



PLURAL

Academia

Año III - No. IV
Agosto 2022

Revista electrónica del Centro
de derecho internacional e
integración regional CIDIIR
MDQ, Argentina

Universidad Nacional de Mar del Plata

Centro de Investigación en Derecho Internacional e Integración Regional

REVISTA PLURAL

Academia

Año 3, Número 4 – Agosto 2022

Centro de Investigación en Derecho Internacional e Integración Regional

Universidad Nacional de Mar del Plata

Facultad de Derecho 2855/65 – Piso 3 – 7600

Mar del Plata – Argentina

Revista Electrónica – Año 3 – N. 4

Director: Favio Farinella

Agosto 2022 – ISSN 2684-0431

Tapa: Homenaje a Simon Quadrat

REVISTA PLURAL Academia

Agosto de 2022 – ISSN 2684-0431

Publicada por:

Centro de Investigación en Derecho Internacional e Integración Regional @cidiir

Mar del Plata, República Argentina

DIRECTOR

Favio Farinella

CONSEJO EDITORIAL

Eduardo Hooft

Pedro López Martucci

Ana Verneti

Gabriel Raba

Mariel Martin

Romina Manzo

COORDINACIÓN

Romina Manzo

EDICIÓN

Lucía Florencia Duarte

Romina Manzo

Belén Morrone

SUMARIO

EDITORIAL

- 4 **REVISTA PLURAL *Academia***
Romina Manzo

SECCIÓN INVESTIGACIÓN

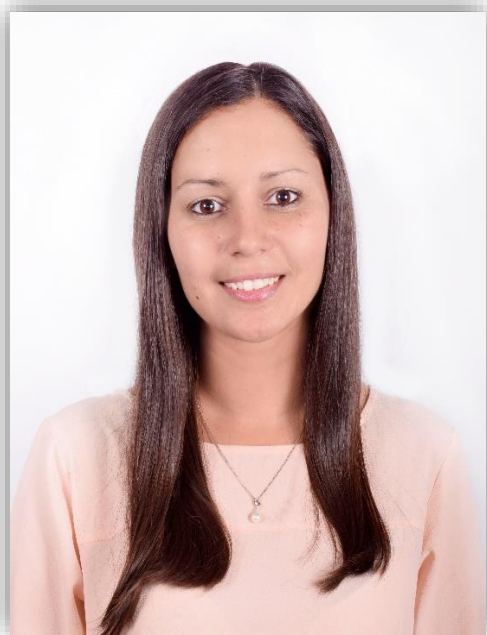
- 8 **LA CUESTIONADA FACULTAD DE CIDH PARA DICTAR MEDIDAS CAUTELARES**
Manuel Enrique Arévalo Rivera.
- 21 **LA JUSTICIA TRANSICIONAL: ANÁLISIS COMPARADO COLOMBIA - ARGENTINA**
José Antonio Torres Cerón.
- 21 **UCRANIA CONTRA RUSIA ANTE LA CIJ POR EL GENOCIDIO CONTRA EL PUEBLO UCRANIANO**
Eduardo Raimundo Hooft.
- 51 **DERECHO DE LOS REFUGIADOS A LA LUZ DEL MANDATO DEL ACNUR PARA LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL: EL CASO DE LA PROTECCIÓN A PERSONAS VENEZOLANAS**
Juan Felipe Rosero

SECCIÓN CONVERSACIONES ACADÉMICAS

- 70 **CONVERSACIÓN ENTRE DELFÍN I. GRUESO VANEGAS Y JAMES A. PÉREZ MONTOYA**
Director: James A. Pérez Montoya.



EDITORIAL



Les doy la bienvenida. Transitaremos un sendero repleto de miradas y reflexiones críticas sobre un mundo que se presenta cada vez más complejo, dinámico y sagaz. Recorreremos juntos pasajes de una actualidad que nos invita a observar y analizar el contexto internacional en el cual nos encontramos inmersos y del que debemos resultar protagonistas, hoy más que nunca. El rol de las instituciones, la justicia, la humanidad, los valores fundamentales que nutren a la comunidad global y que requieren de un compromiso inusitado en materia de su promoción, protección y defensa.

Es en el presente número que, especialistas en sus áreas, analizan las connotaciones fundamentales de las temáticas propuestas, invitando a un marco de estudio y reflexión.

En primer lugar, nos acompaña el Doctor Manuel Enrique Arévalo Rivera, quien habrá de explayarse sobre la importancia de la creación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las fuentes jurídico-convencionales que le otorgan su principal sustento y de allí el fundamental protagonismo y relevancia de sus órganos encargados de la protección de los derechos humanos a nivel regional. Es, en dicho contexto, que se especializa en materia de medidas cautelares y en la facultad de la CIDH para solicitar las mismas a los Estados miembros de OEA, procurando el estudio de su efectividad en el control, vinculo y relevancia en el contexto mencionado como mecanismo de jurisdicción internacional.

Continuaremos nuestro análisis a nivel regional junto con el Doctor José Antonio Torres Cerón, quien nos brinda un impecable estudio sobre la tipificación de crímenes internacionales, la importancia del Estatuto de Roma y el impacto de su ratificación en los Tribunales y Cortes internas, específicamente para los Estados de Colombia y Argentina. El autor aborda los mecanismos procesales constitucionales de ambos países en la materia, a través del estudio de casos puntuales, enfocados en el debido proceso constitucional y su vigencia. Haciendo foco en la imprescriptibilidad de los crímenes tipificados en el Estatuto, desarrolla su trabajo a la luz del andamiaje constitucional existente en cada uno de los Estados mencionados.

En el marco de la Sección de Investigación, contamos con la inmejorable visión crítica y profesional del doctor Eduardo Hoof, quien nos presenta un minucioso análisis en materia de responsabilidad internacional, sobre la demanda interpuesta por parte del Estado de Ucrania al Estado Ruso ante la Corte Internacional de Justicia por la comisión del crimen de genocidio contra el pueblo ucraniano. El autor realiza un detallado análisis y revisión de la normativa internacional vigente, el rol de los Estados y de los Tribunales Internacionales de Justicia, en un contexto internacional demarcado por la comisión de graves violaciones a los derechos humanos.

A los fines de permanecer a luz de los hechos y analizar la connotación de la defensa y promoción de los derechos humanos en América Latina, el autor Juan Felipe Rosero nos invita a reflexionar sobre la situación regional de refugiados y solicitantes de asilo provenientes del Estado de Venezuela. A tales fines, nos propone adentrarnos en el estudio de la relación conceptual existente entre el Derecho Internacional Humanitario y la Protección Internacional a las personas Refugiadas, examinando la normativa internacional y regional vigente en la materia. Durante el desarrollo de su trabajo nos refiere connotaciones conceptuales como crisis humanitaria, solidaridad, cooperación y empatía. Signos de una realidad que sin dudas nos convoca hoy día a un cambio de paradigma, frente a una temática que continúa manteniendo el mismo grado de vigencia que el primer día.

Finalmente, es un honor presentar nuestra sección permanente de Conversaciones Académicas a cargo del profesor James Pérez Montoya. Su ciclo, “Conversaciones Académicas”, es un espacio de reflexión y divulgación cuyo objetivo es fomentar el pensar crítico. Se resalta el compromiso intelectual de quienes resultan sus invitados, haciendo visible su labor académica y configurando una fuente de inspiración para las generaciones que se preocupan por pensar nuestra relación con el mundo. En esta oportunidad, el académico tiene como invitado al Dr. Delfín Ignacio Grueso Vanegas, con quien conversa acerca de un esencial interrogante; debaten, se preguntan e intentan arribar a respuestas que tienden a reflexionar sobre: ¿Qué es la justicia?

Agradecemos profundamente a los autores y participantes de este número, como así también a nuestros lectores. Ambos configuran la esencia y calidez de este maravilloso espacio creado para compartir y reflexionar sobre nuestro mundo contemporáneo.

Romina Manzo
Coordinadora Revista Plural Academia

SECCIÓN INVESTIGACIÓN

LA CUESTIONADA FACULTAD DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS PARA DICTAR MEDIDAS CAUTELARES

Manuel Enrique Arévalo Rivera

1. Resumen

En el presente trabajo académico, en principio, revisaremos brevemente qué debe entenderse por SIDH y la importancia de la creación de este sistema regional para la protección de los derechos humanos. Luego, abordaremos el tema de las fuentes jurídico-convencionales que soportan el SIDH y cuáles son los órganos encargados de la protección de los derechos humanos en el marco de este sistema. A continuación, analizaremos la naturaleza y las características de la CIDH, y la relevancia que tienen las medidas cautelares en el SIDH. Posteriormente, intentaremos explicar por qué la CIDH requiere poder solicitar medidas cautelares a los Estados miembros de la OEA para cumplir su rol de protección de los derechos humanos y expondremos los cuestionamientos existentes frente a tal atribución. Finalmente, emitiremos varias conclusiones al respecto.

2. Palabras clave

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, medidas cautelares.

3. Abstract

In this academic work, in principle, we will briefly review what should be understood by IAHRs and the importance of the creation of this regional system for the protection of human rights. Then, we will address the issue of the legal-conventional sources that support the IAHRs and which are the bodies responsible for the protection of human rights within

the framework of this system. Next, we will analyze the nature and characteristics of the IACHR, and the relevance of precautionary measures in the IAHRs. Subsequently, we will try to explain why the IACHR needs to be able to request precautionary measures from the OAS member states to fulfill its role of protecting human rights and we will expose the existing questions regarding such attribution. Finally, we will issue several conclusions in this regard.

