes en persona protegida.- Será sancionado con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, la servidora o servidor militar que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, torture o infrinja tratos crueles, inhumanos o degradantes a persona protegida.

Corresponde al Art. 3 de los Cuatro Convenios, además del Art. 12 del Convenio I y II referente a la protección de los enfermos y heridos de las fuerzas armadas y la prohibición de someterlos a torturas. Además, es considerado como una infracción grave según el Art. 50 del Convenio I, Art. 51 Convenio II, art 130 Convenio III y Art. 147 Convenio IV. Así mismo, se prohíbe infligir a los prisioneros de guerra ninguna tortura física ni moral para obtener datos según se establece en el Art. 17 del Convenio III, el art. 32 del Convenio IV, el Art. 75 del Protocolo Adicional I inciso 2 y el Art. 4 inciso 2 del Protocolo

- Art. 602.41.- Castigos colectivos en persona protegida.- Será sancionado con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, la servidora o servidor militar que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, infrinja castigos colectivos a persona protegida. (Relacionado con el Art. 33 del Convenio IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra que prohíbe los castigos colectivos, así como la intimidación o el terrorismo)
- Art. 602.42.- Referente a las mutilaciones y experimentos en persona protegida común en el Art. 3 de los Convenios de Ginebra además del Art. 13 del Convenio III sobre el trato humano de los prisioneros y el Art. 32 del Convenio IV sobre la prohibición de los castigos corporales a las personas protegidas.
- Art. 602.43.- Lesión a la integridad física de persona protegida.- cuando afecte o lesione la integridad física de persona protegida, siempre que no constituya otro delito de mayor afectación a la persona. El presente artículo se encuentra considerado como infracción grave dentro del Art. 50 del Convenio I, Art. 51 del Convenio II, Art. 130 del Convenio III y el Art. 147 del Convenio IV.
- Art. 602.44.- Atentado a la integridad sexual y reproductiva de persona protegida.- Cuando se lesione o afecte la integridad sexual o reproductiva de persona protegida. Este delito comprende la violación y las demás conductas que según este Código afecten la integridad sexual o reproductiva.

Dicho artículo guarda relación con el Art. 3 común en los Convenios de Ginebra y el Art. 27 del Convenio de Ginebra IV en cuanto a la protección de las personas protegidas y el respeto de las mujeres y la prohibición de atentar contra su pudor, honor, a la violación y la prostitución.
- Art. 602.45.- Privación de la libertad de persona protegida.- Se considera ilícito la privación de la libertad de una persona protegida; así como la toma de rehenes, detención ilegal, la deportación ilegal, el desplazamiento forzado y la demora en la repatriación.

Artículo común en el Art. 3 de los convenios de Ginebra además del Título IV, Sección I y II relativo a la Repatriación directa y la liberación de los prisioneros después de finalizadas las hostilidades en el Convenio III y el Art. 36

correspondiente a las modalidades de repatriación en el Convenio IV, el Art. 75 Protocolo Adicional I y los Arts. 4 y 5 Protocolo Adicional II).

- Art. 602.46.- Reclutamiento de niños, niñas y adolescentes.- se encuentra prohibido el reclutamiento de niñas, niños o adolescentes en las fuerzas armadas al igual que, lo establece el art. 50 en cuanto a la protección de los niños del Convenio IV, el Art. 77 del Protocolo Adicional I relacionado con la protección de los niños y el Art. 4 de las Garantías fundamentales del Protocolo Adicional II. Sin embargo, el Código Penal ecuatoriano prohíbe totalmente el reclutamiento de niños, niñas y adolescentes mientras que, los Convenios y Protocolos hacen referencia a los niños menores de 15 años y permite el reclutamiento de los mayores de 15 años en casos excepcionales.

- Arts. 602.47 y 602.54.- Denegación de garantías judiciales de persona protegida y los delitos contra los participantes activos en conflicto armado.- una persona no podrá ser privada de las garantías del debido proceso o que se le imponga o ejecute una pena sin que haya sido juzgada en un proceso judicial ni impedir o dilatar su liberación o repatriación.
Estos tienen concordancia con el Capítulo III, sección III de las Diligencias Judiciales del Convenio III, el Art. 5 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra menciona el derecho a tener un proceso equitativo y legítimo; y el Art. 71 que menciona la prohibición de dictar una condena que no haya sido precedido de un proceso legal en el Convenio IV.

- Art. 602.48.- Abolición y suspensión de derechos de persona protegida.- Al igual que en los Convenios de Ginebra que establece la imposibilidad de renunciar total o parcialmente de los derechos que otorgan los convenios según el Art. 7 común en los Convenios de Ginebra I, II, III; Art. 8 del Convenio IV; el Art. 75 del Protocolo Adicional I y el Art. 4 de los Protocolos Adicionales II.

- Los Arts. 602.49 al 602. 53.- tiene que ver con los ataques cometidos contra las personas, así como atentar contra la omisión de las medidas de protección y ayuda sanitaria que deben ser protegidas y respetadas por las Partes en conflicto

como lo establece los cuatro Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales I y II. Los Convenios buscan proteger a las personas protegidas así como sus derechos de recibir la ayuda correspondiente independientemente de su condición de prisioneros, combatientes o no combatientes. Esto se realizará a través de unidades y medios de saneamiento; así como la ayuda de la Cruz Roja y el CICR.

- Los Arts. 602.55 y 602. 57.- Ataque a bienes protegidos y la destrucción o apropiación de los bienes de la parte adversa.- Se encuentran prohibidos los bienes que no constituyan objeto militar, los bienes destinados a la existencia e integridad de las personas civiles o destinados a su supervivencia o atención, los bienes de patrimonio histórico, cultural y demás bienes protegidos por el DIH. Así mismo se prohíbe la destrucción de los bienes de la parte adversa, sin necesidad militar imperativa.

La destrucción y apropiación de los bienes protegidos dentro de los Convenios y Protocolos es considerada con infracción grave según el Art. 50, 51, 130 y 147 de los Convenios I, II, III y IV respectivamente. Además, en el Art 33 del Convenio IV prohíbe las represalias contra las personas protegidas y sus bienes; así como el Art. 53 que prohíbe que la potencia ocupante destruya bienes muebles e inmuebles cuando no sean operaciones bélicas. El Protocolo Adicional I dentro del Capítulo III, Arts. 52, 53 y 54, establece la protección de los bienes de carácter civil, los bienes culturales y los bienes indispensables para la supervivencia así como los Arts. 14, 15 y 16 del Protocolo Adicional II y en concordancia de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954.

- En cuanto a los artículos 602.56, 602.58, 602.59 y 602.60 sanciona el empleo de métodos y medios de la conducción de la guerra establecidos dentro del Derecho Internacional Humanitario así como las armas prohibidas dentro de los conflictos armados.

Aunque el Protocolo Adicional I menciona los métodos prohibidos en la conducción de los conflictos armados en los Arts. 35 y 36, el Derecho de la Haya limita el sufrimiento de los combatientes y no combatientes a través de la

prohibición de ciertos métodos y medios de guerra. Entre los convenios que prohíben los medios y métodos se encuentran: el Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas bacteriológicas, la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 1980, la Convención de 1993 sobre armas químicas, la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, firmada en Ottawa, en 1997, entre otras.

- Finalmente, el art. 602.61.- Menciona el uso indebido de signos protectores, distintivos y símbolos patrios contemplados igualmente en los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales I y II como el abuso del signo distintivo.

2.3. Corte Penal Internacional

2.3.1. Antecedentes

El Estatuto de Roma tiene gran relevancia en el Derecho Internacional. Este nace para “establecer un tribunal internacional autónomo y de carácter permanente con el objeto de juzgar crímenes internacionales” (Comisión Andina de Juristas, 2007, pág. 20) que violan los derechos humanos.

La Corte Penal Internacional es el fruto de varios procesos que buscaban crear un tribunal que sancione a las personas acusadas de genocidio, de lesa humanidad, crímenes de guerra, entre otros crímenes de interés internacional.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, se vio la necesidad de crear un Código Penal Internacional y una Corte Penal Internacional. El 8 de agosto de 1945, se firma en Londres el Acuerdo para la creación del Tribunal de Nuremberg y a la par, en 1946, se instauró el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (con sede en Tokio). Estos tribunales, creados por las países vencedores, tenían como objetivo el “procesamiento y castigo de los grandes criminales del eje Europeo” (Arellano Ortiz, pág. 7). Sin embargo, dichos tribunales fueron blanco de grandes críticas pues se

instauraron juicios en la que los jueces formaban parte de los países vencedores, dejando de lado la imparcialidad, el debido proceso, la falta de tipicidad, entre otros.

A pesar de las críticas que han recibido dichos tribunales, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, mediante resolución 95 (I) de 11712/1946 confirmó los principios y las sentencias emitidas por el Tribunal de Nuremberg. Tanto el Estatuto del Tribunal de Nuremberg como el de Tokio serían la base para “elaborar un Proyecto de Estatuto así como un Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad” (Comisión Andina de Juristas, 2007, pág. 22).

Sin embargo, la Guerra Fría trajo consigo estancamientos sobre este proceso. Al finalizar la Guerra Fría, en 1989, Trinidad y Tobago se propone a la Asamblea la creación de la Corte Internacional. No obstante, esto no sería un impedimento para que se den violaciones contra la Convención de Genocidio y los Convenios de Ginebra cometidos en la Guerra de Bosnia-Herzegovina (1992), los mismos que fueron determinantes para reforzar la necesidad de una Corte Internacional. Este mismo año, la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derecho Internacional la preparación del proyecto del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El impulso final para la constitución de la Corte Penal Internacional vendría con la instalación de los Tribunales *ad hoc* para juzgar los crímenes de guerra y las violaciones contra el Derecho Internacional Humanitario tanto en la ex Yugoslavia como en Ruanda, en 1993 y 1994 respectivamente. Estos fueron creados por el Consejo de Seguridad por Resolución 827 (Yugoslavia) y Resolución 955 (Ruanda) para el cese de violaciones graves contra el DIH que amenazan la paz y la seguridad internacional. Estos fueron de gran trascendencia pues contribuyeron a tipificar el contenido y las formas de Genocidio.

El 17 de Julio de 1998, en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Roma, 120 Estados aprobaron el Estatuto de la Corte Penal Internacional teniendo a Senegal como el primer país en ratificar el Estatuto en 1999. En el año 2002, ratificaron sesenta países el Tratado de Roma, requisito mínimo para la creación de la CPI y que ésta pueda entrar en funcionamiento.

2.3.2. La Corte Penal Internacional

La creación de la Corte Penal Internacional surge como la voluntad de la Comunidad Internacional de “garantizar una persecución penal efectiva de cualquier persona responsable de crímenes que amenacen la paz, la seguridad y el bienestar del mundo, en cualquier lugar donde se haya cometido” (Eiroa, 2004, pág. 71).

Como se estipula en el Art. 1 del Estatuto de Roma “La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”.

A diferencia de los Tribunales *Ad-Hoc*, la Corte es un tribunal autónomo, permanente y complementario de las jurisdicciones penales nacionales. Éste permite juzgar los crímenes internacionales al momento de su cometimiento y evitar así que estos queden impunes y castigar a los culpables. Sin embargo, los Estados tienen jurisdicción para investigar y enjuiciar tales crímenes internacionales y la Corte, al ser complementaria, será competente siempre para resolver un asunto, incluso cuando los Estados partes no tengan la voluntad, la capacidad o la real disposición de hacerlo. Cuenta además, con la condición jurídica internacional con el fin de poder realizar sus funciones y propósitos según lo establece el Art. 4 del Estatuto de Roma.

Un aspecto importante dentro del Estatuto de Roma es que regula la cooperación que debe existir entre los Estados Parte y la CPI para llevar a cabo la investigación; la entrega de las personas; y, el enjuiciamiento de los crímenes de su competencia dentro de su Parte IX. Establece la necesidad de asegurar procedimientos y formas de cooperación dentro del derecho interno de los Estados Parte.

2.3.2.1. Los criterios para establecer competencia de la Corte Penal Internacional y los crímenes que puede juzgar

La competencia de la CPI se establece en el Art. 5 del Estatuto, que remarca que la Corte se “limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”.

Estos crímenes son:

- El crimen de genocidio (Art. 6): son aquellos actos que tienen como fin destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso mediante la matanza, la lesión grave a la integridad física o mental, el traslado por la fuerza de los niños de un grupo a otro, sometimiento intencional del grupo que acarree su destrucción total y medidas que tengan como fin impedir nacimientos en el seno del grupo.
- Los crímenes de lesa humanidad (Art. 7): aquellos ataques en contra de la población y con conocimiento de dicho ataque. Estos incluyen el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación forzosa de la población, la privación de libertad, tortura, esclavitud sexual, embarazo forzoso, persecución de un grupo, desaparición forzosa, el crimen del *apartheid* y demás actos inhumanos que causen graves daños contra la integridad física y mental.
- Los crímenes de guerra (Art. 8): relacionado directamente con las infracciones graves estipuladas tanto en los Convenios de Ginebra de 1949 como en los Protocolos Adicionales I y II de 1977 contra las personas y bienes protegidos por los mismos tanto dentro de los conflictos armados internacionales como no internacionales.
- Los crímenes de agresión: según el art. 5 la Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará.

Además, existen criterios para determinar la competencia de la Corte Penal Internacional que son en razón de materia, territorio, personas y del tiempo.

En razón de materia, la CPI según consta en el Art. 12 del Estatuto es competente sobre los crímenes a los que se refiere el Art. 5, los mismos que se encuentran desarrollados en los artículos siguientes (Arts. 6, 7 y 8) del mismo. Estos son los crímenes de genocidio, lesa humanidad, de guerra y agresión.

En razón del territorio, como menciona el Art. 12.2 de Estatuto, la Corte ejerce competencia sobre los hechos que acontezcan sobre uno o varios Estados Parte del Estatuto de Roma o cuando el acusado del crimen sea nacional de uno de los Estados Partes. Además, podrá ejercer competencia cuando el Consejo de Seguridad remita al

Fiscal una situación en la que se presume haberse cometido dichos crímenes internacionales y cuando un Estado que no sea parte, “mediante declaración depositada en poder del Secretario, consiente que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate” según se establece en el Art. 12, inciso 3.

En razón de personas, según lo establece el Art. 25 del Estatuto, “la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales” pero no será competente para juzgar a los que fueren menores de 18 años (Art. 26) ni sobre personas jurídicas y Estados. Esto se dará si la persona ha cometido el crimen en un Estado Parte, si dicha persona es nacional de un Estado Parte o si el Estado ha reconocido la competencia de la CPI para juzgar dicho crimen.

En razón de tiempo, según lo estipula los Arts. 11 y 24 “nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a la entrada en vigor del presente Estatuto”.

2.3.2.2. La Estructura de la CPI y sus funciones

La Corte se encuentra estructurada por la Secretaría, la Fiscalía, la Sección de Cuestiones Preliminares, la Sección de Primera Instancia, una Sección de Apelaciones y la Presidencia.

La Presidencia se encarga de la administración de la Corte, a excepción de la Fiscalía, con la que trabaja conjuntamente en los asuntos de interés común. Por su parte, la Secretaría se encarga “de los aspectos no judiciales de la administración de la Corte” según se establece en el Art. 43 del Estatuto de Roma.

La Fiscalía juega un papel muy importante dentro de la Corte. Como establece el Art. 42 del Estatuto, ésta es un órgano separado de la Corte que se encarga de recibir remisiones y evaluar la información que disponga de los crímenes competentes a la Corte o de abrir una investigación por iniciativa propia con el fin de investigar si existen fundamentos razonables para creer que se ha dado el cometimiento de un crimen y si ésta es competente para resolverla.

Con el objetivo de “establecer la veracidad de los hechos, podrá ampliar la investigación a todos los hechos y las pruebas que sean pertinentes para determinar si hay

responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto y, a esos efectos, investigará tanto las circunstancias incriminantes como las eximentes”. (Art. 54, inciso A)

Si la Fiscalía considera que no existen los fundamentos suficientes para determinar el juzgamiento o que la Corte no es competente, deberá notificar a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que ha remitido el caso o al Consejo de Seguridad cuando éste sea el caso. Asimismo, cuando el fiscal considera que existe la oportunidad de proceder a una investigación, éste deberá comunicarlo a la Sala de Cuestiones Preliminares.

La Sala de Cuestiones Preliminares podrá dictar providencias y ordenes necesarias para los fines de investigación, incluir medidas que contribuyan a preparar la defensa del acusado, asegurar la protección de las víctimas y testigos, la preservación de pruebas, autorizar la investigación dentro del Estado Parte cuando no haya obtenido cooperación del mismo y demás atribuciones contempladas en el Art. 56 del Estatuto de Roma.

La Sala de Cuestiones Preliminares se encarga, igualmente, de ordenar la detención de una persona cuando el Fiscal lo solicitase y cuando existan las pruebas suficientes para hacerlo y asegurar la comparecencia del detenido en el juicio. Una vez que el Estado de detención entrega el imputado a la Corte, la Sala de Cuestiones Preliminares deberá informarle los crímenes que les es imputado y de sus derechos (Art. 60).

Posteriormente, la Sala de Cuestiones Preliminares celebrará una audiencia para confirmar los cargos en presencia del Fiscal, del imputado y su defensor. Una vez que hayan sido confirmados los cargos, se le asignará una Sala de Primera Instancia “para su audiencia por los cargos confirmados” (Art. 61, inciso 7. A) o en caso de que sea necesario pedirá exhibir nuevas pruebas al Fiscal.

El fallo deberá ser por escrito, fundamentado en las pruebas y se referirá únicamente en los cargos descritos. Se buscará un fallo unánime pero en caso de no conseguirlo, éste será adoptado por la mayoría, según el Art. 74, en la que deberá constar la reparación adecuada que debe darse a las víctimas. La reclusión no podrá exceder de 30 años o reclusión de perpetuidad según la extrema gravedad del crimen (Art. 77). Sobre los fallos, cabe el recurso de Apelación y Revisión ante la Sala de Apelaciones.

2.3.2.3. Los derechos de los procesados y testigos

Al igual que el Código Penal Ecuatoriano, el Estatuto de Roma cuenta con derechos y garantías que deben cumplirse durante el juzgamiento por los crímenes dentro de la Corte Penal Internacional.

Estos son:

- *Nullum crimen sine lege* (Art. 22): no podrán ser penalmente juzgados a menos que tengan competencia la Corte, en el momento de su cometimiento.
- *Nulla poena sine lege* (Art. 23): quien sea declarado culpable deberá ser penado de conformidad con las penas establecidas en el Estatuto.
- *Irretroactividad ratione personae* (Art. 24): nadie podrá ser juzgado por dicho Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.
- *Circunstancias eximentes de responsabilidad penal* (Art. 31): una persona será eximida de responsabilidad cuando padeciera de un enfermedad mental, cuando este en un estado de intoxicación que le prive su capacidad para apreciar la ilicitud de su conducta, cuando actúe en defensa propia o de un tercero; las mismas que deberán ser determinadas por la Corte si serán admitidas o no.
- *La presunción de inocencia* (Art. 66): se presume la inocencia de toda persona mientras no se pruebe lo contrario.

Además, según lo estipulado en el Art. 67, el acusado con el derecho de ser oído públicamente, de ser informado de los cargos que les sean imputados, a ser juzgado sin dilaciones indebidas, entre otros derechos.

Las víctimas y testigos también contaron con las medidas necesarias para proteger su seguridad y su bienestar físico y psicológico. Inclusive, se podrá adoptar audiencias cerradas o pruebas por medios electrónicos para proteger a los mismos o prohibir la presentación de pruebas que puedan causar un daño peligro a los testigos o su familia.

En síntesis, la Corte Penal Internacional, más que un intento por absorber las jurisdicciones penales nacionales, es una competencia complementaria a la jurisdicción nacional que busca no dejar en la impunidad los casos que no se encuentra tipificados por un país, que no existan mecanismos para juzgar los mismos o que por falta de voluntad del Estado no hayan sido castigados.

El gobierno ecuatoriano mediante Decreto Ejecutivo No. 2256, publicado en Registro Oficial 506, del 31 de Enero del 2002, ratificó el Estatuto del Roma de la Corte Penal Internacional y por tanto, en caso de que existan crímenes de guerra que no hayan sido juzgados por el Estado ecuatoriano, la Corte Penal Internacional será el órgano competente para resolverlo.

CAPÍTULO III

LAS PERSONAS DESPLAZADAS POR EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO Y LA APLICACIÓN DEL DIH EN ECUADOR

Dentro del Derecho Internacional Humanitario existe un tema de gran importancia como es el tema de los refugiados. Estos reciben protección especial según lo establece el Cuarto Convenio de Ginebra y el Protocolo Adicional I, pero sobre todo la Convención de 1951 que manifiesta la protección y ayuda a los refugiados y desplazados internos.

Los refugiados son personas muy vulnerables y por ésta razón requieren de protección internacional ya que, su propio país no ha podido garantizarles el efectivo cumplimiento de sus derechos, razón por la cual emigran a países vecinos o lejanos, en busca de seguridad.

Dentro del presente capítulo se analizará el inicio del conflicto armado en Colombia; la situación de los refugiados colombianos en Ecuador; y, el proceso para conseguir la Visa 12 IV también conocida como la Visa de Refugio.

3.1. Introducción a la Violencia en Colombia

La movilización de colombianos al Ecuador se hace más evidente desde tiempos de la Gran Colombia. Existieron diversas dinámicas entre los pueblos fronterizos de Colombia y Ecuador relativos al comercio y la cultura que fueron estableciendo parentescos. En la actualidad, éstos se han ido acoplado y han generado fuertes nexos económicos entre los pueblos fronterizos.

Al igual que la migración del pueblo colombiano, los conflictos actuales de Colombia se remontan al siglo XIX. Tras su independencia de los españoles, existieron disputas por el poder y la supremacía entre el partido liberal y el conservador.

Colombia, a lo largo de su historia, ha presenciado varias guerras civiles que trajeron consigo pérdidas económicas y humanas incalculables. Tras varios años de guerras y disputas entre el partido liberal y conservador, surge una “oposición beligerante que defendería, por un lado, la idea de legítima violencia frente a los abusos de poder, y por otro, la práctica del atentado personal. Así se organizarían grupos irregulares, armados, que buscaban paralizar la participación electoral del liberalismo y después, descontar la diferencia de votos matando al opositor” (Chibchombia, 2008).

Posteriormente, con el asesinato del líder liberal Jorge Eliecer Gaitán, en el año de 1948, provocó la ira de la multitud y trajo consigo la muerte de quien estuviera a su paso, llamando a la revolución. Este hecho fue conocido como el “Bogotazo”, así como el inicio del período denominado la “Violencia”. Durante los años de 1948-1953 surgieron varios grupos irregulares que continuaron las represalias contra los liberales.

Aunque el gobierno del General Gustavo Rojas Pinilla consiguió una paz efímera, la violencia continuaba y la posterior renuncia del General Rojas a la presidencia llevó a la creación del Frente Nacional, en 1958. Este régimen político buscaba la reorganización del país luego de la presidencia del mismo; además que:

“Estaba basada en la alternativa sucesiva en el poder entre los partidos liberal y conservador durante 16 años, en el que los cargos públicos se repartirían por mitades entre ambos partidos, así como los asientos en el Congreso, y la norma de aprobación por las dos terceras de cualquier ley importante, con la cual se buscaba garantizar la unidad del bloque político en el poder” (Erazo Martinez, 2005, pág. 10).

Para los años 60, surgieron nuevos grupos revolucionarios entre los que se encuentra el más activo actualmente conocido como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y el Ejército Popular de Liberación (EPL).

Por otro lado, surgen las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) como una organización ilegal paramilitar de extrema derecha, que busca evitar el secuestro de familiares de los narcotraficantes. Estos, considerados terroristas, se consolidaron en

1997 cuando Carlos Castaño logró unificar a los paramilitares y crear las AUC. Actualmente, luego que en el año 2001, Castaño dejara el liderazgo de las AUC, cayeron en crisis y se encuentran en negociaciones con el gobierno. Sin embargo, las AUC han sido responsabilizadas por varias masacres, amenazas y desplazamientos forzosos.

Colombia, por más de 60 años, ha sido parte de un conflicto interno donde los principales actores son el Gobierno de Colombia y las Fuerzas armadas, por otro lado; y las FARC, ELN y AUC, por otro. El conflicto obedece a intereses diferentes que han afectado tanto dentro como fuera del país, dándose así la “internalización del conflicto (Erazo Martínez, 2005, pág. 36).

En efecto, Ecuador comparte las líneas fronterizas tanto con los grupos revolucionarios como con los paramilitares trayendo consigo actividades ilegales, que incluyen ataques de carácter violento así como la instalación de bases de las FARC dentro del territorio ecuatoriano.

Si a esta situación se añade el crimen organizado y el tráfico ilegal de drogas se genera un impacto negativo sobre la sociedad, que se ve reflejado a través del incremento de migraciones forzosas. La mayor migración de colombianos que huyen fuera de su país se registra hacia Ecuador.