4. Key Words

Inter-American Commission on Human Rights, IACHR, precautionary measures.

THE DISPUTED POWER OF THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS TO DICTATE PRECAUTIONARY MEASURES

5. Introducción

En el ciclo de profundización de la carrera de posgrado Doctorado en Derecho, desarrollado por la Universidad Nacional de Mar del Plata, en Argentina, una de las materias dictadas fue Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se revisaron varios temas relacionados con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH). De todos los temas abordados, uno en particular llamó mi atención por el interesante debate jurídico que se generó a su alrededor en mi país, Ecuador, por eso me he propuesto abordarlo en el trabajo final de este ciclo.

El derecho internacional contemporáneo es extraordinariamente complejo, más aún en lo que respecta a los derechos humanos. A partir de la Segunda Guerra Mundial se ha venido experimentando un proceso de cambio radical y continuo en este aspecto. En el siglo pasado su evolución estuvo destinada a la creación de mecanismos de jurisdicción internacional de vocación permanente y universal. Sin embargo, el control que se ejerce sobre

los Estados no ha funcionado en gran medida, pues es de carácter facultativo el aceptar la jurisdicción internacional.

La voluntariedad de los Estados es lo que ha prevalecido en cuanto al sometimiento al marco del derecho internacional. No obstante, a partir de la creación del Tribunal de Justicia Internacional, se ha venido produciendo una multiplicación de las jurisdicciones internacionales, entre ellas la creada a partir de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADDH), en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH), y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH).

A partir de los instrumentos jurídicos antes referidos, se han creado dos instituciones fundamentales para nuestro sistema de protección regional de los derechos humanos: i. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH); y, ii. la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). Ambos órganos tienen el objetivo primordial de velar por el cumplimiento de los derechos humanos en los Estados miembros y en la región.

En el siguiente trabajo intentaremos aproximarnos al estudio la facultad de la CIDH para solicitar medidas cautelares a los Estados miembros de la OEA, la obligatoriedad de su cumplimiento, su vinculatoriedad y su relevancia en el contexto del SIDH como un medio efectivo de prevención y protección ante posibles daños graves e irreparables a personas o grupos de personas, así como expondremos también los cuestionamientos realizados a tal atribución.

6.1 El SIDH y los órganos a cargo de la promoción y protección de los derechos humanos

El SIDH es un sistema de carácter regional creado por los Estados miembros de la OEA. En este sistema a los individuos se les reconoce derechos y libertades, se imponen obligaciones a los Estados miembros y se crean formas de promover y respetar los derechos humanos. Concretamente, podemos definirlo como un conjunto de normas sustantivas, procedimientos, mecanismos y órganos que, inspirados en varios documentos de carácter

internacional creados en el contexto de la OEA, constituyen el marco principal de la región para promover y proteger los derechos humanos, de forma tal que este sistema provea las herramientas jurídicas necesarias a los ciudadanos de los Estados miembros que han sufrido o sufren algún tipo de amenaza o vulneración de derechos humanos para presentar su reclamo en una instancia internacional y puedan obtener la reparación debida.

Los principios que fundamentan el SIDH han sido consagrados en la Carta de la OEA, en la DUDDH, en la DUDH, en la CADH y en otros instrumentos internacionales desde mediados del siglo XX, conjuntamente con los demás sistemas de promoción y protección de derechos humanos creados a nivel universal. El trabajo de promoción de los derechos humanos está a cargo de todos los organismos de la OEA y su característica principal es que dicha labor tiene un carácter amplio e inclusivo. En cambio, la labor de protección de los derechos humanos está encomendada a dos órganos específicos: la CIDH y la Corte IDH¹. En la CADH se contemplan tres supuestos para presentar denuncias, ya sean estas individuales o interestatales, frente a los organismos de protección del SIDH: i. Frente a amenazas o violaciones cometidas por Estados miembros de la OEA que no han ratificado la CADH -Canadá, Estados Unidos y otros²; en cuyo supuesto, la CIDH deberá regirse por la Carta de la OEA, por la DADDH y por su Reglamento; ii. Frente a las amenazas o violaciones cometidas por Estados miembros de la OEA que han ratificado la CADH, pero que no han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH -Jamaica y otros; en cuyo supuesto, la CIDH deberá regirse no solamente por la DADDH sino también por la CADH; y, iii. Finalmente, frente a amenazas o violaciones cometidas por Estados miembros de la OEA que han ratificado la CADH y que han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH -Ecuador, Perú y otros³; en cuyo supuesto, el SIDH despliega toda su capacidad, es

¹ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 33.

² Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 44; Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Artículo 1, numeral 2.b. “Esta posibilidad que responde a una tradición invariable del Sistema, está especialmente prevista en el Estatuto y en el Reglamento de la Comisión: [...] la amplitud excepcional del régimen del artículo 44 [...] fue uno de los logros más significativos alcanzados por la Convención Americana”. Véase: Gros Espiell, Héctor; Reflexiones en torno a la protección internacional de los derechos humanos en el ámbito regional americano, Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gastéis. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. 1987, pp. 170-171

³ Los Estados parte de la OEA que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH son 21: Argentina, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

decir, no solamente que la CIDH podrá regirse por todos los instrumentos internacionales antes referidos, sino que se encuentra habilitada también la intervención de la Corte IDH.

Dicho esto, en el siguiente apartado nos concentraremos únicamente en el estudio de la CIDH, en virtud de que este trabajo se centra en analizar su cuestionada facultad de dictar medidas cautelares.

6.2 La CIDH, su naturaleza y sus características

En 1959, se produjo la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores⁴ para tratar dos asuntos i. la tensión internacional en el Caribe; y, ii el ejercicio efectivo de la democracia representativa en el contexto de los derechos humanos. En esta Reunión, se resolvió la creación de la CIDH con la finalidad de garantizar el respeto a tales derechos. Por lo tanto, la CIDH no deviene de la suscripción de ningún tratado, sino que se deriva de una resolución de uno de los órganos de la OEA, aprobada por la mayoría simple de sus integrantes. Esto, en principio, provocó Estados miembros objetaran la forma de creación de la CIDH mediante una simple Reunión de Consulta, poniendo en entredicho la base convencional del nuevo organismo para actuar de forma contraria de la voluntad de los Estados miembros.

La CIDH es un órgano de carácter principal y autónomo de la OEA “creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia” de acuerdo a lo señalado en el artículo 1.4 de su Estatuto⁵. Los principales instrumentos internacionales de los cuales nacen las funciones y atribuciones jurídicas de la CIDH son la Carta de la OEA⁶, la CADU⁷ y sus propios Estatuto y Reglamento, los cuales le dan competencia sobre los Estados miembros de la OEA.

La CADH le confiere facultades particulares y específicas a la CIDH para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos. Entre las más relevantes se encuentran

⁴ Celebrada en Santiago de Chile desde el 12 hasta el 28 de agosto de 1959.

⁵ Aprobado mediante Resolución No. 447 de la Asamblea General de la OEA, en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979.

⁶ Carta de la Organización de Estados Americanos, Artículo 106.

⁷ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículos 33 al 51

la de estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América, formular recomendaciones a los Estados miembros cuando lo estimare conveniente para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, solicitar a los gobiernos de los Estados miembros que proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos y atender las consultas que formulen los Estados miembros por intermedio de la Secretaría General de la OEA en cuestiones referentes a derechos humanos⁸.

La CIDH, como la Corte IDH, tiene la atribución de supervisar el cumplimiento de las obligaciones que los instrumentos internacionales antes referidos imponen a los Estados miembros de la OEA, en virtud de lo cual puede informar, visitar los Estados miembros o emitir comunicados en el ámbito de sus competencias. Además, puede tramitar casos individuales relacionados con la violación de los derechos humanos, quedando facultada en caso de incumplimiento de sus recomendaciones a presentar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De forma adicional, la CIDH afirma que, en el marco de la protección de los derechos humanos, puede disponer la adopción de medidas urgentes o cautelares de forma directa a los Estados miembros infractores o solicitar oportunamente a la Corte IDH la adopción de medidas provisionales en su contra. Sin embargo, existen varios cuestionamientos en cuanto a si realmente la CIDH está facultada para dictar medidas cautelares de forma directa en contra de los Estados miembros, tema que será materia de estudio en el siguiente apartado.

6.3 La cuestionada facultad de la CIDH para solicitar medidas cautelares a los Estados

La CADH le confirió a la CIDH la posibilidad de preparar su Estatuto, el cual fue sometido a la aprobación de la Asamblea General de la OEA⁹, y para dictar su propio Reglamento¹⁰. Tanto en la CADH como en el Estatuto de la CIDH no aparece expresamente atribuida a este órgano ninguna facultad para dictar medidas cautelares a los Estados miembros. Es decir, entre las funciones y atribuciones que le confieren directamente estos

⁸ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 41.

⁹ Aprobado mediante la Resolución No. 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

¹⁰ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 39

dos instrumentos a la CIDH no se encuentra la de solicitar que un Estado adopte medidas cautelares, en pro de garantizar el respeto y vigencia de los derechos humanos.

No obstante, en ambos instrumentos, entre las funciones de la CIDH aparece la de “formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos”¹¹. Basada en esta función, la CIDH, al momento de dictar su Reglamento¹², se atribuyó la facultad de solicitar, de oficio o a petición de parte, medidas cautelares a los Estados miembros¹³. Es precisamente por ello que varios gobiernos han cuestionado esta facultad no convencional que, según dicen, ilegalmente se arrogó este órgano.