En 1998, Andrés Pastrana lanzó el Plan Colombia, que tenía como fin erradicar los grupos guerrilleros, fomentar la economía y sobre todo buscar la paz dentro de Colombia mediante negociaciones con la guerrilla. Sin embargo, éstas no tuvieron el impacto que el Presidente esperaba, por la cual decidió finalizar dichas negociaciones en el año 2002.

En la actualidad y tras 50 años del inicio del conflicto, lejos de alcanzar los objetivos de erradicar la guerrilla, han surgido nuevos actores dentro del mismo. Para el año 2009 se estimaba que las FARC contaba con un aproximado de “entre 6 y 16 mil integrantes” (Schussler, 2009, pág. 32). Sin embargo, con la muerte de varios de sus líderes, la guerrilla se ha debilitado considerablemente y ha perdido control sobre varios de los pueblos que gobernaba. Por su parte, el presidente Santos ha decidido retomar las negociaciones con las FARC y buscar la paz. Se ha comenzado las negociaciones el pasado 19 de Noviembre en La Habana y las FARC ha anunciado el cese unilateral del fuego, para “mostrar” así, su compromiso con un acuerdo entre las partes y la consolidación de la paz.

“De acuerdo con una encuesta reciente, la gran mayoría de los colombianos (77%) apoya los diálogos, aunque sólo el 54% está optimista sobre el resultado” (BBC Mundo, 2012). A pesar de que existe una postura negativa en cuanto a los procesos de paz, encabezada sobre todo por el ex presidente Alvaro Uribe, de derecha, se espera que las fuerzas armadas no tomen una postura negativa frente al dialogo y que se pueda conseguir en definitiva la paz.

3.2. Definición de refugiados y la situación de los refugiados por el conflicto armado en Ecuador

Según lo establece la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, Art. 1:

“Dentro de ámbito jurídico internacional, se entiende como refugiados a aquellas personas que son perseguidas por “motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, que se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueden o, a causa de dichos temores, no quieren acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuvieron su residencia habitual, no pueden o, a causa dichos temores, no quieren regresar a él”.

Por su parte, La Declaración de Cartagena sobre refugiados complementa la definición de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados señalando que:

“También son refugiados todas las personas que huyen de su país porque sus vidas, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público” (ACNUR, 2012).

Según el ACNUR (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados):

“395.949 personas han cruzado las fronteras en busca de protección internacional, de las cuales 113.605 han sido reconocidos oficialmente como refugiados. Con 55.971 oficialmente reconocidos por el Estado del Ecuador, el país tiene el número más alto de refugiados en América Latina”. (ACNUR, 2012).

Muchas de las personas que piden refugio en Ecuador son campesinos, personas de bajos recursos que tuvo que abandonar sus hogares por haber sido ocupados por los grupos armados de Colombia así como, otros que han sido extorsionados por los

mismos y deben pagar las denominadas “vacunas” para poder sobrevivir e inclusive gente joven que huye para evitar ser reclutada por las guerrillas, quienes les obligan a formar parte de sus filas.

Existen diversos motivos que impiden conocer a cabalidad las razones por las cuales los colombianos solicitan refugio especialmente por la “confidencialidad de los datos y el temor a las represalias de que pueden ser objeto los solicitantes, especialmente en las zonas de fronteras” (Rivera, 2007, pág. 28). Es muy común entre los refugiados el sentimiento de temor y persecución por parte de sus victimarios, que nunca termina. Es por esta razón “que se calcula que sólo dos de cada cinco colombianos que llegan a Ecuador presentan una solicitud” (Schussler, 2009, pág. 49).

El incremento en el movimiento de las personas colombianas ha aumentado considerablemente, sobre todo desde el año 2000, luego de la implementación del Plan Colombia. Éste endureció la lucha contra la guerrilla e implementó las fumigaciones contra las cosechas de cocaína, haciendo imposible la convivencia pacífica y afectando a los cultivos de la población colombiana fronteriza. La falta de estabilidad dentro de su propio país hace que muchos de los migrantes colombianos busquen refugio fuera de su país, entre esos Ecuador; y decidan radicarse dentro del mismo ya sea de manera legal o ilegal en especial en las Provincias fronterizas del Ecuador como son el Carchi, Sucumbíos, el norte de Esmeraldas y Quito. “Estos vienen principalmente del Valle del Cauca (30,2 %), Quindío (26%), Cundinamarca (15,6%) y el 10,4% de Antioquia” (Schussler, 2009, pág. 37).

“Varios solicitantes colombianos encuentran trabajo en el sector informal, vendiendo comida, artesanías, u otros productos pequeños en la calle” (INREDH, 2002). Estos se arriesgan al acoso de los policías, a ser arrestados e incluso a la explotación laboral por realizar actividades ilícitas; que muchos consideran un riesgo necesario para su supervivencia y para mantener a su familia.

Los colombianos cuentan con una situación totalmente desfavorable dentro del Ecuador, puesto que “todavía existe el estereotipo xenofóbico que estos vienen al país solamente para delinquir y robar trabajos” (Schussler, 2009, pág. 35). A pesar de que no existen datos certeros respecto al caso. La policía abusa de su autoridad y justifica sus acciones en contra de los colombianos como una medida para mantener el orden público,

violando el derecho de “no devolución” y demás derechos que se les garantiza dentro en un estado de derechos.

“Se calcula que entre el 25 y 40 por ciento de los colombianos que han venido a Ecuador para refugiarse del conflicto, solicitan refugio oficial con el Gobierno ecuatoriano. El grupo de solicitantes está conformado casi totalmente por gente de las clases baja y media porque los refugiados de la clase alta pueden pagar el trámite de un visa de negocios” (Rivera, 2007).

El resto de colombianos que se encuentran en condición de ilegales es por falta de conocimiento de la ley que los ampara y la posibilidad de obtener el estatus de refugiado por parte del Gobierno ecuatoriano. Son personas que se “sienten desprotegidas por su Gobierno que permite y fomenta el desplazamiento y desconfían de la posibilidad de protección de las instituciones civiles, frente al poder policial y militar y el abuso del mismo por parte de sus responsables” (Rodas León, 2004, pág. 2).

Muchos de los refugiados son personas que han tenido que salir de su país de un momento a otro, sin planearlo, dejando casas, bienes muebles e incluso sus documentos personales; documentos necesarios para acceder al refugio, a un trabajo, a un servicio médico, entre otros servicios básicos. Inclusive, para las personas que cuentan con estos documentos, existen trabas para conseguir su estatus de refugiados. Para otros, a pesar que cuentan con los documentos necesarios, su situación sigue pendiente hasta estos días.

Esto se debe al incremento masivo de colombianos que ingresan al Ecuador, además, de la falta de personal y de agilidad por parte de la Dirección General de Refugiados, dentro del Ministerio de Relaciones Exteriores, Integración y Comercio, para resolver las solicitudes.

3.3. Los refugiados y sus derechos en el Ecuador

Dentro de la legislación ecuatoriana se establece los derechos con los que cuentan los refugiados.

El refugio es una figura jurídica internacional reconocida como un derecho universal, a la que toda personas puede acceder tal como se encuentra previsto dentro de la

Declaración Universal de Derechos Humanos, como un medio de protección en el Derecho Internacional Humanitario y del Derecho de los Refugiados, que trabajan conjuntamente en beneficio de los más necesitados en todas partes y en todo momento. Asimismo, se encuentra normada por convenios internacionales como: La Convención de Ginebra de 1951, el Protocolo de 1967 y la Declaración de Cartagena dada en 1984.

La Convención de Ginebra de 1951 surge como una necesidad de precuatar los derechos de los refugiados luego de la Segunda Guerra Mundial. Posterior a la adopción del Convenio, existieron nuevas circunstancias que dicho Convenio no protegía y se vio la necesidad de crear un Protocolo adicional en el que “gocen de igual estatuto todos los refugiados independientemente de la fecha límite de 1 de enero de 1951” (Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados, 1967).

Como consecuencia de los hechos ocurridos y ante el desarrollo de las circunstancias que rodean a los refugiados, se vio la necesidad de desarrollar nuevas normas referentes a los refugiados, de alcance regional. Así es como surge, en 1969, la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África y la Declaración de Cartagena sobre Refugiados en 1984.

Según lo establece el Art. 4 de la Declaración de Cartagena de 1984 la Declaración es un documento internacional, de carácter regional, que nace con el fin de “ratificar la naturaleza pacífica apolítica y exclusivamente humanitaria de la concesión de asilo o del reconocimiento de la condición de refugiado” y de extender el concepto de refugiado tomando en cuenta la movilización de los refugiados en la región. Así se considera también como refugiados, según el Art. 3 de la Declaración a

“las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”

Es decir, dentro del concepto se toma en cuenta los elementos del DIH en cuanto a la protección de las personas civiles en los conflictos armados.

“Cuatro de los cinco elementos incluidos en la definición regional de refugiados de la *Declaración de Cartagena*, a saber: la violencia generalizada, la agresión externa, los conflictos internos y otras circunstancias que perturben seriamente el orden público, reflejan el hecho que los conflictos que enfrentan varios de los Estados centroamericanos originan muchos de los desplazamientos externos de personas en la región. Estos cuatro elementos deben comprenderse a la luz del Derecho Internacional Humanitario relativo a los conflictos armados el cual clasifica varios tipos de situaciones que implican diferentes niveles de violencia” (CIREFCA, Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos, Guatemala, pág. 10).

Actualmente, la legislación ecuatoriana establece garantías y derechos a los refugiados dentro de la Constitución y el Decreto Ejecutivo 1182 (que en lo sucesivo se denominará únicamente Decreto), publicado en el Registro Oficial 727, del 19 de Junio del 2012.

La Constitución del 2008 garantiza el cumplimiento de la misma así como de los instrumentos internacionales que hayan sido ratificados por el Ecuador. El Art. 41 establece el derecho a asilo y refugio garantizando así la movilidad humana, el derecho de no devolución y la prohibición de establecer sanciones penales en contra de las personas que se encuentren en situación irregular dentro del territorio ecuatoriano. El Art. 423 de la Constitución establece que “se garantice los derechos humanos de las personas en la región; la implementación que garantice los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados (...)”. Así, el Ecuador toma conciencia que ser refugiado va más allá de ser solamente extranjero. Son personas que se han visto forzadas a salir de sus países por una decisión ajena; personas a las que no se les ha garantizado una protección por parte de su propio país y que acuden al país de refugio para su protección, tanto física como integral.

Tomando en cuenta las garantías que establece la Constitución y los instrumentos internacionales, se derogó el Decreto 3301, publicada en el Registro Oficial No. 933, el 12 de Mayo de 1992 para expedir el Decreto Ejecutivo 1182. Éste define como refugiado a aquellas personas “que debido a temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera de su país de su nacionalidad y que no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país (...)”.

Los refugiados son personas que han sido amenazadas. Gente a la que se le ha causado un mal y que por tanto, se encuentran amenazados sus derechos de vida, seguridad y libertad; derechos protegidos por el Derecho Internacional de Derechos Humanos así como el DIH.

Por esta razón, los Estados se encuentran obligados a proteger a los mismos, a través de mecanismos que regulen su situación y protejan sus derechos. El Ecuador, por su amplia acogida a refugiados dentro de su territorio, ha hecho suyos varios principios establecidos dentro de los instrumentos internacionales y los ha plasmado en el Decreto 1182.

Los refugiados, al ingresar al país cuentan con los mismos derechos concedidos a los extranjeros en la Constitución, a excepción de aquellos que tengan que ver con una intervención con los asuntos internos o que comprometan la seguridad nacional. Aparte de no contar con los derechos políticos es menester considerar que también los refugiados deben merecer la protección de su identidad para evitar posibles represalias por parte de los grupos guerrilleros. Por otra parte, no pueden ser reconocidos como refugiados aquellas personas que hayan cometido delitos establecidos contra la paz, en contra la humanidad o que hayan cometido otro tipo de delito grave, fuera del territorio ecuatoriano.

Se debe tomar en cuenta el carácter civil del concepto de refugiados. Éstas son personas que no han participado dentro de hostilidades y considerado como “*sine qua non*” para obtener el refugio. En otras palabras, los refugiados por definición son personas civiles. Sin embargo, la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) establece la posibilidad que dentro de la categoría de refugiados también puede acceder aquellas personas desertores del servicio militar del Estado y excombatientes cuando se les hubiera obligado a realizar actividades contrarias a sus convicciones políticas, religiosas o morales.

Dentro del Decreto también se establece el principio de Unidad Familiar consagrado igualmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 16, numeral 3:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”

Esto, además de asegurar la unidad familiar como un derecho esencial, también busca la protección de los refugiados menores de edad. Así, se reconoce tanto como refugiado a la persona que lo solicita como a su cónyuge, hijos y demás familiares hasta el segundo grado de afinidad y cuarto grado de consanguinidad. Asimismo, formarán parte de una misma solicitud aquellos hijos mayores de edad, que dependan económicamente de sus padres.