Ahora bien, es necesario hacer énfasis en que el mecanismo de las medidas cautelares tiene más de treinta años en la historia del SIDH y, sin duda, ha servido como una herramienta eficiente y eficaz en la protección de los derechos humanos de las personas que conforman los Estados miembros de la OEA. Mediante una medida cautelar la CIDH solicita a un Estado miembro que proteja a una o más personas que se encuentren en una situación grave y urgente de sufrir un daño inminente e irreparable en materia de derechos humanos. Al respecto, Cançado (2001) indica:

La transposición de las medidas provisionales del orden jurídico interno al internacional – siempre ante la probabilidad o inminencia de un “daño irreparable”, y la preocupación o necesidad de asegurar la “realización futura de una determinada situación jurídica”– tuvo el efecto de ampliar el dominio de la jurisdicción internacional, con la consecuente reducción del llamado “dominio reservado” del Estado.

Sin embargo, la cuestión geopolítica que vive principalmente Latinoamérica ha provocado que en la actualidad existan varios gobiernos de los Estados miembros de la OEA que desconozcan a su conveniencia la facultad de la CIDH para solicitar medidas cautelares. Por ejemplo, en el portal web del Ministerio de Justicia de Ecuador, en relación a las medias

¹¹ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 41 literal b) y Artículo 18, literal b)

¹² Aprobado por la Comisión en su 137 período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y modificado el 2 de septiembre de 2011 y en su 147 período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1 de agosto de 2013.

¹³ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 25.

cautelares solicitadas a la CIDH por el periodista investigativo Fernando Villavicencio, en lo pertinente, se expuso:

El Estado ecuatoriano insiste en que, de acuerdo a la Convención Americana de Derechos Humanos, la CIDH no tiene competencia para dictar medidas cautelares, siendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos el órgano jurisdiccional que tiene esta atribución, conforme el artículo 63 del mencionado instrumento del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.

En contradicción este tipo de posturas la CIDH ha emitido varios pronunciamientos declarándose facultada para solicitar medidas cautelares a los Estados miembros aduciendo que refleja una práctica común en el marco internacional de los derechos humanos. Es más, el 8 de marzo de 2005, a propósito de los pronunciamientos emitidos de forma pública por el Comisionado de nacionalidad venezolana Freddy Gutiérrez en la relación a la incapacidad del órgano para dictar medidas cautelares y a su falta de vinculatoriedad, la CIDH expidió la Resolución No. 1/05, en la cual se condenó dichos pronunciamientos, exponiendo en su numeral 9 lo siguiente:

La CIDH debe reiterar que las medidas cautelares son un importante mecanismo de trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que ha contribuido a salvar numerosas vidas en todo el hemisferio. Las medidas cautelares son dictadas en cumplimiento de las funciones de promoción y defensa de los Derechos Humanos de la CIDH a que se refieren los artículos 106 de la Carta de la OEA, 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 18 del Estatuto de la CIDH. La base jurídica de las medidas cautelares se encuentra en la obligación de los Estados de respetar y garantizar los Derechos Humanos a las personas bajo su jurisdicción, y que la práctica generalizada de cumplirlas por parte de la gran mayoría de los Estados se fundamenta en el entendimiento existente respecto a la obligatoriedad de las mismas.

Para reforzar lo dicho, en su Informe Anual 2011, la CIDH expresó que este mecanismo, en el contexto particular de la región, “ha operado como instrumento efectivo de protección y prevención ante posibles daños graves e irreparables a personas o grupos de personas que enfrentan situaciones de riesgo inminente”, y que “la CIDH ha venido cumpliendo con el mandato de ‘promover la observancia y la defensa de los derechos humanos’ en los términos del artículo 106 de la Carta de la Organización, y de asistir a los

Estados a cumplir con su ineludible deber de protección –el cual es su obligación en toda instancia”¹⁴.

En la misma línea de ideas, en el caso Juan Raúl Galarza contra Estados Unidos¹⁵, la CIDH se pronunció a favor de su facultad de solicitar medidas cautelares a los Estados miembros de la OEA. En su informe señaló lo siguiente:

Los Estados miembros de la OEA, al crear la Comisión y encomendarle, a través de la Carta de la OEA y del Estatuto de la Comisión, la promoción de la observancia y protección de los derechos humanos de los pueblos americanos, se han comprometido implícitamente a implementar medidas de esta naturaleza en los casos en que ello es esencial para preservar el mandato de la Comisión (párr. 117).

En el marco del SIDH, la facultad de solicitar medidas cautelares de la CIDH ha sido apoyada en reiteradas ocasiones por los jueces integrantes de la Corte IDH. Por ejemplo, el 5 de noviembre de 2004, el Presidente de este Órgano, mediante carta remitida al Estado argentino en el contexto del caso denominado “Las penitenciarías de Mendoza”¹⁶, señaló:

Al respecto, considero oportuno señalar que, en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados deben implementar y cumplir con las resoluciones emitidas por sus órganos de supervisión: Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Por ende, estoy seguro que el Estado atenderá las medidas cautelares de protección solicitadas por la Comisión mientras la Corte decide respecto de la presente solicitud de medidas provisionales.

De la misma forma, esta tesis a favor de la facultad de la CIDH para solicitar medidas cautelares a los Estados miembros de la OEA ha sido apoyada en forma abundante por la jurisprudencia regional, mediante la cual se reconoce el carácter obligatorio y vinculante de tales pronunciamientos o solicitudes. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-078/13 indicó:

¹⁴ Informe Anual 2011 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Capítulo III, literal c, numeral 1, párrafo 6. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>

¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 52/01, Caso 12.243, Fondo, Juan Raúl Garza contra los Estados Unidos de América, 4 de abril de 2001. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU12.243.htm>.

¹⁶ La Corte IDH resolvió dictar medidas provisionales en este caso el 22 de noviembre de 2004. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Las penitenciarías de Mendoza” contra Argentina. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/penitenciariamendoza_se_01.pdf.

En relación con la fuerza vinculante de las medidas cautelares otorgadas por la CIDH, la jurisprudencia constitucional ha sido sólida y consistente en indicar que su carácter es obligatorio en el orden interno, en tanto (i) se trata de un órgano que hace parte de la Organización de Estados Americanos (OEA), en la que Colombia es uno de sus miembros; (ii) el Estado colombiano ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional que en virtud de artículo 93 (inciso 1°) de la Constitución, hace parte del ordenamiento jurídico interno; y (iii) el Estatuto de la CIDH fue adoptado por la Asamblea General de la OEA, en la cual participa Colombia.

Por otra parte, se debe hacer énfasis en que la aceptación de la facultad de CIDH para solicitar medidas cautelares no puede estar condicionada a la “percepción jurídica” de los gobiernos de turno de los Estados miembros. Pues, este mal entendimiento de los compromisos adquiridos por los Estados miembros de la OEA y suscribientes de la DADDH y de la CADH, conlleva a que ciertos gobiernos emitan posturas que resultan contradictorias con la de otros gobiernos del mismo Estado que les antecedieron. Por ejemplo, en nuestro país, Ecuador, los gobiernos de las décadas pasadas respetaron y ejecutaron en varias ocasiones las medidas cautelares solicitadas por la CIDH, lo cual no ocurrió con el gobierno predecesor al actual¹⁷.

También debemos recordar que varios Estados miembros de la OEA que hoy tienen una cultura jurídica de cabal respeto a los derechos humanos, y de cumplimiento irrestricto a las medidas cautelares solicitadas por la CIDH, otrora momento tuvieron gobiernos que presentaron cuestionamientos en cuanto a este último particular, hecho que ratifica la necesidad de que tal atribución o facultad de la CIDH no quede supeditada a la “percepción jurídica” de los gobiernos de turno de los Estados miembros. Por ejemplo, pese a los varios precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional de Colombia, el gobierno de dicho país en principio se negó a aceptar las medidas cautelares solicitadas por la CIDH

¹⁷ El gobierno ecuatoriano del Presidente Rafael Correa Delgado se negó en varias ocasiones a cumplir las medidas cautelares solicitadas por la CIDH alegando que dicha atribución de ese Órgano del SIDH no era producto de un acto convencional y que, por lo tanto, su cumplimiento no era obligatorio ni vinculante para el Ecuador. Portal web del Ministerio de Justicia del Ecuador: “La CIDH no tiene argumentos para admitir petición de nuevas medidas cautelares solicitadas por Fernando Villavicencio”. Disponible en: <http://www.justicia.gob.ec/la-cidh->

en el caso de la destitución del Alcalde de Bogotá D. C., doctor Gustavo Urrego Petro¹⁸, expresando por medio de su Ministra de Relaciones Exteriores que “no [podían] permitir que un Tribunal Internacional que es subsidiario y complementario al procedimiento jurídico interno, venga a solicitar que [tomen] decisiones cuando la justicia colombiana ha funcionado y está funcionando”, además, sostuvo que “la palabra acatamiento no existe, porque las medidas cautelares no son obligación y no tienen carácter vinculante para el gobierno colombiano”¹⁹.

Y es que de forma interesada ciertos gobiernos de los Estados miembros de la OEA se valen inclusive de un análisis semántico de las normas para no acatar las medidas cautelares que dispone la CIDH, expresando que el alcance del artículo 41, literal b, de la CADH faculta a la CIDH únicamente a proporcionar recomendaciones a los Estados miembros y, por tanto, tales pronunciamientos no imponen obligatoriedad ni acatamiento, pues aquello no se puede deducir del aspecto semántico de la disposición, percepción que pareciera errada si tenemos en cuenta que el término “recomendación” ha sido utilizado en sentido cortés por la diplomacia internacional en el marco del SIDH.