Con el fin de garantizar la integridad familiar así como reunificar las familias separadas de refugiados, la Conclusión No. 24 del Comité Ejecutivo del ACNUR, referente a la Reunificación de Familias, establece que “debe concederse en principio a los familiares próximos el mismo estatuto jurídico y las mismas facilidades que al jefe de familia a quien se ha reconocido oficialmente como refugiado”. Asimismo, señala que “la ausencia de prueba documental de la validez formal del matrimonio o de la filiación de los hijos no debe considerarse impedimento *per se*” (ACNUR, 1981).

Otro principio consagrado dentro del Decreto 1182 es el de No Devolución o *Non-refoulement* con el que cuentan los refugiados.

Según el artículo 9:

“Ninguna persona será rechazada o excluida en la frontera, devuelta, expulsada, extraditada o sujeta a medida alguna que le obligue o exponga a retornar al territorio donde su vida, libertad, seguridad o integridad estén en riesgo, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República y la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados”.

Sin embargo, éste mismo artículo establece una limitación en la que:

“no se aplicará para el/la refugiado/a o solicitante de refugio que sea considerado por razones debidamente fundamentadas, como un peligro para la seguridad del país o el orden público, o que habiendo recibido condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad ecuatoriana”

El principio de no devolución va más allá de los Convenios de Ginebra y la declaración formal de un Estado, debido a su trascendencia dentro del Derecho Internacional siendo

considerado como una regla de *ius cogens* que obliga a todos los Estados y por tanto se aplica inmediatamente después de que se produzcan las condiciones objetivas.

Este principio sobrepasó la condición que protegía únicamente a aquellas personas que gozaban del estatus de refugiados en virtud al reconocimiento por el Estado receptor de tal condición por el hecho *ser* refugiado. Por ende, la condición de refugiado tiene una naturaleza constitutiva y no declarativa. Una persona es considerada como refugiado una vez que cumple los requisitos para ser considerado como tal según la Convención de 1951.

Por tal motivo, y como lo establece el artículo 12 del Decreto 1182 y artículo 41 de la Constitución, de manera muy acertada, no se impondrán sanciones penales ni administrativas contra refugiados por causa de su entrada o permanencia irregular.

La Constitución, así mismo, garantiza el principio la asistencia humanitaria de emergencia por parte de las autoridades que “aseguran el acceso a alimentos, alojamiento, vivienda y servicios médicos sanitarios” según se establece en el Art. 41. Se entiende como asistencia humanitaria como el “conjunto de normas que componen el Derecho Internacional Humanitario, en el que recoge el derecho de las organizaciones humanitarias a ofrecer y a asistir a las víctimas de los conflictos armados” (Mafla, 210, pág. 47). Busca aliviar su sufrimiento y garantizar sus derechos fundamentales.

Actualmente, en virtud al Decreto 1182, una vez que la solicitud de refugiado ha sido admitida, dichas personas cuentan con un carnet provisional de Solicitante de Condición de Refugiado, que le garantiza sus derechos fundamentales entre los que se encuentra la libre circulación, el de tener acceso a la salud, a educación y a realizar actividades económicas lícitas, independientes o bajo relación de dependencia. Esto evita las prácticas en el sector informal, aunque debido a la falta de trabajo, muchos colombianos todavía optan por este medio de trabajo. El Decreto guarda concordancia con el artículo 17 de la Convención de Ginebra de 1951.

3.4. EL ACNUR

La creación del ACNUR conjuntamente con la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados de 1967 forman en sí los instrumentos internacionales sobre los cuales se creó la protección de los refugiados.

El ACNUR nace a través del Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, el cual fue adaptado por la Asamblea General en su resolución 428 (V) de 14 de Diciembre de 1950.

Se constituye como una agencia de carácter apolítico, humanitaria y social con el fin de proteger, internacionalmente, a las personas que cumplan con las características de refugiados, a través del auspicio de las Naciones Unidas.

“Su objetivo principal es salvaguardar los derechos y el bienestar de los refugiados, garantizar que todos puedan ejercer el derecho a solicitar asilo en otro Estado y a disfrutar de él, identificar soluciones duraderas para los refugiados, tales como la repatriación voluntaria en condiciones dignas y seguras, la integración en la sociedad de acogida o el reasentamiento en un tercer país”. (ACNUR)

El ACNUR protege la ratificación de los tratados internacionales y el cumplimiento de los mismos con el fin de buscar soluciones a largo plazo. Contribuyó en el proceso para la Declaración de Cartagena de 1984, instrumento de alcance regional, con el objetivo de extender la definición de refugiado en América tales como la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internacionales, la violación de los derechos humanos, entre otros; la cual ha sido acogida por el Ecuador dentro del Decreto 1182.

ACNUR es una agencia subsidiaria no supranacional que en un principio se constituyó con el fin de proteger a los refugiados luego de la Segunda Guerra Mundial pero, ante la persistencia de dichos problemas ésta ha sido prorrogada aunque no es considerada una agencia permanente. Los gobiernos tienen la obligación de cooperar con el ACNUR y asegurar la no discriminación y los derechos básicos a los refugiados con el fin de que puedan conseguir su independencia y la subsistencia de sus familias.

En el caso de Ecuador, ACNUR participa (como observador) dentro de la Comisión de Elegibilidad con el fin de asegurar que el Estado Ecuatoriano acate con las obligaciones con las que se ha comprometido al formar parte de los principales instrumentos internacionales respecto al tema de refugiados hasta asegurar su retorno.

3.5. El procedimiento para solicitar refugio en el Ecuador

Dentro de los instrumentos internacionales relativos a la protección de los refugiados, no existe un procedimiento que tome en cuenta los principios básicos y garantice la protección de la vida de los solicitantes. El Estado receptor, a través de su soberanía territorial, es quien decide qué personas obtienen el refugio o no.

Sin embargo, dentro de la Conclusión No 8 del ACNUR sobre la determinación de la condición de refugiado acordada en 1977, se recomendaron los requisitos básicos que debe reunir todo procedimiento para resolver la solicitud de refugiados y garantizar el efectivo cumplimiento de la Convención. Estos son:

“- La autoridad competente (funcionario de inmigración u oficial de la policía de fronteras) a quien se dirija el solicitante en la frontera o en el territorio del Estado contratante, debe tener instrucciones claras para tratar los casos que puedan estar incluidos en el ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales relevantes en la materia. En todo caso, debe actuar de conformidad con el Principio de “*non-refoulement*” y remitir tales casos a la autoridad superior.

- El solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse.

- Debe existir una autoridad claramente identificada -de ser posible una sola autoridad central- encargada de examinar las solicitudes para la concesión de la condición de refugiado y adoptar una decisión en primera instancia.

- Al solicitante se le deben proporcionar los medios necesarios, incluidos los servicios de un intérprete cualificado, para presentar su caso ante las autoridades competentes. Además, el solicitante debe tener la posibilidad de contactar con algún representante del ACNUR siendo necesario que se le informe al respecto.

- Si el solicitante es reconocido como refugiado, debe ser informado sobre este particular, expidiéndole la documentación que certifique tal condición.

- Si el solicitante no es reconocido como refugiado, debe concedérsele un plazo razonable para recurrir la decisión ante la misma autoridad o ante una autoridad diferente -administrativa o judicial- con arreglo al sistema que prevalezca en el ordenamiento interno a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada.

- Se debe permitir que el solicitante pueda permanecer en el país hasta que la autoridad competente para resolver la solicitud adopte la decisión del caso, a menos que tal

autoridad haya demostrado que la solicitud era claramente abusiva. Asimismo, se le debe permitir permanecer en el país mientras esté pendiente el recurso ante la autoridad administrativa superior o ante los tribunales”. (Conclusión No. 8 (XXVII), Determinación de la condición de refugiado, 1997)

Para el proceso de reconocimiento de la calidad de refugiado en el Ecuador se debe tomar en cuenta los principios que rigen la figura del mismo dentro de los Convenios anteriormente mencionados así como en el Decreto. Aunque diariamente varias personas solicitan la condición de refugiados en el Ecuador, no toda personas que alega ser refugiado obtiene el estatus del mismo. Esto se debe a que no cumple los requisitos para ser considerado como tal; más, por el principio de no devolución, el Estado se encuentra obligado de examinar previamente si existe una amenaza directo o indirecta a su vida, su libertad o seguridad.

Una persona únicamente podrá obtener la condición de refugiado si presenta la solicitud en un plazo de 15 días posteriores a su ingreso al territorio ecuatoriano. Pasado dicha fecha, el trámite no será admitido.

La solicitud deberá ser presentada ante la Dirección de la Oficina de Refugiados en el Ministerio de Relaciones Exteriores, de Comercio e Integración o ante el Ministerio del Interior, la Policía Nacional o las Fuerzas armadas, cuando no exista una oficina del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración; para que la misma pueda ser analizada.

“Sin un procedimiento donde se examine el fundamento de los motivos que provocaron la huida y se valore el temor fundado a sufrir persecución a tenor de las pruebas presentadas, no es posible identificar a una persona como necesitada de protección otorgándole asilo” (Menendez, pág. 5)

El proceso de solicitud de refugiado cuenta con dos fases. La primera de admisibilidad y la segunda de elegibilidad.

Dentro de la fase de admision, se presenta la solicitud en la que se da “una exposición detallada de los motivos y circunstancias en los que fundamento su opinión”. (Mafla, 2010, págs. 78-79). El solicitante podrá presentar copias de los documentos que posea para sustentar su petición. Sin embargo, según el Art. 29 del Decreto 1182 “la no presentación de documentos no acarreará la negativa de la recepción de la solicitud”.

A cada solicitante se le asignará un número de trámite, con el fin de garantizar el principio de confidencialidad y la seguridad de la persona. El oficial a cargo del trámite deberá remitir un informe en base a la cual la Dirección de Refugio decidirá la admisibilidad o inadmisibilidad de la solicitud. Si es admisible entra al Proceso de Elegibilidad y se le entregará a la personas un certificado provisional de Solicitante de la Condición de Refugiado, que le garantiza la permanencia temporal y los derechos fundamentales, mientras se resuelve su solicitud.

Durante éste tiempo, se llevarán a cabo entrevistas confidenciales, en las que podrá contar con un intérprete en caso de que sea necesario. Por lo general, se entiende que basta una entrevista. No obstante, cuando el examinados lo considere necesario podrán llevarse a cabo otras entrevistas con el fin de aclarar ciertas divergencias que existan o el seguimiento de hechos importantes, que se hayan dado en la entrevista anterior.

“Se busca una colaboración correlacionada, tanto del solicitante como del examinador, debido a que la entrevista es de tal importancia pues sobre la base de la información recopilada en la misma, la Comisión de Elegibilidad conoce, estudia y resuelve sobre la condición de refugiado” (Mafla, 2010: 90)

Si el peticionario se ausentara a dos entrevistas consecutivas, se entenderá como el abandono del procedimiento de refugio y se archiva la causa.

Por otro lado, una vez que se hayan dado las entrevistas y se cuente con la información necesaria para motivar la resolución por parte de la Comisión, tendrá 10 días para resolver el caso o para pedir a la secretaria la obtención de nueva información, con el fin de emitir una resolución justa. Finalmente, una vez que es admisible la solicitud, se le “otorga el documento de identificación de refugiado (...) que tendrá vigencia por dos años”.

Dentro de las sesiones de la Comisión de elegibilidad participarán una persona designada del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración; una persona del Ministerio del Interior; y una persona designada del Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) actúa en calidad de observador y asegurando “que los Estados estén al tanto de sus obligaciones para con los refugiados y solicitantes de asilo y acaten dichas obligaciones” (ACNUR)

Las agencias que trabajan con ACNUR en el área de registro son: el Comité Pro Refugiados (CPR) en Quito, la Fundación Acción Social Caritas en Santo Domingo de los Colorados, la Movilidad Humana en Cuenca, el Vicariato Apostólico en Esmeraldas, la Pastoral Migratoria en Tulcán, la Pastoral Migratoria en San Lorenzo, la Oficina de Campo de ACNUR en Lago Agrio y la Oficina de Campo de ACNUR en Ibarra.

El solicitante, dentro de los siguientes 5 días, puede presentar el recurso de apelación si la solicitud ha sido negada, ante el Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, quien a su vez tiene un plazo de dos meses para resolverla. En caso de ser negada, el solicitante deberá regularizar su situación o abandonar el país dentro de los siguientes 15 días.