Pero aun cuando se alegue la existencia de falta de origen convencional respecto de la atribución de la CIDH para solicitar medidas cautelares a los Estados miembros de la OEA, es necesario reiterar que el artículo 39 de la CADH le facultó a elaborar y presentar su propio Estatuto el cual fue aprobado por la Asamblea General de la OEA, y a dictar su propio Reglamento, siendo este último documento el que le atribuya la facultad expresa para solicitar medidas cautelares a los Estados miembros con la finalidad de preservar y garantizar los derechos humanos en la región.

Así, el artículo 25 del Reglamento de la CIDH establece el procedimiento que rige las medidas cautelares y delinea la relación que puede existir entre una medida cautelar y el objeto de una petición o caso, la adopción de medidas cautelares independientemente de la existencia de una petición o caso, la naturaleza individual o colectiva de las medidas cautelares, la posibilidad de que la CIDH solicite información al Estado a menos que la

¹⁸ La CIDH dictó en favor de Gustavo Urrego Petro, Alcalde de Bogotá D. C., la medida cautelar No. 374-13, el 18 de marzo de 2014. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2014/MC374-13-ES.pdf>.

¹⁹ Declaraciones realizadas por María Ángela Holguín, Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia, en la Radio Nacional de Colombia (RCN), el 19 de marzo de 2014. RCN, La Radio. 2014, Gobierno aclara que medidas cautelares para Petro no eran obligatorias. Disponible en: <http://www.rcnradio.com/noticias/gobierno-aclara-que-medidas-cautelares-para-petro-no-eran-obligatorias-124814>.

urgencia de la situación justifique el otorgamiento inmediato de una medida cautelar y los procedimientos relacionados con el levantamiento o cierre del trámite de medidas cautelares, entre otros puntos de interés.

7. Conclusiones

Realmente el SIDH no tendría sentido si sus órganos no fueran capaces de prestar una protección eficaz y oportuna de los derechos humanos garantizados a los ciudadanos de los Estados miembros. Por tal razón, las medidas cautelares deben considerarse como mecanismos efectivos para proteger daños inminentes e irreparables ante posibles violaciones de los derechos humanos. Dada la prevalencia de los derechos humanos, los órganos competentes del SIDH deben poder garantizar su protección inclusive de forma preventiva y precautelatoria, por lo que, la facultad de dictar medidas cautelares o provisionales de todo organismo con jurisdicción internacional, incluida la CIDH, toma una incuestionable relevancia.

Una de las finalidades principales del SIDH es la protección de los derechos humanos y no solamente el juzgamiento y resarcimiento de las violaciones a éstos, pues aquello lo convertiría en un sistema fallido y permisivo. En ese sentido, el mecanismo para solicitar medidas cautelares a la jurisdicción internacional es la única vía con la que cuentan los ciudadanos de los Estados miembros de la OEA para prevenir o cesar las arbitrariedades y el abuso de poder que se puede cometer a nivel local y que puede afectar drásticamente e irreparablemente los derechos humanos.

La misma CIDH determinó a través de su Reglamento su atribución para dictar medidas cautelares en los procesos puestos a su conocimiento por presunta o inminente violación de los derechos humanos, pues la propia CADH así lo estableció, por tanto, los Estados miembros deben acatar sus “recomendaciones” debido a que son ellos mismos quienes pactaron la competencia y la relevancia de sus pronunciamientos en lo relacionado con la promoción y protección de los derechos humanos al momento de formar parte de la OEA, y suscribir la CADDH y la CADH.

De ninguna forma la facultad de la CIDH de dictar medidas cautelares puede quedar expuesta al vaivén de las percepciones jurídicas y políticas de los gobiernos de turno de los

Estados miembros. Es claro que la obligación de cumplir las medidas cautelares dictadas por la CIDH nace de la voluntad ineludible de los Estados miembros de respetar los derechos humanos conforme se expresa en la CADH, pues, como ya se dijo, la práctica generalizada de cumplirlas por parte de la gran mayoría de los Estados se fundamenta en el entendimiento existente respecto a la obligatoriedad de las mismas.

JUSTICIA TRANSICIONAL: ANÁLISIS COMPARADO COLOMBIA – ARGENTINA

José Antonio Torres Cerón

1. Resumen

La noción de crímenes de lesa humanidad se configuró en la legislación internacional en el siglo anterior, con la presentación de la Carta del Tribunal de Núremberg en 1945¹ y registrada en 1946 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Estos tipos penales fueron luego incluidos en los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y más recientemente en un gran tratado internacional como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en 1998².

Por tratarse de actuaciones de gran impacto en la esencia misma de la dignidad humana, la legislación tiene un carácter especial que imprime una marca directa en Tribunales y Cortes de los países que se han acogido a esta normatividad global y que pone a prueba sus sistemas procesales constitucionales en materia penal. Tanto Argentina como Colombia han ratificado el Estatuto de Roma, pero el historial de estos crímenes en ambos países, data de muchos años antes. Es propósito de este trabajo de doctorado, auscultar los mecanismos procesales constitucionales de los dos países en la materia, con casos puntuales, enfocados al debido proceso constitucional y su vigencia, aun tratándose de transgresiones graves a la integridad humana.

¹ Los tribunales de Nuremberg buscaron hacer justicia ante la barbarie ocurrida durante el período en el que el nazismo estuvo en el poder en Alemania. En estos juicios, algunos jefes del régimen fueron juzgados por un Tribunal Militar Internacional al finalizar la Segunda Guerra Mundial. Disponible en: https://cdn.educ.ar/dinamico/UnidadHtml__get__e9eec820-7a09-11e1-83a5-ed15e3c494af/index.html

² El 17 de julio de 1998, 120 Estados aprobaron en Roma el Estatuto de la primera Corte Penal Internacional permanente, con el fin de permitir que se juzgue a los responsables de los crímenes más graves. Se dio así un paso importante en la lucha contra la impunidad, gracias a la creación de esta jurisdicción penal de vocación universal. Disponible en: <https://www.diplomatie.gouv.fr/es/asuntos-globales/justicia-internacional/eventos/articulo/cpi-20o-aniversario-del-estatuto-de-roma-17-07-18>

2. Palabras clave

Crímenes de lesa humanidad – Corte Penal Internacional – Derechos Humanos –
Debido proceso constitucional

3. Abstract

The notion of crimes against humanity was configured in international law in the previous century, with the presentation of the Charter of the Nuremberg Tribunal in 1945 and registered in 1946 by the General Assembly of the United Nations. These criminal types were later included in the statutes of the international criminal tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda and more recently in a major international treaty such as the Rome Statute of the International Criminal Court in 1998.

Because these are actions with a great impact on the very essence of human dignity, the legislation has a special character that prints a direct mark on the Courts and Tribunals of the countries that have accepted this global regulation and that puts their procedural systems to the test. constitutional in criminal matters. Both Argentina and Colombia have ratified the Rome Statute, but the history of these crimes in both countries dates back many years. The purpose of this doctoral work is to examine the constitutional procedural mechanisms of the two countries on the matter, with specific cases, focused on due constitutional process and its validity, even in the case of serious violations of human integrity.

4. Key Words

Crimes against humanity – International Criminal Court – Human Rights –
Due constitutional process

TRANSITIONAL JUSTICE: COMPARATIVE ANALYSIS COLOMBIA ARGENTINA

5. Introducción

Considerables entidades públicas y privadas defensoras de derechos humanos en Latinoamérica han destacado la comisión de genocidios en nuestra historia reciente como una de las manifestaciones más concretas para el establecimiento de gravámenes penales individuales. Sin embargo, es inevitable la observación jurídica, tanto de las herramientas internas como de las internacionales, para comprobar en qué delito pueden tipificarse las gestas criminales a las que se determina.

El término “crímenes de lesa humanidad” fue esgrimido de forma incipiente para representar las ejecuciones masivas del pueblo armenio en Turquía, en mayo de 1915³. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg la retoma como uno de los tres tipos de crímenes sobre los cuales tendría competencia. Estos crímenes son contra la paz, de guerra, o contra la humanidad.

El Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda⁴ y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional asumieron varios de estos elementos. En la configuración de crímenes contra la humanidad sólo se requiere que los actos hayan sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y destinados contra cualquier población civil por causa de su nacionalidad, o pertenencia a un grupo político, étnico, racial, o religioso. Es pertinente aclarar aquí que, si bien en ambas definiciones para conformar el delito se requiere la existencia de grupos de víctimas, en la tipificación de delitos contra la humanidad no es forzoso que el criminal haya tenido el propósito de destruirlos, para que se configure. Bajo esta óptica, el crimen contra la humanidad que más se aproximaría al genocidio viene siendo el exterminio, en virtud de su carácter masivo. No obstante, en este último pueden incluirse tanto los procesos en que se asesina a grupos de personas que no conllevan características

³ Un siglo después de que el Imperio Otomano exterminara a un millón y medio de armenios, el término “genocidio” continúa siendo un tabú. La postura oficial turca sigue siendo que la persecución y deportación masiva de civiles armenios llevada a cabo entre 1915 y 1923 no fue un exterminio planificado, sino el producto desafortunado, y hasta cierto punto inevitable, de un contexto bélico internacional. Disponible en: <https://www.abc.es/cultura/libros/20150416/abci-centenario-holocausto-armenio-201504152201.html>

⁴ Tras un largo debate político y jurídico, la Resolución 955 del Consejo de Seguridad, del 8 de noviembre de 1994, configuró el primer Tribunal Internacional que juzgaría a autores, cómplices y demás partícipes del delito de genocidio. Si bien habían existido experiencias previas en la sociedad internacional, la primera condena por genocidio, vendría de la mano de la sentencia dictada contra Jean Paul Akayesu. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=156659>

comunes, como aquellos en donde se quita la vida solamente a algunos miembros de un grupo determinado. En los demás casos de crímenes contra la humanidad, la definición no está sellada por el número de mártires, sino porque el crimen haya sido perpetrado de forma generalizada y sistemática.

La tipificación de estos crímenes fue definitiva para que en América Latina – en Argentina y Colombia, por supuesto- se pudieran iniciar procesos contra violadores de derechos humanos tanto por parte de Estados, como de grupos al margen de la ley, en el marco de los llamados crímenes de lesa humanidad.

El vencimiento de los mandatos penales está acopiado en reglas constitucionales como una expresión clara de que los ciudadanos imputados de realizar un delito no tienen por qué esperar interminablemente a que su escenario legal sea decidido, ni la comunidad respectiva puede permanecer eternamente a la expectativa de que el sistema judicial estatal desempeñe su obligación de investigar, acusar y sancionar con evidencia a los delincuentes. Un examen exhaustivo geopolítico llevó a la conclusión de que algunas violaciones de la ley penal son de tal gravedad que sus consecuencias trascienden los confines nativos para afectar a la comunidad internacional y que muchos de estos suceden en áreas donde los contextos sociales pueden proveer herramientas para obstruir la acción de fiscales y jueces. Como corolario de todo lo anterior se concibió a la Corte Penal Internacional.

Para avalar su buena marcha era forzoso instituir que, en relación con sus procesos, no concurre restricción temporal alguna, porque una de las infieras que justifica su presencia es el riesgo de que los mandos nacionales pretendan, deliberadamente, no avanzar en la investigación criminal sobre estos hechos. Si se consintiera la prescripción en proporción de estos actos delictivos, alcanzaría con que una nación demorara las indagaciones para eludir el ejercicio de la justicia penal internacional, que brotó merecidamente para frenar la intención de que por ese camino se lograra la impunidad en sumarios de gran impacto y trascendencia.

El Estatuto de Roma marca expresamente que las contravenciones graves de las que deba conocer la Corte Penal Internacional no prescribirán, con lo que manifiestamente circunscribe la estampa de la imprescriptibilidad a los delitos para los que ese tribunal tenga competencia. Al examinar las pautas que la Corte Penal Internacional posee sobre los casos que pueden ser de su resorte, se deduce que, aunque sobre el papel se ocupa de procesos

como genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión, su accionar está demarcado por el mismo Estatuto de Roma en cuanto al tiempo en que esas acciones se perpetraron y en que sólo puede intervenir cuando se establezca que un Estado o no ha tenido la voluntad de investigarlas con decisión.

Se tiene, entonces, que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad está sometida a hechos sucedidos después de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma y sólo para los que el Tribunal internacional sea competente, no sólo por su tipificación sino por la incapacidad, o falta de voluntad de una nación de llevar a cabo el respectivo proceso. En términos prácticos eso significa que mientras tales infracciones prescriben en la legislación de un país -como Colombia, o Argentina-, ante la Corte Penal Internacional no. Pero, eso sí, guardando las formas de tiempo especificadas en el Estatuto de Roma. Tema polémico y confuso de implementar en algunos contextos.

La gravedad de los delitos en contra de la humanidad cometidos en nuestro continente, en Colombia y Argentina, son la esencia del presente trabajo de doctorado, pero vistos desde la óptica de su desarrollo a la luz del andamiaje constitucional.

6. Crímenes de lesa humanidad y debido proceso constitucional

El proceso, en cualquier litigio judicial, existe con el principal fin de remediar problemas entre partes con total garantía y prerrogativa jurídica, mediante unos mecanismos claros y de obligatorio cumplimiento por todos los sujetos procesales. Pero cuando hablamos de un proceso que está incurso en los derechos fundamentales de los ciudadanos, debe garantizar la transparencia y equidad del sistema judicial, independientemente de la acción, o acciones imputadas, pues, sin ni más ni menos, se está ante el debido proceso.

En materia de juzgamiento de crímenes de lesa humanidad, es pertinente comprender cómo ante la gravedad de hechos cometidos contra población inerte por diversos agentes en conflicto, bien sean estatales, sediciosos, o paraestatales, la comunidad internacional necesitaba urgentemente el diseño y ejecución de un sistema procesal especial para estas causas, que garantizara tanto a las víctimas como a los victimarios, un sumario claro y expedito, que evitara la impunidad, pero que, paralelamente, avalara el hecho jurídico sobre el político. De nuevo, un debido proceso.

El Estatuto de Núremberg (Naciones Unidas, 1945) tipificó como crímenes de lesa humanidad los siguientes:

(...) el asesinato, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación u otros actos inhumanos perpetrados contra toda población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la competencia del tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido realizados...los dirigentes, organizadores, instigadores o cómplices que tomaron parte en la elaboración o en la ejecución de un plan concertado o de un complot para cometer cualquiera de los crímenes precedentemente definidos son responsables de todos los actos cumplidos por las personas que ejecutasen tal plan.

El Estatuto de Roma (Naciones Unidas, 1998), por su parte, dispone lo siguiente:

Se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

También estipula que la Corte Penal Internacional tendrá competencia para juzgar los crímenes de guerra cuando se cometan como parte de un plan, o política o como parte de la comisión en gran magnitud, de los mismos. ¿Y qué tipifica por crímenes de guerra? Veamos:

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (...); b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales

dentro del marco establecido de derecho internacional (...); c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra 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 (...); d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos; e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional; f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

Es adecuado referenciar que los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales se encuentran consagrados en los cuatro Convenios de Ginebra⁵ y en el Protocolo Adicional I⁶, mientras que aquellas violaciones graves cometidas en un conflicto armado interno, como las han vivido, por ejemplo, Argentina y Colombia, en situaciones distintas por supuesto, están previstas en el artículo 3° de dichas herramientas jurídicas internacionales.

Curiosamente, en la enunciación que el Estatuto de la Corte Penal Internacional da a los crímenes de guerra, no se exige, a diferencia de lo estipulado para los crímenes de lesa

⁵ Los Convenios de Ginebra (1949) son una recopilación de por lo menos 1.000 artículos escritos desde 1.863, para regular las situaciones de conflictos armados entre Estados y proteger a sus víctimas. Estos convenios son sin duda el pilar de lo que hoy conocemos como Derecho Internacional Humanitario (DIH) que ha llegado a ser universal y cuenta con la ratificación de más de 194 Estados. Fuente: El tiempo, 65 años de la firma de los Convenios de Ginebra, 20/ 08/ 2014. Disponible: <http://blogs.eltiempo.com/accion-humanitaria-en-movimiento/2014/08/20/65-anos-de-la-firma-de-los-convenios-de-ginebra/>

⁶ Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales de 1977 codifican las normas fundamentales del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Fuente: Defensoría del Pueblo | Colombia. Disponible en: <http://defensoria.gov.co/es/nube/noticias/237/Protocolos-adicionales-a-Convenios-de-Ginebra-cumplen-30-a%C3%B1os-Ginebra-Derechos-Humanos.htm>

humanidad, que hayan sido masivos y/o sistemáticos. Lo que se establece es que debe existir una política, o plan en el que se inscriban las conductas criminales.

El Estatuto prevé la posibilidad a los Estados que se vinculan, de declarar que, durante un período de siete años, contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor en su Nación, no aceptan la jurisdicción de la Corte en lo que hace a los crímenes de guerra, o de lesa humanidad, cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales, o en su territorio. Debate amplio, por ejemplo, en Colombia, durante los siete años en que duró la salvedad ante la Corte Penal Internacional, pues las guerrillas, los paramilitares y miembros de la Fuerza Pública, siguieron vinculados seriamente con violaciones de los derechos humanos potencialmente encajadas en lo tipificado por el Estatuto de Roma. Pero lo más delicado, desde lo procesal constitucional es que, en su celo por garantizar justicia para crímenes de alto impacto social, las autoridades judiciales han abusado de la tipificación de estos delitos como de lesa humanidad, que, o bien no cumplen con lo postulado para éste crimen, o incluyen delitos que fueron cometidos antes de la entrada en vigencia del Estatuto en el país.

Los regímenes constitucionales de los dos países se han puesto a prueba en lo relativo a los derechos tanto de los procesados como de las víctimas, y por más desgarradores que sean los hechos cometidos bajo esta categoría penal, en los Estados de Derecho prima el respeto procesal para todos los sujetos que intervienen en dichos litigios, superando la presión política y comunitaria que aboga por saltarse este derecho constitucional en contra de quien es acusado de un crimen atroz.

Recordemos que la Corte está autorizada para juzgar a los imputados de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra cometidos tanto en conflictos internacionales como internos. Este tribunal no sustituirá a los tribunales nacionales que sean capaces de cumplir con sus responsabilidades y estén dispuestos a hacerlo. Aunque son pocas las voces que se han alzado a cuestionar los riesgos del debido proceso en el Tribunal Penal Internacional, reproducimos el concepto de una jurista argentina [Calabro, 2015] quien ha analizado el tema con total rigor:

Lo expuesto, no debe más que orientar el análisis de modo tal que la gravedad de los crímenes cometidos no se anteponga a la vigencia de las debidas garantías, de las que ningún proceso debe adolecer, ni por tanto privar de ellas al acusado. Máxime si se advierte que el contexto internacional no escapa del escenario de desigualdad propio de las relaciones de poder, es

decir, sigue siendo el ejercicio de coerción, el que sin garantías se reputa ilimitado, el que se debe contener, en aras del Estado de Derecho, porque solo con el progreso de este último se llegara a la justicia universal (párr. 23).