La persona a quien se le ha negado la solicitud en última instancia, tiene la posibilidad de presentar un recurso extraordinario de protección, más este proceso no impide su deportación.

Aunque, una persona haya sido reconocida como refugiada, esta debe cumplir con las obligaciones que le imparta el Estado ecuatoriano, pues en caso contrario la comisión podrá tomar la decisión de cesar, revocar o extinguir la misma según lo establece el Título IV del Decreto 1182, arts. 52-56.

CAPÍTULO IV

EL ECUADOR FRENTE A LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL SERVICIO MILITAR

Una vez repasado los antecedentes del DIH, la legislación ecuatoriana conexas al Derecho Internacional Humanitario y la situación de los refugiados dentro del territorio ecuatoriano, el presente capítulo tiene como objetivo analizar la posición del Ecuador frente a las nuevas tendencias del DIH desde el punto de vista nacional como internacional. Se enfatizará en los labores que ha realizado la Comisión Internacional de la Cruz Roja para la promoción del DIH a nivel nacional.

Finalmente para terminar con el capítulo se analizará la objeción de conciencia dentro del servicio militar como una nueva tendencia que ha ganado una gran aceptación dentro del mundo, en especial dentro de la Unión Europea.

4.1. El Ecuador frente a las Tendencias del Derecho Internacional Humanitario

“El DIH abarca tanto los tratados firmados entre Estados como el derecho internacional consuetudinario, que deriva de la práctica generalizada que han adoptado los Estados por considerarla como una obligación jurídica” (CICR, 2011)

Los tratados, conjuntamente con el Comité Internacional de la Cruz Roja, son los principales propulsores dentro del derecho humanitario. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos llevados a cabo por el CICR existen todavía retos para mejorar la aplicación del DIH.

El CICR, tomando en cuenta que uno de sus labores es la difusión y respeto al DIH, ha dividido sus esfuerzos en varios puntos. Entre estos se encuentra la participación dentro de los Tratados de Derecho Internacional Humanitario; las leyes nacionales para la participación del DIH; la Comisión Nacional de Derecho Internacional Humanitario; conferencias, talleres y cursos sobre el tema a nivel nacional; así como el respeto y el apoyo de las normas del DIH y el rechazar a cualquier vulneración de sus normas, especialmente por las potencias mundiales.

En cuanto a los tratados y la legislación ecuatoriana, Ecuador ha expresado su voluntad en acatar las normas referentes al DIH al ser estado parte en la gran mayoría de Convenios tanto de Ginebra como de La Haya. Un ejemplo de esto, es el número de convenios y protocolos ratificados durante el período de las guerras de Paquisha y Cenepa, con el fin de evitar la repetición de estos hechos lamentables y asegurar la protección de las personas civiles como combatientes.

Durante estas guerras, Ecuador ratificó un gran número de convenios y protocolos referentes al derecho de La Haya entre los pueden considerarse como trascendentes el Convenio sobre prohibiciones o restricciones de empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, el Convenio sobre la prohibición del desarrollo, la producción el almacenamiento y empleo de armas químicas y sobre su destrucción, el Convenio sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción, la Convención para la protección de los bienes culturales, entre otros.

Considerando otro punto tomado por el CICR para evaluar los avances del DIH en América, se ha observado que la ratificación de los instrumentos internacionales que forman parte del DIH no establece únicamente un compromiso con el mismo. Se ha buscado ir más allá, a través de la difusión y el establecimiento de Comisiones Nacionales que asesoren y resguarden la aplicación de principios y normas contraídas con la ratificación de los tratados internacionales.

Es así como desde el año de 1986, el Comité Internacional de la Cruz Roja, dentro de la Resolución V de la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja, resaltó la importancia de crear estas oficinas nacionales.

En un principio, estas oficinas tenían como fin crear una agencia de búsquedas de personas desaparecidas, en tiempos de paz. Posteriormente:

“El Grupo Intergubernamental de Expertos para la Protección de las Víctimas de la guerra solicita, en su Recomendación V, que: "los Estados sean alentados para designar comisiones nacionales, tal vez con el apoyo de las Sociedades Nacionales, con objeto de brindar consejo y ayuda a los Gobiernos en la aplicación y la difusión del DIH". (CICR, 1995)

Aunque las Comisiones Internacionales no se encuentran estipuladas dentro de los Convenios ni Protocolos y por tanto, su funcionamiento no es obligatorio, se ha determinado que dichos comités profundizan los conocimientos del DIH, a nivel nacional.

En el Ecuador, a partir del año 2006, fecha en que se creó la Comisión Nacional para la Aplicación del Derecho Internacional en el Ecuador (CONADIHE), a través de Decreto Ejecutivo No 1741 y publicado en el Registro Oficial No 344 de 29 de agosto, se ha dado una participación más activa con respecto al DIH, desde la perspectiva nacional.

Según lo establece el Decreto 1741 la Comisión estará precedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores e Integración, en calidad de Presidente; el Ministerio de Defensa Nacional como Vicepresidente; la Cruz Roja Ecuatoriana como Secretario de la Comisión; demás del resto de instituciones estatales, encargadas de fomentar y materializar los objetivos de la CONADIHE.

Ésta fue creada como un órgano permanente que según el Reglamento Orgánico Funcional de la Comisión para la Aplicación del DIH del Ecuador, Art. 1 tiene como finalidad

“promover la cooperación entre el gobierno y las organizaciones internacionales para reforzar los principio básicos del Derecho internacional Humanitario (DIH), garantizando la protección de las personas y el respeto a su dignidad, en su aspecto más esencial y básico”.

Según establece el Reglamento son funciones de la Comisión promover la adhesión a los instrumentos internacionales, la aplicación de las normas y principios referentes al

DIH, su difusión a niveles de educación y programas de formación, promover la cooperación entre el Gobierno y las organizaciones internacionales para fortalecer el respeto DIH, entre otras.

A partir de su creación, la CONADIHE, se han conseguido logros significativos. Entre los más trascendentales se encuentran: el Acuerdo de Sede entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Comité Internacional de la Cruz Roja en el año 2011, que “promueve la difusión, enseñanza e integración del derecho internacional humanitario en la formación y doctrina de las Fuerzas Armadas; asimismo, apoya a las autoridades en la implementación de ese derecho en el ordenamiento jurídico interno” (CICR, 2011). La CONADIHE, que busca fortalecer la presencia de la CICR en el Ecuador, trabaja conjuntamente con la Cruz Roja Ecuatoriana para aumentar su capacidad de respuesta especialmente dentro de la frontera Norte del Ecuador, considerada una de las zonas más vulnerables.

Adicionalmente, la CONADIHE imparte el Curso de Derecho Internacional Humanitario que lleva el nombre de “Mariscal Antonio José de Sucre” por ser el precursor de humanizar la guerra, permitir el canje de prisioneros y rendir honores a los fallecidos en la Gran Colombia y posteriormente en la Independencia del Ecuador. El Curso que se imparte una vez al año tiene como objetivo principal la capacitación, sobre todo, de los funcionarios públicos que se encuentran comprometidos en la implementación del DIH así también como a la sociedad civil. Este curso, que en el presente año espera su quinta edición, varía el enfoque de análisis cada año, para cubrir así los diferentes ámbitos del DIH y cuenta con la presencia de invitados de talla internacionales, expertos en el tema, que imparten sus conocimientos dentro del curso. A su vez, dentro del Ministerio de Relaciones Exteriores e Integración también se han dado charlas de sensibilización que tiene como finalidad reflexionar la importancia de las normas de DIH.

La CONADIHE ha participado dentro de seminarios regionales de las Comisiones Nacionales sobre la protección de civiles y bienes culturales y ha planteado la “necesidad de establecer mecanismos de coordinación de las Comisiones Nacionales de América Latina y el Caribe”. (CONADIHE, 2012, pág. 1). En su esfuerzo de adquirir conocimientos y intercambiar experiencias la CONADIHE ha participado dentro del

curso “Manuel Grau” de la Comisión Nacional de DIH de Perú, a través de la cual ha adquirido destrezas de cómo impartir el curso en Ecuador.

Por los avances, anteriormente mencionados, de la CONADIHE sobre temas de DIH, la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja para Bolivia, Ecuador y Perú ha reconocido “el esfuerzo del Ecuador para implementar el DIH, contraída a través de la firma de instrumentos internacionales referentes al tema”. (El Telegrafo, 2011) .

Entre los últimos esfuerzos del Ecuador por fortalecer el DIH está el convenio entre el Ministerio de Defensa, la Cruz Roja Ecuatoriana y la Delegación Regional de CICR para Ecuador, Perú y Bolivia para “promover la integración del Derecho Internacional Humanitario en la doctrina, instrucción y entrenamiento de las Fuerzas Armadas” (Secretaría Nacional de la Administración Pública, 2013).

El DIH va adquiriendo importancia incluso dentro de las universidades del Ecuador, donde se ha comenzado a impartir la cátedra de DIH, generalmente como un subtema dentro de la materia de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Público, con el fin de fomentar su respeto. Esto logrará una difusión más amplia, que ya no involucra solamente a los funcionarios del estado sino en sí a todos los miembros de la sociedad civil. Incluso, la Universidad Católica del Ecuador, en el año 2012 y 2013, realizó un concurso interno entre sus estudiantes para seleccionar a tres estudiantes que representarían a la facultad dentro del Concurso Internacional de DIH “Jean Pictet” que se realiza a nivel mundial y que tiene como objetivo plasmar los conocimientos de los estudiantes a circunstancias reales y roles de juego.

4.1.1 La posición del Ecuador desde el punto de vista internacional sobre el DIH.

Según el artículo 1 de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo I adicional de los Convenios de Ginebra, los Estados Partes se “comprometen a respetar y **hacer respetar**” los convenios y protocolos así como a cumplir las obligaciones derivadas de los mismo luego de su ratificación.

En la actualidad, aunque la mayoría de países han ratificado los Convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos adicionales de 1977 y varios de los convenios relativos al Derecho de La Haya, no se ha dado un cese de los conflictos armados.

Por el contrario, cada vez es más común los conflictos armados no internacionales en el que participan “personas familiarizadas con la historia política y económica, la organización social, la cultura y las costumbres” dentro de las fronteras de un Estado. (Mack, 2008, pág. 5). La falta de voluntad política para respetar los convenios del DIH causan a nivel mundial, destrucción a los bienes de la sociedad civil o peor aún, la violación a los derechos de los seres humanos, sobre todo de los grupos más vulnerados. Violación, que muchas veces han sido causadas por las grandes potencias. La situación de los prisioneros que se encuentran en la Base Naval en Guantánamo, es un ejemplo claro de lo anteriormente expuesto.

La Base Militar de Guantánamo, ha sido parte de los Estados Unidos por más de un siglo. En el año 1898 tras la Guerra hispano-estadounidense, Estados Unidos obtuvo el control sobre Cuba, aprobó la enmienda Platt y la incorporó a la Constitución de Cuba como anexo. En esta se estableció que para que Estados Unidos pueda mantener la independencia de Cuba y proteger la misma “el Gobierno de Cuba venderá o arrendará a los Estados Unidos las tierras necesarias para carboneras o estaciones navales en ciertos puntos determinados que se convendrán con el Presidente de los Estados Unidos” (Enmienda Platt, 1901). En otras palabras, Estados Unidos coaccionó a Cuba para que aceptara dicha enmienda, caso contrario, se hubiera dado la ocupación militar permanente de EEUU en este país. Aunque en 1933 se abolió la enmienda Platt, ambos países renovaron el arrendamiento de la Base Naval de Guantánamo de manera indefiniva y Estados Unidos logró establecer que además el acuerdo sobre la base militar sea revisado únicamente bajo el acuerdo de ambas partes.

En la actualidad, la Base Militar de Guantánamo es utilizada para mantener a maquinaria bélica y a los prisioneros aislados.

A raíz de los acontecimientos del 11 de Septiembre del año 2001, Afganistán pasó a ser el centro de atención. El mundo entero e incluso la ONU condenaron los atentados contra la sociedad civil de los Estados Unidos.

Estados Unidos, por su parte, como respuesta al atentado inició la intervención militar en Afganistán sustentándose en una “guerra contra el terrorismo”, a fin de terminar con el Grupo “Al Qaeda”, responsables de los ataques, quienes fueron asociados al gobierno de régimen totalitario de Afganistán, conocidos como los Talibán.

Como excusa de una guerra contra el terrorismo, varios talibanes han sido detenidos por la coalición liderada por Estados Unidos de manera arbitraria, sin ningún tipo de protección ni debido proceso, lo que ha causado el irrespeto a sus derechos establecidos dentro del DIH así como los derechos establecidos dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Los detenidos en la Base Militar en Guantánamo, viven en un limbo jurídico, en una incertidumbre sobre cuál será su destino dentro de esta prisión, pues desconocen su situación jurídica y más aún si recibirán un juicio justo donde se establezca su culpabilidad o inocencia tomando en cuenta sus derechos.