La imprescriptibilidad de los crímenes de la competencia de la CPI, es un claro ejemplo de los riesgos procesales que se corren por cuenta de una buena causa. Nadie quiere ver criminales de guerra, ni violadores sistemáticos de Derechos Humanos, amparados en la prescripción local de sistemas penales frágiles, la mayoría inspirados por ellos mismos. Pero de la misma manera, no es sano para los Estados de Derecho, ni para la justicia internacional, que los términos de investigación y juzgamiento, que forman parte de cualquier debido proceso, se vean alterados arbitrariamente sin más razón que la naturaleza misma de los crímenes.

La pregunta de fondo entonces, es la siguiente: ¿puede la sola presencia de la Corte Penal Internacional y el Estatuto de Roma, cambiar la hermenéutica propia de los códigos nacionales de los países miembros, sin que medie un ajuste específico a las leyes que incluya la tipificación allí plasmada?

7. Debido proceso y crímenes de lesa humanidad en Colombia

La confirmación del Estatuto de Roma por parte de Colombia creó un ambiente sano en el imaginario colectivo, en lo relativo a la disputa contra la impunidad en los crímenes de lesa humanidad⁷. Asimismo, esta validación internacional actualizó la legislación colombiana en la materia y le impuso a la nación una fila de deberes con la comunidad mundial, que parten de la necesidad de efectuar en la tipificación penal interna, la inclusión precisa de los crímenes de competencia de la CPI.

⁷ Colombia suscribió el Estatuto durante el gobierno del presidente Andrés Pastrana en Marzo del año 2000 y lo ratificó el 13 de Noviembre de 2002, pero con una salvedad, haciendo uso de la autorización señalada en el artículo 124 del Estatuto, a manera de disposición transitoria, en la cual no se acepta la competencia de la CPI sobre los crímenes de guerra, cuando se denuncie la comisión de estos crímenes por sus nacionales o en su territorio, por un periodo de siete años, contados a partir de la entrada en vigor respecto del Estado que haga la declaración. Fuente: Santamaria Rosembert Ariza, Corte Penal Internacional: Génesis y Alcance, 07/06/2010. Disponible en: <https://journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/view/615/1169>

Precedentemente a la aceptación del Estatuto de Roma, Colombia ya había comenzado a sujetar su código penal a los deberes internacionales asumidos en varios tratados cuyo eje son los Derechos Humanos, a través de la incorporación legislativa (Congreso de la República de Colombia, 2000) del genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura.

Consecuentemente y para afirmar la real atención jurídica a las normas del Derecho Internacional Humanitario (DIH), surgidas de los cuatro Convenios de Ginebra y de sus dos Protocolos Adicionales de 1977, fue que se expidió el nuevo código penal colombiano (Congreso de la República de Colombia, 2000) que estipuló los delitos contra las personas y bienes protegidos por el DIH.

Lo preocupante en materia procesal, para el caso específico de crímenes de lesa humanidad, es que si bien el Código Penal Colombiano consagra varios delitos tipificados en el Estatuto de Roma como homicidio, desaparición forzada, tortura, violación sexual, esclavitud sexual, prostitución forzada, detención arbitraria y desplazamiento forzado, los mismos no alcanzan a ser supuestos como crímenes de lesa humanidad, apegados a lo estrictamente instaurado por el derecho penal internacional, pues necesitan del dispositivo contextual que es imprescindible para representar penalmente un hecho con esa especificidad y es que haya sido perpetrado en un ataque generalizado y sistemático contra la población civil.

Colombia, al corroborar el Estatuto de Roma, se obligó a perseguir, investigar y castigar a los delincuentes internacionales en materia de derechos humanos que actúen en su territorio, pero a la fecha no se ha tramitado ninguna ley modificatoria del Código Penal ni ninguna otra de carácter especial en la rama penal, para incluir la categoría de lesa humanidad acorde con lo firmado internacionalmente (Fernández Mejía, 2011). Este escenario es una demostración clara de la distancia jurídica existente entre el compromiso internacional y las leyes internas, pero también denota una urgencia procesal para que se modifiquen, o creen las leyes donde queden tipificados los crímenes de lesa humanidad con total especificidad, para que dichas acciones ilegales, dejen de ser asumidas por el código penal tradicional y sus procedimientos asociados. Se aplica, eso sí, el bloque de constitucionalidad que implica respeto convencional absoluto.

En el país se han adelantado causas donde se hacen responsables de crímenes de lesa humanidad, a diversos actores de la violencia colombiana en sus manifestaciones de más profundo calado social: guerrilla, paramilitarismo, represión ilegal por parte de las F.F.A.A. y narcotráfico; en algunos casos, combinación entre algunas de ellas. Está, por ejemplo, el caso del coronel (r) Luis Alfonso Plazas Vega, sentenciado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá en 2010 por desapariciones en la retoma del palacio de Justicia asaltado por el M-19 en 1985 (Sentencia condenatoria en contra del Coronel Luis Alfonso Plazas Vega en el caso del Palacio de Justicia, 2010). Sobre este mismo caso, icono contemporáneo de la violencia colombiana, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá declaró como crímenes de lesa humanidad las muertes civiles durante la toma del Palacio de Justicia por parte de dicha guerrilla. Se tiene el proceso contra el ex gobernador del departamento de Sucre y ex embajador en Chile Salvador Arana Sus, por homicidio vinculado al paramilitarismo, mediante sentencia de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia en 2009 (Sentencia condenatoria contra Salvador Arana Sus, 2009). Podemos encontrar también, probablemente lo más controversial visto desde la jurisprudencia internacional, que es la sentencia que catalogó el delito de “concierto para delinquir” como un crimen de lesa humanidad, decretada por la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia (Proceso contra César Pérez García, 2010) y explicada así:

Entonces, es claro que la única forma de iniciar o continuar la investigación por una conducta que probablemente constituye Vgr, un delito de genocidio y/o de concierto para delinquir en vigencia del Decreto-Ley 100 de 1980, es argumentando la imprescriptibilidad de la acción penal, con fundamento en los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocidos por Colombia y aplicables como principios de derecho internacional.

De igual forma se halla la reciente providencia (Proceso contra Miguel Maza Márquez, 2015), relativa al homicidio del precandidato presidencial Luis Carlos Galán Sarmiento, ocurrido en 1989, y la decisión de la Fiscalía General de Nación (Declaratoria de crímenes de lesa humanidad, 2011), por los demás crímenes de alto impacto cometidos también por el llamado cartel de Medellín en cabeza de Pablo Escobar, como los asesinatos de los ministros Lara Bonilla y Low Mutra, el secuestro del entonces candidato a la alcaldía de Bogotá Andrés Pastrana, los homicidios del procurador Carlos Mauro Hoyos y del

gobernador Roldán Betancur, y los actos de terrorismo contra la población civil en la llamada *narco guerra*.

¿Cuál es problema desde lo estrictamente procesal? Que ante la indefinición por parte de la legislación colombiana en materia de crímenes de lesa humanidad, los fiscales, jueces y magistrados, presionados tal vez por el impacto social de ciertos crímenes, o seducidos por el afán de notoriedad jurisprudencial, han entrado en el juego de declarar de lesa humanidad delitos cometidos por agentes del conflicto armado, o del crimen organizado, que no siempre están ajustados al espíritu del Estatuto de Roma, independientemente de la crueldad y de la huella nefasta que generaron dichos actos. De hecho, el Fiscal General de la Nación tuvo que salir a aclarar públicamente que, en estricto derecho, los miembros de las autodenominadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC no tienen ninguna condena por crímenes de lesa humanidad [Pérez, 2013].

El alto funcionario de entonces precisó que delitos como secuestros, tomas guerrilleras y reclutamiento de menores, solamente se ven comprometidos en el marco del Derecho Internacional Humanitario (DIH), pero que, aun así, la Fiscalía va a continuar las investigaciones por los supuestos crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra eventuales que hayan podido cometer combatientes de esta organización al margen de la ley. Es decir, que se guiará por la interpretación amplia del Código Penal Colombiano, para hallar, en extremo, similitudes que permitan hacer tipificaciones en caliente y determinar, como en los casos ya reseñados, que una conducta “cabe” dentro de lo estipulado en el Estatuto de Roma, estirando su competencia desde una ley interna que no la especifica claramente. Hoy, las FARC ya se hallan en el marco de la justicia transicional desde 2016, pero el debate sobre la competencia entre fiscalía y Justicia Especial de Paz sigue vigente.

Es muy posible que en algunos casos hayan acertado. Pero la seriedad del tema procesal no se puede medir desde el azar. Analizaremos a continuación la cuestión del debido proceso en los casos más significativos declarados como de lesa humanidad en Colombia y su impacto en el sistema procesal constitucional del país. Empecemos por los hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985 en la sanguinaria toma del Palacio de Justicia en Bogotá por parte del M-19 y las declaratorias de lesa humanidad contra las actuaciones del coronel(r) Alfonso Plazas Vega, comandante del operativo de retoma acusado de torturas y desapariciones, y

contra todos los actores, guerrilleros, ejército y policía, por las muertes civiles, en instancias judiciales diferentes.

En sentencia que ya referimos, el 9 de junio de 2010 el Juzgado Tercero del Circuito Especializado de Bogotá condenó, en primera instancia, al Coronel retirado Alfonso Plazas Vega por su participación como “coautor mediato” en la desaparición de los trabajadores de la cafetería, tres visitantes y la guerrillera del M-19 Irma Franco Pineda. Posteriormente el Tribunal Superior de Bogotá confirmó dicha sentencia, que es de 30 años de prisión (Proceso contra el Coronel Alfonso Plazas Vega, 2012). Actualmente se halla en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con una petición formal de la Procuraduría General de la Nación para que sea absuelto pues considera este ente disciplinario, que las pruebas no son contundentes para proferir dicha condena.

Lo curioso y sorprendente del fallo, es la exhortación del tribunal para la intervención de la Corte Penal Internacional contra Belisario Betancur, presidente de Colombia para la época de los hechos. Y es particular y sin antecedentes, porque tratándose de un proceso penal individual contra Plazas Vega, pide que la Corte Penal Internacional tome una indagación sobre el supuesto compromiso venal del ex mandatario en las consecuencias de la retoma del Palacio de Justicia.

Esta es la primera vez que se demanda por alguna autoridad jurisdiccional, que este tribunal internacional asuma un proceso colombiano. Y como ya hemos venido sosteniendo, no es claro cuál es el cimiento legal que reconoce competencia a un juez, o Corte nacional para que incite a la CPI para que actúe en un caso interno. El Estatuto de Roma dice que los entes competentes para requerir la intrusión de la CPI son el Consejo de Seguridad de la ONU, la presidencia de un país vinculado, una ONG o el mismo Fiscal de la CPI. Debe ser por esta razón, que el Tribunal Superior conmina al entonces Fiscal Luis Moreno Ocampo para que la asuma, pero involucra implícitamente una suposición de que él no lo hará por sí mismo, lo cual es, en el menor sentido, muy antipático e inelegante.

La mencionada sentencia del Tribunal Superior de Bogotá también declaró como delitos de lesa humanidad las muertes de civiles provocadas por el M-19 en la toma del Palacio de Justicia, el 6 de noviembre de 1985, cuya implicación práctica primordial es impedir que el proceso prescriba y así poder algún día establecer la potencial autoría de los líderes del M-19. Nuevamente un hecho de gran preocupación jurídica y social: el

movimiento insurgente M-19 fue amnistiado por el gobierno de Virgilio Barco en 1989 con base en la antigua Constitución colombiana de 1886. Sus líderes vivos gozan hoy de plenas garantías ciudadanas y han ocupado los más importantes cargos de la nación, excepto la presidencia.

¿Podríamos imaginarnos un escenario donde estos ciudadanos en ejercicio vean tambalear el piso jurídico que los devolvió a la vida civil, todo por cuenta de un Tribunal, como el Superior de Bogotá, que los advierte de un posible juzgamiento internacional por crímenes que en su momento les fueron amnistiados? Una vez más el debido proceso constitucional se ve amenazado por una decisión bastante audaz de una instancia judicial, que se permite el derecho de recalificar unos hechos que ya fueron cosa juzgada, pues la amnistía los indultó.

Solamente por evitar un descrédito público, fiscales y jueces recurren a declarar lo actuado por un delincuente o grupo delincencial como de lesa humanidad, cuando el impacto social es muy grande, pero sin tener en cuenta si los hechos están claramente tipificados en el Estatuto de Roma. Para un analista y ex viceministro (Nieto, 2010), hombre de ideas conservadoras y alineado por muchos como de extrema derecha, pese a nunca haber estado de acuerdo con la amnistía al M-19, esas muertes civiles de las que habla el Tribunal Superior de Bogotá, no pueden apreciarse como delitos de lesa humanidad y agrega que este tipo de decisiones judiciales "no son un ejercicio juicioso de calificación de la conducta criminal sino un mecanismo de la justicia colombiana para evitar la prescripción de estos delitos".

No todos los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, configuran lesa humanidad, y aun los perpetradores de dichos actos infames, merecen, en la estricta concepción jurídica democrática, la posibilidad de un proceso justo y garantista. Mayor perplejidad puede causar decisiones trascendentales de la Honorable Corte Suprema de Justicia, relativas a catalogar el "concierto para delinquir" como un delito de lesa humanidad. Es extremadamente peligroso tener un sistema judicial donde se legisla en pleno proceso. Porque sin duda, cuando los encargados de impartir justicia en una nación, cambian la tipificación de un delito consagrado en sus leyes penales, por otro tipificado en la norma internacional, sin que haya mediado un previo ajuste de la normatividad interna, estamos ante un caso de alteración grave del debido proceso.

Pero por más grave que sea un crimen, una sociedad construida sobre la base de la garantía procesal como derecho fundamental, no puede hacerle guiños peligrosos a la tribuna, afectando de manera grave la transparencia del escenario judicial. Es imperativo aclarar que los llamados crímenes de lesa humanidad, a más de ser gravísimos y de lastimar la esencia misma de la naturaleza humana, forman parte de una condición legislativa correctamente precisada en pactos internacionales vinculantes, como el Estatuto de Roma.

¿Qué tenemos entonces? Que se ha convertido casi en un rito habitual de los administradores del sistema de justicia penal colombiano, jugar con la dicción “crimen de lesa humanidad” a falta de tenerla claramente manifiesta en la legislación interna. Y hay que decirlo sin tapujos: la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha sido la que más ha contribuido a repartir confusión entre los demás miembros de la rama jurisdiccional, quienes alentados por la madre superiora, se ven con alas para volar alto en materia de categorizar conductas criminales y llevarlas a terrenos donde la ley colombiana no llega. Es decir, que los colombianos o extranjeros en territorio nacional que sean procesados por crímenes graves, muchos de ellos tipificados en el DIH, tienen que soportar de manera injusta –sí, aunque sean potenciales criminales es injusta- que se les cambien los delitos en medio del accionar procesal por una interpretación contextual de la autoridad que los juzga.

La Corte Suprema de Justicia, en los autos de 21 de septiembre de 2009⁸ y del 3 de agosto de 2011⁹ ha favorecido, de buena fe sin duda, pero con nebulosas consecuencias para el debido proceso constitucional, las interpretaciones arbitrarias de los agentes del sistema judicial. Como prolegómeno de todo lo anterior, la Honorable Corte Suprema sustentó que los crímenes de lesa humanidad constituían delitos ordinarios cobijados de máxima gravedad

⁸ Auto 32022 de 21 de septiembre de 2009, Corte Suprema de Justicia. Proceso de justicia y paz. Las conductas criminales de los paramilitares deben enmarcarse en el contexto de los delitos de lesa humanidad. naturaleza y fines de las audiencias de formulación y legalización de capturas. Se exhorta al gobierno nacional para que se estudie la conformación de una comisión de la verdad. imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de lesa humanidad. Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez. Disponible en: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_79455625bb174048e0430a0101514048

⁹ Auto 34848 de 31 de agosto de 2011, Corte Suprema de Justicia. Instituto de la absolución perentoria. La expresión ostensiblemente atípica consagrada en el artículo 442 de la ley 906 de 2004, sugiere como conclusión válida que tal calificativo esté referido exclusivamente a aquellos casos en los que faltan uno o varios de los elementos objetivos del tipo, es decir, cuando no hay tipicidad en relación con la figura en concreto, como cuando falta el sujeto pasivo o cualquier otro elemento de la conducta típica. Magistrado Ponente Augusto Ibañez Guzmán. Disponible en: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_b4b51e556c9500cce0430a01015100cc

en las leyes colombianas. Olvida con este pronunciamiento la alta Corporación, que explícitamente no están tipificados como tales en el Código Penal. Asumir este postulado pone en riesgo la esencia jurídica de la “lesa humanidad” pues en dichos autos, se llega al desatino de determinar como tal al “concierto para delinquir” un delito común grave, pero de naturaleza ordinaria, y se afecta, a la vez, la pulcritud procesal pues los sujetos actuantes en derecho transitan en arena movediza. Tan desdichada actitud de la Corte Suprema de Justicia acarrió secuelas adversas al proceso que se les seguía, por ejemplo, a desmovilizados de base dentro del marco de la Ley de Justicia y Paz (Congreso de la República, 2005): no se les pudo aplicar el principio de oportunidad a quienes no habían cometido delitos distintos al concierto para delinquir, lo cual forzó al congreso a expedir de manera improvisada una legislación de justicia transicional (Congreso de la República, 2010) que solucionó de manera burda el impase jurídico.

Como corolario de todo, el máximo tribunal de Colombia estableció que los fiscales, jueces y magistrados deberán contemplar el Estatuto de Roma para fijar su contexto, “concordándolo” con el Código Penal Colombiano. Esa concordancia impartida por la Corte, es el peor escenario procesal posible, pues se traduce en inseguridad jurídica para todos los agentes que intervienen en un litigio penal de hondo impacto. ¿La consecuencia? Hoy en día, cualquier autoridad judicial, para quitarse inclusive peso social, mediático y político, declara de lesa humanidad el crimen que considere conveniente al contexto y no a la jurisprudencia.

Hoy en día, para el caso concreto de las FARC, se halla en plena implementación la Justicia Especial para la Paz, que busca una Justicia transicional que permita la paz, sin sacrificar la justicia y la reparación para las víctimas, pero con un innegable riesgo de impunidad parcial, que puede colocar en aprietos al país frente a la Corte Penal Internacional.