Estados Unidos, por su parte, ha manifestado que no se trata de un conflicto tradicional entre dos Estados sino contra un grupo terrorista, Al Qaeda; y por tanto no cabría la protección de los Convenios de Ginebra para los mismos. Así lo demuestra el Memorando al Presidente de los Estados Unidos enviado por el Procurador, en relación a la Aplicación de los Convenios de Ginebra sobre los Prisioneros de Guerra en relación al Conflicto sobre Al Qaeda y los Talibanes, en el que se expresa que al no aplicar los Convenios “ayudará a mantener la flexibilidad en la guerra contra el terrorismo, la cual incluye, a mi juicio, deshacerse de las obsoletas limitaciones de la Convención de Ginebra en lo que se refiere a los interrogatorios de los prisioneros enemigos” (Maciel, 2011).

Sin embargo, esta afirmación sería incorrecta pues “Las fuerzas armadas americanas comenzaron un conflicto armado en suelo afgano, dirigido no sólo contra blancos de Al Qaeda, sino también contra los Talibanes” (Sassòli, 2003, pág. 9), que en aquel entonces eran el gobierno de facto de Afganistan.

Por tanto, los prisioneros estarían protegidos por el III Convenio de Ginebra de 1949 en caso de ser combatientes y por el IV Convenio en caso de ser civiles. Incluso, el III Convenio de Ginebra establece en el Art. 5, que en caso de duda sobre el status jurídico

de persona, “dichas personas se benefician de la protección del presente Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto”.

Incluso la Corte Suprema de Estados Unidos “examinó la posición del Gobierno y sostuvo que la guerra contra el terrorismo es un conflicto armado internacional y señaló que: (...) al menos una de las disposiciones de los Convenio de Ginebra resulta aplicable a este caso”. (Milanovic, 2007, pág. 6)

La Comunidad Internacional, por su parte, “ha hecho un llamamiento urgente al Gobierno de los Estados Unidos de América a respetar y garantizar la vida, salud e integridad personal de los detenidos en la Base Naval de Guantánamo”. (CIDH, 2013)

En cuanto al Ecuador, no se había pronunciado de manera oficial respecto al tema hasta el pasado mes de abril, en el que el presidente de la República, Rafael Correa, expresó:

“ya es hora de que devuelvan el territorio que ocupa la Base Naval de Estados Unidos en Guantánamo a sus legítimos dueños, el pueblo cubano, luego de un siglo de ocupación”. A esto añadió: “a quienes dicen que en Cuba se violan los derechos humanos decimos que eso sucede en la Base de Estados Unidos en Guantánmo”. (Prensa Latina, 2013)

Es decir, el primer mandatario hizo referencia a la Constitución de la República del Ecuador del 2008, en la que se establece que el Ecuador “promueve la paz, el desarme universal; condena el desarrollo y uso de armas de destrucción masiva y la imposición de bases o instalaciones con propósitos militares de unos Estados en el territorio de otros” según se establece en el Art. 416, inciso 4.

Pese a la postura que ha tomado el Ecuador sobre el tema, se debe acotar que el pronunciamiento hecho por el Estado, con respecto a la Base Naval de Guantánamo, fue hecho luego de casi 12 años que iniciara el conflicto en Afganistán. Tomando en cuenta el bien protegido, es decir la vida y la integridad física de los prisioneros, Ecuador debió haber asumido una posición de apoyo y condena a la postura de Estados Unidos con mucha anterioridad, con el fin de fomentar el respeto y cumplir con las obligaciones establecidas en los convenios además de demostrar su posición de rechazo contra la violación a los Convenios de Ginebra y de los Derechos Humanos comprendidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Así mismo, una nueva tendencia a nivel internacional es la llamada objeción de conciencia dentro del servicio militar, la misma que será analizada a continuación.

4.2. La objeción de conciencia dentro del servicio militar

La objeción de conciencia nace como un derecho basado en la libertad de conciencia y el pensamiento individual entendiendo a las mismas como

“el derecho a tener unas u otras creencias, unas u otras ideas, y silenciarlas o manifestarlas, tanto de palabra (libertad de expresión y libertad de enseñanza) como de obra, con conductas y actitudes, acomodando éstas las propias creencias o convicciones (derecho a la privacidad y objeciones de conciencia), y previamente a todo ello, implica el derecho a la formación de la propia conciencia en libertad y para la libertad”. (Llamazares Fernández, 2007, pág. 341)

Por tanto la libertad de conciencia puede ser entendida como una de las manifestaciones más esenciales de los seres humanos para llevar a cabo un juicio de valor a través de sus convicciones internas y actuar en base a las mismas además de garantizar el ejercicio del resto de libertades.

Así, la objeción de conciencia será un mecanismo a través del cual se ejerza el derecho a la libertad de conciencia al oponerse a realizar un determinado acto o conducta que vaya en contra de sus más profundas convicciones.

La objeción de conciencia supone:

“una violación del derecho en virtud de que al agente le está moralmente prohibido obedecerlo, ya sea en razón de su carácter general o porque el universo normativo se extiende a ciertos casos que no debieran ser cubiertos por él. Por ello la objeción de conciencia es un acto privado para proteger al agente de interferencias por parte de la autoridad pública”. (Portela, 2005, pág. 30)

Según Dionisio Llamazares Fernández “sólo se da una auténtica objeción cuando una persona se ve constreñida por mandato de la ley a hacer o dejar de hacer algo en contra

de su conciencia”. (Llamazares Fernández, Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia, 2010, págs. 162-163)

Rodrigo Trujillo, por su parte, ha definido a la objeción de conciencia como

“La actitud o creencia de carácter ético, filosófico o religioso que impide a una persona desarrollar una actividad determinada, lo que se traduce en la decisión personal, frente a normas jurídicas específicas, de no acatarlas, sin perjuicio del respeto a la normativa general que rige a la sociedad de que se trate”. (Trujillo, 2005, pág. 226)

Según lo expuesto anteriormente se puede llegar a la conclusión de que la objeción de conciencia busca precautelar la protección de los derechos humanos desde diferentes ámbitos como los ideológicos, humanitarios, políticos, entre otros. Es una contradicción entre lo tipificado dentro del ordenamiento jurídico como obligatorio contra las ideas o convicciones más íntimas y personales de cada individuo, fundamentados dentro del “derecho a la libertad de conciencia y de pensamiento individual”. (Trujillo, 2005, pág. 227). Por tanto, ésta debería estar protegida dentro del ordenamiento jurídico, más no coartada por el mismo.

Actualmente, existe un entendimiento erróneo con respecto a la definición de la objeción de conciencia, muchas veces entendida como desobediencia civil. Próximos más diferentes, la desobediencia civil busca el cambio de una o varias normas con el propósito de mejorar la vida en sociedad mientras que el objetor de conciencia únicamente busca salvar su conciencia, de manera silenciosa y sobre una norma jurídica que se encuentre en conflicto con la moral.

4.2.1. Antecedentes de la objeción de conciencia.

La objeción de conciencia se encuentra profundamente ligada con los inicios del servicio militar obligatorio y de la guerra.

Organizado a través de un grupo numeroso de hombres, la guerra nace como un medio de dominación al mundo desde distintas perspectivas ideológicas, económicas, políticas y geográficas. Desde inicios del tiempo, existen evidencias que las guerras han sido una

muestra de brutalidad y muerte de sus combatientes, que se encontraban justificadas por la creación de imperios. Posteriormente, la Revolución Francesa introdujo lo que hoy se conoce como el servicio militar obligatorio.

Éste fue el medio utilizado para evitar el peligro de invasiones exteriores y se declaró la “leva en masa promulgada por la Asamblea Nacional de Francia en 1793 (...) que provocó una profunda transformación en la organización de los ejércitos” (Poczynok, 2012, pág. 79). Francia volcó sus esfuerzos y recursos económicos para el sostenimiento de su milicia, que se había duplicado en menos de un año y que además, sería considerado como el modelo a seguir por el resto de ejércitos europeos y motivo por el cual la Revolución Francesa es considerada como la base de la formación y estrategias del servicio militar obligatorio actual.

La objeción de conciencia, por su parte, tiene sus inicios de la era cristiana, según lo demuestra la Biblia. Según se narra en el Éxodo, el rey de Egipto había ordenado a las parteras de los hebreos matar a todo varón que naciera, para evitar la multiplicación del pueblo de Israel. Sin embargo, “las parteras temieron a Dios y no ejecutaron la orden del rey de Egipto, sino que conservaban la vida de los niños”. (Éxodo 1, 12-22) Por tanto, la objeción de conciencia surge vinculada a temas religiosos que persisten hasta la actualidad. Durante el Siglo XX, la objeción de conciencia toma relevancia fuera de los límites religiosos causados principalmente por la intensidad y barbarie de las guerras de la época.

Mahatma Gandhi, pensador y líder del nacionalismo indio, considerado como una de las grandes figuras del Siglo XX, quién dejó como aprendizaje la “no-violencia” como política e ideología para conseguir la libertad del pueblo Indio. Ghandi, a través de su búsqueda de la verdad y motivado por la fuerza interior, condujo a su pueblo a la desobediencia civil contra las leyes injustas impuestas por el Estado Británico, conocido hoy como la objeción de conciencia.

4.2.2. La libertad de conciencia y la objeción de conciencia

Aunque la Objeción de Conciencia no se encuentra explícitamente reconocida dentro del ámbito internacional, varios tratadistas e incluso organismos internacionales como la

ONU a través de resoluciones han declarado a la Objeción de Conciencia como un derecho fundamental protegido bajo la libertad de conciencia, pensamiento y religión.

Según el Art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

Así mismo, dentro del Art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”.

El Convención Americana sobre Derecho Humanos a través del Art. 12 establece que

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”.

El Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de vigilar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de redactar observaciones generales que interpretan el Pacto, ha hecho referencia al Art. 18 del Pacto dentro de la Observación General No. 22. (48) de 1993. En la misma el Comité expresa que:

“En el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia pero el Comité cree que ese derecho puede derivarse del artículo 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en

grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias. Cuando este derecho se reconozca en la ley o en la práctica no habrá diferenciación entre los objetores de conciencia sobre la base del carácter de sus creencias particulares; del mismo modo, no habrá discriminación contra los objetores de conciencia porque no hayan realizado el servicio militar”.

En aquel entonces, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU a través de la resolución 1995/83 referente a la Objeción de Conciencia al Servicio Militar, recuerda la resolución 1989/59 en la que “reconoce el derecho de toda persona a tener objeciones de conciencia al servicio militar como ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión” y la resolución 40 (XXXVII) de 12 de marzo de 1981 que “se refirió a la necesidad de una mejor comprensión de las circunstancias en que puede objetarse al servicio militar por razones de conciencia”. Dicha resolución reconoce además el derecho de objeción de conciencia al servicio militar como un derecho fundamental destacando que es:

“El derecho de toda persona a tener objeciones de conciencia al servicio militar como ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión enunciado en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

Afirma que a las personas que están cumpliendo el servicio militar no se les debería negar el derecho a tener objeciones de conciencia al servicio militar;

Hace un llamamiento a los Estados para que, si todavía no lo han hecho, promulguen leyes y adopten medidas destinadas a eximir del servicio militar cuando exista una auténtica objeción de conciencia al servicio armado;

(...) Reconoce que algunos Estados consideran válidas las solicitudes de objeción de conciencia sin proceder a ninguna investigación y hace un llamamiento a los Estados Miembros que no apliquen este sistema a que, en el marco de su sistema jurídico nacional, establezcan órganos de decisión independientes e imparciales encargados de determinar si la objeción de

conciencia es válida en cada caso concreto”. (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1995)

Así mismo en de la resolución 1998/77 de la Comisión de Derechos Humanos establece:

“El derecho de toda persona a tener objeciones de conciencia al servicio militar como ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión proclamado en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. (La Comisión de Derechos Humanos, 1998)

Existen además resoluciones del Parlamento Europeo que respaldan el derecho a la objeción de conciencia como la resolución del 11 de marzo de 1993 que:

“dan el carácter de derecho fundamental a la objeción de conciencia y, por lo tanto, establecen el requisito de que se reconozcan legalmente en los países miembros. Condena el caso de Grecia, y de aquellos países que tratan a los objetores de conciencia como criminales”. (UNAM, pág. 104)

Por tanto, la objeción de conciencia es una manifestación del derecho a la libertad de conciencia entendida como una negación a cumplir una determinada norma jurídica por razones de convicciones internas y personales de cada persona.

4.2.3. La Objeción de Conciencia al servicio militar en el Ecuador

Con lo que respecta en el caso de Ecuador, en el año de 1830, se expide la primera Constitución de la República, donde hace referencia al servicio militar más no como un servicio obligatorio. En la Constitución de 1878, en el Título IX De la Fuerza Armada, establece en el Art. 111 que la “fuerza armada se formará en adelante con individuos enganchados voluntariamente, o por contingente proporcional que dará cada provincia, llamando al servicio de las armas a los ciudadanos que deban prestarlo, conforme a la ley de conscripción”.

Sin embargo, en la Constitución del año 1945, Título Noveno, De la Fuerza Pública, establece en el Art. 115 que el “servicio militar es obligatorio, de acuerdo con la ley. Todo los ecuatorianos en capacidad de hacerlo están obligados a tomar las armas en defensa de la soberanía, independencia o integridad nacionales”. Hasta la Constitución de 1998 el servicio militar era considerado obligatorio, más esta constitución presenta una novedad. El Art. 188 establece que “el servicio miliar será obligatorio. El ciudadano será asignado a un servicio civil a la comunidad, si invocare una objeción de conciencia fundada en razones morales, religiosas o filosóficas, en la forma que determine la ley”.

“El reconocimiento constitucional de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio fue una labor que tuvo sus inicios en el año 1994, liderada por el Servicio Paz y Justicia del Ecuador (SERPAJ-E) junto al Grupo de Objeción de Conciencia del Ecuador (GOCE), organizaciones que iniciaron la difusión y promoción de la objeción de conciencia, dirigidas fundamentalmente hacia jóvenes que estudiaban en el nivel secundario y que estaban cercanos a la edad en la que deberían realizar el servicio militar obligatorio”. (Trujillo, 2005, pág. 245).

El Servicio, Paz y Justicia del Ecuador (SERPAJ-E) es una organización sin fines de lucro, que nace en el año de 1980 y busca cambiar la visión militarista del mundo y promover la paz, los derechos humanos, la resolución de conflictos de manera pacífica en la sociedad. En 1997 presentó a la Asamblea Nacional la propuesta de incluir “la objeción de conciencia y servicio militar sustitutivo en la Constitución” (War Resisters International, 1998), la misma que dio como resultado la inclusión de la objeción de conciencia en el Art. 188 de la Constitución.

Aunque el servicio militar, hasta la Constitución de 1998, era considerado obligatorio, la Ley de Servicio Militar Obligatorio en las Fuerzas Armadas Nacionales establecía en el Art. 108 que “sería aceptada la objeción de conciencia, previa justificación ante el Director de Movilización de las Fuerzas Armadas, dando así una alternativa a la prestación del servicio militar cuando se invoque una objeción de conciencia”.

En el año de 1999, amparado en el Art. 188 de la Constitución de 1998, Xavier Alejandro León Vega, fue el primer ecuatoriano en declararse públicamente como objetor de conciencia a través de una carta escrita al Presidente de la República del

Ecuador, el Presidente y Vicepresidente del Congreso Nacional y el Defensor del Pueblo. Xavier alegó convicciones de índole moral, filosóficas y políticas solicitando cumplir el servicio civil a la comunidad en el Servicio de Paz y Justicia del Ecuador (SERPAJ-E). A partir del 16 de octubre de 1999 hasta el 15 de octubre de 2000, Xavier León cumplió

“el servicio civil comunitario en calidad de Promotor de Derechos Humanos. El servicio civil fue ratificado por el representante legal del Servicio de Paz y Justicia en Ecuador quien le confirió el respectivo certificado de su cumplimiento, que fue protocolizado en la Notaría Sexta del cantón Quito, el 25 de octubre de 2000”. (Trujillo, 2005, págs. 256-258).

El 13 de diciembre del año 2000 Xavier León solicitó al Director de Movilización del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas que se le otorgue la cédula de objetor de conciencia o su equivalente. Dicha petición nunca fue contestada por lo que el 30 de enero de 2001 Javier León presenta una acción de amparo constitucional contra el Director de Movilización del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas manifestando que no otorgarle la cédula de objetor de conciencia le ha privado de varios derechos como al trabajo, el libre tránsito, la educación, entre otros derechos establecidos en la Constitución y tratados internacionales.

El 7 de febrero del 2001, el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha negó el amparo constitucional sin un análisis previo del derecho a la objeción de conciencia establecido en la Constitución. Debido al desacuerdo con la negativa Javier León interpuso el recurso de apelación, designado con el Nro. 153-2001-RA, ante el Tribunal Constitucional para ser resuelto. El 23 de octubre del año 2001 el Tribunal Constitucional resolvió negar la acción de amparo constitucional propuesta por Xavier León.

Al existir una resolución en la última instancia y agotando los recursos en la jurisdicción interna, el 17 de abril de 2002, Javier Alejandro León Vega presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en contra del Estado de Ecuador por

“violación de los artículos 12 (Libertad de conciencia y religión), 13 (Libertad de pensamiento y expresión, 22(2) (Derecho de Circulación y Residencia) de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana") y del artículo 6 (Derecho al Trabajo) y 13.1, 2 y 3 (Derecho a la Educación) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador”) en perjuicio de su persona” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2006).

La petición, con el número de referencia P 278-02, fue admitida por la CIDH el 2 de marzo de 2006 alegando su competencia en razón que el Ecuador es un Estado que forma parte de la Convención Americana desde el 28 de diciembre de 1977, año en que el Estado depositó su ratificación, además de que la petición alega violaciones de derechos humanos protegidos en la Convención y que el Estado ecuatoriano no ha presentado objeciones al cumplimiento del requisito de agotamiento de recursos internos. Pese a que la CIDH aún no ha resuelto el caso, la admisibilidad del caso constituye un precedente importante para el cumplimiento eficaz del derecho a la objeción de conciencia dentro del Ecuador. Entre los últimos pronunciamientos de la Comisión recomendó “una negociación entre el Estado y Javier León, alegando que efectivamente no se había reconocido el derecho a la objeción de conciencia”. (León, 2011, pág. 43).

Posteriormente, el 27 de junio de 2007 se publicó en el Registro Oficial Suplemento la resolución No. 035-2006 TC, mediante el cual el Tribunal Constitucional del Ecuador declaró inconstitucional el Art. 88 y el Art. 108 de la Ley de Servicio Militar Obligatorio en las Fuerzas Armadas Nacionales, ante la demanda presentado por un grupo de ciudadanos, por ser contrarias al Art. 188 de la Constitución de 1998. La objeción de conciencia, según la Constitución de 1998, era reconocido como un derecho fundamental y como tal debía garantizarse su ejercicio. Sin embargo, el Art. 88 de la Ley de Servicio Militar Obligatorio en las Fuerzas Armadas Nacionales establecía que “los ciudadanos que no se hubieren presentado a cumplir con cualquiera de las obligaciones previstas en la presente Ley serán considerados remisos y estarán sujetos a (...) sanciones”. Es decir, que Al art. 88 no sólo no garantizaba un derecho reconocido en la Constitución sino que incluso violentaba derechos fundamentales establecidos en

la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y demás tratados referentes a Derechos Humanos e incluso era contraria a varias resoluciones anteriormente expuestas por la Comisión de Derechos Humanos sobre la Objeción de Conciencia.

Por otro lado, el Art. 108 de la Ley de Servicio Militar Obligatorio establecía que

“Será aceptada la Objeción de Conciencia, previa justificación, la misma que será calificada por el Director de Movilización de las Fuerzas Armadas. Quienes resultaren favorecidos con este acto, deberán cumplir su servicio, en las unidades de desarrollo de las Fuerzas Armadas”.

Es decir, la misma autoridad competente que debía hacer cumplir el servicio militar obligatorio era la persona encargada de calificar si las motivaciones de la objeción de conciencia eran válidas o no, lo que era contrario a los derechos constitucionales tales como el debido proceso y el derecho a ser juzgado de manera independiente e imparcial.

Además el Tribunal Constitucional dentro de los considerandos de la resolución No. 035-2006 TC expresó que

“los Estados están obligados a respetar el derecho de las personas a actuar según sus imperativos éticos, aun cuando estos vayan en contra de una obligación preestablecida por el Estado y siempre que esta objeción u oposición se fundamente en motivos de conciencia, en convicciones individuales”.

La Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el año 2008, reconoce y garantiza el derecho a la objeción de conciencia dentro del art. 66, inciso 12 que establece: “ el derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos ni causar daño a las personas o a la naturaleza. Toda persona tiene derecho a negarse a usar la violencia y a participar en el servicio militar”. Es decir, la Constitución del año 2008 reconoce a la objeción de conciencia como un derecho fundamental garantizando así al Ecuador como un Estado constitucional de derechos que queda plasmado así mismo en el Art. 161 que establece que

“el servicio civil-militar es voluntario. Este servicio se realizará en el marco del respeto a la diversidad y a los derechos y estará acompañado de una capacitación alternativa en diversos campos ocupacionales que coadyuven al desarrollo individual y al bienestar de la sociedad. Quienes participen en este servicio no serán destinados a áreas de alto riesgo militar. Se prohíbe toda forma de reclutamiento forzoso”.

Así, el Art. 161 de la Constitución, en concordancia con el Art. 66, inciso 12, pone fin al servicio militar obligatorio vigente desde la Constitución de 1945. Surge entonces un nuevo reto para el Ecuador respecto al Derecho Internacional Humanitario. Considerando que los Convenios de Ginebra de 1949 establecen la protección a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y que la actual Constitución de la República del Ecuador del año 2008 protege el derecho a la objeción de conciencia y establece que el servicio cívico-militar es voluntario, cabe la posibilidad de que los servidores militares activos puedan declararse como objetores de conciencia sin haber cometido el delito de desertión como se encuentra establecido en el Art. 602.34 del Código Penal ecuatoriano. Incluso, el Código Penal vigente establece en el Capítulo IV, sobre los Delitos contras las Personas y Bienes Protegidos por el DIH, reconoce a las personas que han depuesto las armas como personas protegidas por el DIH en el Art. 602.38, inciso 5.

Por tanto, considerando que la Constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado y que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en en la Constitución se encuentran en la cúspide del ordenamiento jurídico y por tanto jerárquicamente superiores a la ley penal, en el caso que se presentará una objeción de conciencia por parte de un servidor militar activo, el Estado ecuatoriano deberá garantizar el cumplimiento de éste derecho fundamental al igual que otros derechos tales como el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la libertad de pensamiento y el derecho a la libertad de religión fomentando una cultura de rechazo a la violencia y “garantizando a sus habitantes el derecho a una cultura de paz”. (Constitución 2008, Art. 3, inciso 8).

Si bien, garantizar y defender la soberanía del estado es un deber, según la Constitución, dicha obligación no puede ir en contra de la protección de los derechos humanos ni las convicciones ni creencias más profundas de una persona. Es necesario regular y

determinar los requisitos necesarios para ser declarado objetor de conciencia y cuál sería la autoridad competente para resolver dicha solicitud.

En el caso de España, la Constitución publicada en el Boletín Oficial del Estado el 29 de diciembre de 1978, establece en el Art. 30:

- “1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España.
2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en un caso, una prestación social sustitutoria.
3. Podrá establecerse un servicio militar para el cumplimiento de fines de interés general.”

A través de la Ley 22/1998, de 6 de julio, regula de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria. Se reconoce la objeción de conciencia como una exención del servicio militar y el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia como la autoridad competente de reconocimiento de la condición de objetor. (Art. 1) Si bien, la presente ley regula únicamente el reconocimiento de la condición de objetor de conciencia antes de la incorporación al servicio militar, el estudio de este derecho comparado ofrecería una solución al vacío legal que actualmente existe en el Ecuador con respecto a la objeción de conciencia. Asimismo, la Ley 22/1998, establece la prestación social sustitutoria para aquellas personas reconocidas como objetores de conciencia en servicios sociales, de paz, programas de educación, entre otros, que no requieran el empleo de armas ni el desarrollo dentro de instituciones militares.

CONCLUSIONES GENERALES

- El Derecho Internacional Humanitario es un ordenamiento jurídico internacional que regula los conflictos armados internacionales y no internacionales con el fin de limitar los medios y métodos de combate y de proteger a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades.
- El DIH tiene carácter erga omnes y ius cogens que no pueden renunciarse en ningún caso ni pueden ser alteradas por los Estados.
- El DIH conlleva la implementación de mecanismos internos que hagan efectivos el valor normativo de las normas humanitarias y que garanticen los derechos protegidos por los Convenios y Protocolos así como sus sanciones en caso que existan violaciones.
- Ecuador sustenta su voluntad de acatar las normas de DIH por la gran mayoría de convenios ratificados tanto de Ginebra como de La Haya.
- A partir del 2006, año en que se creó la Comisión Nacional para la Aplicación del Derecho Internacional en el Ecuador (CONADIHE), se ha conseguido promover e integrar el DIH dentro del ordenamiento jurídico interno.
- La Constitución del 2008, reconoce al derecho internacional como norma de conducta, que en caso que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier norma.
- A partir, de que la Asamblea Nacional aprobó la Ley Reformativa al Código Penal, se incluyó el Capítulo IV que contempla los Delitos contra las Personas y

Bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, lo que facilita el cumplimiento efectivo del DIH dentro del ordenamiento interno.

- Los refugiados según la Declaración de Cartagena son todas las personas que huyen de su país porque sus vidas, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público y por tanto son personas que se encuentran protegidas por los instrumentos internacionales relativos al Derecho Internacional Humanitario.
- Aunque la condición de refugiado es de naturaleza constitutiva, el Ecuador únicamente protege a aquellas personas que han presentado la solicitud u obtenido el estatus de refugiado. Por tanto, el proceso presenta falencias en la determinación de la condición de refugiado violando el principio de no devolución, considerado de carácter obligatorio dentro del Derecho Internacional debido a la importancia que constituye el proteger los derechos fundamentales de personas vulnerables que han huido de sus propios países por la falta de protección hacia sus derechos.
- El proceso no resulta además imparcial debido a la discriminación y el estereotipo xenofóbico que existe por parte de los funcionarios del Ministerio hacia los colombianos por ser considerados delincuentes volviendo su situación aún más vulnerable y evitando una efectiva asistencia humanitaria.
- Es preciso que las resoluciones tomadas tanto por los funcionarios como por el Ministro de Relaciones Exteriores sean motivadas para garantizar el debido proceso, caso contrario se incurriría a una violación del debido proceso debido a la falta de motivación que puede acarrear arbitrariedades.
- Existe una falta de voluntad política por parte de ciertos sujetos internacionales para respetar el DIH causado por intereses particulares.

- Si bien el Estado ecuatoriano ha reconocido el Derecho a la Objeción de conciencia en la Constitución del 2008, es necesario regular y determinar los requisitos para ser declarado objetor de conciencia, además de cuál sería la autoridad competente para resolverlo de manera imparcial y precautelando sus derechos fundamentales. Sería conveniente entonces analizar la efectividad de crear el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia como la autoridad competente de reconocimiento de la condición de objetor de conciencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Derecho Internacional Aplicado al caso de Colombia, San Salvador, Guatemala, Yugoslavia y Ruanda.* (1999). Santa Fe de Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- Chetail, V. (2003). La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario. *Revista Internacional de la Cruz Roja* .
- CICR. (2012). *CICR*. Recuperado el 06 de 2012, de El CICR, fundado en 1863, trabaja en todo el mundo para prestar ayuda humanitaria a las personas afectadas por los conflictos y la violencia armada , y para promover las leyes por las que se protege a las víctimas de la guerra. Es una Institución independ
- CICR. (2012). *Los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949* . Ginebra: CICR.
- Cruz Roja Española. (2008). *Cruz Roja Española*. Recuperado el 11 de 07 de 2012, de http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647051&_dad=portal30&_schema=PORTAL30
- DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL REFERENTES A LAS RELACIONES. (1970). *DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL REFERENTES A LAS RELACIONES*. Recuperado el 2012, de <http://www.judicatura.com/Legislacion/2722.pdf>
- Dirección General de Comunicación Social. (2009). *Manual de Derecho Internacional Humanitario para el Ejército y F.A.M.* Mexico D.F.
- Johnston, R. P. (s.f.). Hugo Grocio, Padre Accidental del Derecho Internacional.
- Ortiz, J. F. (2006). El Derecho Internacional Humanitario: Principio de una educación para la paz. *Educación y Educadores Universidad de la Sabana Vol. 9*, 177'189.
- Protocolo Adicional II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter interncionala. (1977). *CICR*. Recuperado el 07 de 2012, de <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>

- Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977. (1977). *CICR*. Recuperado el 07 de 2012, de <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>
- Ramiro Ávila Santamaría, J. V. (2006). *Ecuador y el Derecho Internacional Humanitario (DIH)*. Quito: CICR.
- Roja, Comité Internacional de la Cruz. (1994). *CICR*. Recuperado el <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-1864-geneva-convention-1.htm> de 07 de 2012
- Salmón, E. (2004). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Universidad de Ibagué . (2010). Notas del Curso de Derecho Internacional Humanitario.
- Amores, Á. S. (2006). *Ecuador y el Derecho Internacional Humanitario (DIH)*. Quito: CICR.
- Comisión Andina de Juristas. (2007). *La Corte Penal Internacional y los países andinos*. Lima: Comision Andina de Juristas.
- Covención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (1969). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* . Obtenido de <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html#PARTE%20I>
- Eiroa, P. D. (2004). *La Corte Penal Internacional. Fundamentos y Jurisdicción*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Granja, P. J. (2011). *derechoecuador.com*. Recuperado el 2012, de http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6367:estado-de-excepcion&catid=256:noticias-de-interes
- Oliveira, M. F. (2011). LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y SUS POSIBLES CONFLICTOS EN EL ORDEN INTERNO A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. *Revista Universitaria de Investigación y Diálogo Académico*, 127-139.
- Ortiz, F. A. (s.f.). *La Corte Penal Internacional*. Bogota.
- Paredes, M. G. (2001). *Maestría Internacional en Derech: El control constitucional y los tratados internacionales en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

- Salgado, M. J. (2001). Los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución ecuatoriana y la Corte Penal Internacional. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- NEGATIVA A SOLICITUD DE REFUGIO , 106 (Resolución del Tribunal Constitucional 106 19 de Mayo de 2006).
- ACNUR. (1981). *ACNUR*. Recuperado el 2012, de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=Pdf/0535>
- ACNUR. (s.f.). *ACNUR, La Agencia de la ONU para refugiados*. Recuperado el 2012, de <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/>
- BBC Mundo. (2012). *BBC Mundo*. Recuperado el Octubre de 2012, de http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/10/120929_americalatina_colombia_claves_conflicto_colombiano_tsb.shtml
- Chibchombia. (6 de Mayo de 2008). *chibchombia*. Obtenido de <http://www.solidaritat.ub.edu/observatori/esp/colombia/analisis.htm>
- CIREFCA, Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos. (Guatemala). *Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos*. 1989.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. (1951). Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.
- Erazo Martinez, M. E. (2005). *Perspectiva Social y Juridica de la Movilidad Humana como Consecuencia del Conflicto Armado en Colombia: El Caso del Ecuador*. Quito: PUCE.
- INREDH. (2002). *Entre la ley y la realidad: La situación actual de los refugiados colombianos en el Ecuador*. Ecuador: Imprenta Cotopaxi.
- Menendez, E. (s.f.). *La exigencia de acceso universal a un procedimiento de asilo justo y eficaz*. Recuperado el 2012, de http://www.idpbarcelona.net/esp/2_recerca/immig/pdf/tj_menendez.pdf
- Rivera, F. (2007). *MIGRACIÓN FORZADA DE COLOMBIANOS*. Medellín: Flacso.
- Rodas León, S. (2004). Situación de los Refugiados. *Aportes Andinos N. 8*.
- Schussler, S. (2009). *ENTRE LA SOSPECHA Y LA CIUDADANÍA: refugiados colombianos en Quito*. Quito: Flacso.

- Alto Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1995). *Alto Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Recuperado el 2013, de <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/12f6b6948b1c669f802566f3004059df?Opendocument>
- CICR. (1995). *XXVI Conferencia Internacional - 5. Medios por los que la constitución de comisiones nacionales puede propiciar la aplicación y la difusión del derecho internacional humanitario*. Recuperado el 2013, de <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdkxg.htm>
- CICR. (2004). *Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: CICR.
- CICR. (15 de 05 de 2011). *CICR*. Recuperado el 2012, de <http://www.icrc.org/spa/what-we-do/other-activities/development-ihl/overview-development-ihl.htm>
- CICR. (2011). *CICR*. Recuperado el 2013, de CICR: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/news-release/2011/ecuador-news-2011-08-26.htm>
- CIDH. (2013). Comunidad internacional contra cárcel de Guantánamo. *Latinhub.com.au*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (02 de Marzo de 2006). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 05 de Octubre de 2013, de <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Ecuador278.02sp.htm>
- CONADIHE. (2012). Boletín de Actividades de la CONADIHE 2012.
- El Telégrafo. (2011). *Cruz Roja reconoció avances de Ecuador en Derecho Internacional Humanitario*. Obtenido de <http://www.telegrafo.com.ec/noticias/sociedad/item/cruz-roja-reconocio-avances-de-ecuador-en-derecho-internacional-humanitario.html>
- El Telegrafo. (24 de Noviembre de 2011). *www.eltelegrafo.com.ec*. Recuperado el 2013, de <http://www.telegrafo.com.ec/noticias/sociedad/item/cruz-roja-reconocio-avances-de-ecuador-en-derecho-internacional-humanitario.html>
- Enmienda Platt. (1901). *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Recuperado el 2013, de <http://www.inap.mx/portal/images/pdf/lat/cuba/enmienda%20platt%201901.pdf>

- La Comisión de Derechos Humanos. (1998). *War Resisters International* . Recuperado el 2013, de <http://www.wri-irg.org/node/6135>
- León, X. (2011). Una Experiencia sobre la Objeción de Conciencia al Servicio Militar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En X. L. al., *MEMORIAS Seminarios Internacionales sobre objeción de conciencia al serevicio militar* (págs. 41-48). Bogotá: Civis Suecia .
- Llamazares Fernández, D. (2007). *Derecho de la Libertad de Conciencia II*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Llamazares Fernández, D. (2010). *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*. Madrid: Editorial DYKINSON.
- Maciel, A. (2011). *EU, los “memos” de la tortura en Iraq y Afganistán*. Recuperado el 2013, de <http://www.proceso.com.mx/?p=276697>
- Mack, M. (2008). *CICR*. Recuperado el 2013, de <http://es.scribd.com/doc/30850106/Mejorar-el-respeto-del-derecho-internacional-humanitario-en-los-conflictos-armados-no-internacionales>
- Milanovic, M. (2007). Lecciones para los derechos humanos y el derecho humanitario en la guerra contra el terror: comparación del asunto Hamdan con el caso israelí de los selectivos. *International Review of The Red Cross*.
- Ministerio de Relaciones Exteriores e Integración. (2006). *Reglamento Orgánico Funcional de la Comisión Nacional para la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario del Ecuador*.
- Poczynok, I. (3 de Julio de 2012). Guerras Doctrinarias. Guerra, política y estrategia en los orígenes de la ciencia militar. *Cuadernos de Marte* (III), 57-90.
- Portela, J. G. (2005). *La Justificación Iusnaturalista de la Desobediencia Civil y de la Obecion de Conciencia*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina.
- Prensa Latina. (20 de Mayo de 2013). Mandatario de Ecuador llama a devolver a Cuba zona ocupada en Guantánamo. *Ecuador inmediato.com*.
- Rubio, X. H. (2010). *Breve Historia de la Guerra Moderna*. Madrid: Ediciones Nowtilus S.L.
- Sagrada Biblia*. (s.f.).

- Sassòli, M. (2003). *La “guerra contra el terrorismo”, el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra*. Recuperado el 2013, de http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/20_sassoli.pdf
- Trujillo, R. (2005). *Aportes Andinos sobre derechos humanos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Abya-Yala .
- Trujillo, R. (2005). La exigibilidad de la objeción de conciencia como derecho humano en Ecuador. En C. e. Gamboa, *Aportes Andinos sobre Derechos Humanos* (págs. 225-262). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Unión Europea / Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación / Abya-Yala.
- Trujillo, R. (2005). La exigibilidad de la objeción de conciencia como derecho humano en el Ecuador. En C. Gamboa, O. Ruíz, M. Masaquiza, L. Carreño, L. Camacho , & R. Trujillo, *Aportes Andinos sobre Derechos Humanos* (pág. 266). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- UNAM . (s.f.). *UNAM* . Recuperado el 2013, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3083/6.pdf>
- Valencia, Á. &. (2006). *Ecuador y el Derecho Internacional Humanitario (DIH)*. Quito: CICR.
- War Resisters´International. (22 de 04 de 1998). *Informe sobre el país: Ecuador*. Recuperado el 2013, de http://www.wri-irg.org/programmes/world_survey/country_report/es/Ecuador
- Zegveld, F. K. (2001). *Restricciones en la Conducción de la Guerra*. Ginebra: CICR.