8. Debido proceso y crímenes de lesa humanidad en Argentina

Los procesos por crímenes de lesa humanidad en Argentina se han dado fundamentalmente por las innumerables violaciones a los derechos humanos documentadas ampliamente durante la dictadura militar que gobernó al país entre 1976 y 1983¹⁰.

¹⁰ El mayor juicio por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar (1976-1983) en Argentina concluyó después de cinco años en 2017. Finalizó con la condena a prisión perpetua del excapitán

El juzgamiento de estos delitos contra el DIH, más los tipificados en el Estatuto de Roma, es hoy política oficial del Estado argentino que no sólo ha buscado condenar judicialmente estas actuaciones infames de miembros de las Fuerzas Armadas y civiles cómplices, sino, paralelamente, y en adelante, sentar bases sólidas para una convivencia futura como lo postula el programa oficial:

No se trata sólo de condenar hechos atroces de nuestro pasado reciente como Nación sino de fijar reglas claras para nuestra convivencia futura sobre la base de la verdad, la sanción de los crímenes y el respeto de los derechos básicos de las personas (Presidencia de la Nación).

El inicio de todo el proceso data de 1983, año en que regresó la democracia, y en el cual se creó la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas que elaboró el informe “Nunca Más”¹¹ con descripciones descarnadas de todos los crímenes, y con base en éste se inició el juicio a las Juntas Militares en 1985, donde se condenó a los cabecillas castrenses principales del golpe y la represión y se dio inicio a juicios particulares en cada una de las provincias de la república donde se diseminó la política de exterminio de la oposición y de los grupos políticos no afines a la dictadura.

Pero en el gobierno de Raúl Alfonsín, se dictaron dos leyes, muy controversiales en el país y en el mundo entero: la Ley de Punto Final¹² y la Ley de Obediencia Debida¹³ que atajaron abruptamente los procesos por estos crímenes de lesa humanidad, salvándose sólo aquellos relativos a secuestros de bebés y entregas ilegales a parejas. Para fortuna de la justicia internacional en materia de Derechos Humanos, los legisladores anularon las susodichas leyes (Congreso Argentino, 2003) y un fallo de la Corte Suprema de Justicia

de navío, Alfredo Astiz, un símbolo de la represión, y de la mayoría de los 54 acusados por su accionar en el principal centro clandestino de detención y torturas del régimen. Fuente: Excelsior, Sentencia Argentina delitos de lesa humanidad en dictadura, 29/ 11/ 2017. Disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/global/2017/11/29/1204500>

¹¹ La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) fue creada por el Gobierno argentino en 1983 con el objetivo de aclarar e investigar la desaparición forzada de personas producidas durante la dictadura militar en Argentina, dando origen al Informe "Nunca Más", también conocido como "Informe Sábado", publicado en septiembre de 1984. Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP)-Argentina-Informe “Nunca Más”, Fundación Acción Pro Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/argentina/informe-de-la-CONADEP-Nunca-mas.htm>

¹² La Ley 23.492, conocida como de Punto Final, fue promulgada en Argentina el 24 de diciembre de 1986. Disponible en: https://www.ecured.cu/Ley_de_Punto_Final

¹³ Ley de Obediencia Debida fue promulgada en Argentina el 4 de junio de 1987. Texto completo en: https://www.ecured.cu/Ley_de_Obediencia_Debida

declaró la invalidez e inconstitucionalidad de ambas legislaciones. De esta forma, Argentina retomó la senda de la justicia, acomodando su sistema judicial a las normas internacionales en materia de Derechos Humanos, fundamentalmente las relativas al DIH y al Estatuto de Roma.

Y es que precisamente la revalidación por parte de Argentina del Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional, aportó pruebas irrefutables de que la Nación austral estaba resuelta a impedir la impunidad de los crímenes atroces contra la humanidad, cometidos durante esos siete largos y oscuros años, contra un amplio sector de su población. El 8 de febrero de 2001 ante el secretario general de las Naciones Unidas, el país presentó sus instrumentos de ratificación y se convirtió en el número 28 en unirse al Estatuto.

Es significativo reseñar que Argentina asumió decididamente su contribución en la reunión de Roma, que creó la Corte Penal Internacional, liderazgo que ya había asumido también en el comité preparatorio, que sesionó entre 1996 y 1997. Esta actitud pionera fue consecuente en el plano interno, donde la Nación, como ya vimos, hizo todos los esfuerzos por adecuar su sistema judicial, tal y como afirma Mompradé (Mompradé, 2008):

La historia argentina ha demostrado que optar por la vía de la impunidad alegando que es mejor olvidar los crímenes internacionales no fortalece el régimen democrático, sino que la reivindicación de la memoria histórica, la asunción de responsabilidad y la lucha contra el olvido y la impunidad son el camino que cualquier Estado democrático debe perseguir. Después de retomada la senda de la justicia, Argentina ha sido uno de los países que más ha avanzado en el proceso enjuiciamiento y punición a los responsables de los crímenes de lesa humanidad. La memoria, la verdad y la justicia ya forman parte de la sociedad argentina.

Fue así como se sancionó la Ley 25.390 y se afirmó legalmente el Estatuto en noviembre del año 2000, y en 2001 se colocó el instrumento de ratificación en Naciones Unidas. Paralelamente Argentina ya venía remando fuertemente a través de una Comisión Interministerial creada con el fin específico de estudiar el tema y fabricar una proposición para el poder legislativo. Un año después, en el mes de octubre de 2002, se introdujo en la Cámara de Senadores el "*Proyecto de ley implementando el Estatuto de Roma*" que luego de debates amplios, tuvo sanción parcial por el Senado el día 23 de junio de 2004, pero luego reprobado por la Cámara de Diputados.

Se recurrió entonces a uno reformado que se analizó en la Cámara de Senadores y se aprobó el 6 de septiembre de 2006, dando paso a igual procedimiento con los Diputados

quienes le dieron la bendición legislativa el 13 de diciembre del mismo año (Congreso Argentino, 2006). En la óptica procesal, la diferencia significativa entre el proyecto genuino y el que finalmente se aprobó cuatro años después, es que, en el original, cada crimen de competencia de la Corte Penal Internacional era codificado aisladamente, acatando las recomendaciones del Estatuto, con algunos ajustes. En el texto que es oficial actualmente, solamente hay una conmutación tácita a las disposiciones del tratado (Laborías, 2010) y en el caso de cada crimen se reservó, eso sí, la pena para cada cual.

Porque, doctrinalmente, es bueno acotarlo aquí, el derecho internacional se gestó como el proceso legal que regula las relaciones entre Estados soberanos, pero con el devenir histórico y la complejidad de los crímenes de impacto mundial, se vio la necesidad de involucrar directamente al individuo como titular de derechos y deberes internacionales, en especial, para responder ante tribunales globales. Igualmente, al hacer responsables a personas con nombres propios, ciudadanos con derechos fundamentales al debido proceso con todas sus garantías, el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional, se obligaron, implícitamente, a respetar la juridicidad de sus actuaciones, por más execrables que sean los crímenes imputados y, eventualmente, los propios delincuentes.

Para el propósito de este trabajo, lo básico es el análisis de la estructura procesal en cuanto al respeto del debido proceso y sí es muy pertinente hacerlo desde la ordenación misma de la Ley 26.200. El aspecto más valioso se halla en el artículo segundo que imprime un sello de especificidad, donde circunscribe la aplicación de los delitos exclusivamente a los que sean de competencia de la Corte Penal Internacional. En ningún caso, para los crímenes juzgados, se podrán extender similitudes, por interpretación analógica o hermenéutica, a los cometidos bajo la concepción ordinaria de delitos comunes, que continúan regidos por el Código Penal. Hay una clara escisión entre la tipificación del Estatuto de Roma y las leyes nacionales, que beneficia a los sujetos procesales y les da garantías evidentes. Que ninguna autoridad judicial se arrogue el derecho de traspasar la barrera de los delitos considerados comunes y por la naturaleza impactante de alguno de ellos, lo pueda extender a la lesa humanidad, es un punto muy claro a favor de la legislación argentina.

Ahora bien, desde los claustros universitarios, se vive pronosticando que el derecho internacional penal se orienta muy rápidamente hacia la aplicación generalizada del principio

de universalidad. El artículo 118 de la Constitución argentina, es tácitamente proclive a la aplicación del principio de universalidad pues establece que delito “...que se cometa fuera de los límites de la Nación contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio (Convención Nacional Constituyente, 1994)”.

Progresista, por decir lo menos, es lo consagrado en el artículo 5 de la ley donde se estableció la competencia de los Tribunales Federales para asumir los delitos previstos en el Estatuto de Roma. En el proyecto del 2002, se daba esa responsabilidad a la jurisdicción militar si el imputado era miembro de las FFAA y su proceder correspondía a un acto de servicio. La legislación vigente eliminó esta jurisdicción precisamente por tratarse de delitos de gravedad internacional, y no de indisciplina, o negligencia en el servicio. Argentina, como tal vez como ningún otro país, sabe de primera mano que esta eliminación de fuero militar para crímenes de lesa humanidad, allana el camino para el esclarecimiento de los hechos. La misma norma aprobó, eso sí, las herramientas adicionales, como el “Procedimiento penal militar para tiempo de guerra y otros conflictos armados” y el “Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas”, que no son más que principios del derecho penal relativos al debido proceso como la presunción de inocencia, la garantía de defensa en juicio, irretroactividad de la ley, *in dubio pro reo*, garantía del juez natural, *non bis in idem*, prohibición de la analogía, inviolabilidad de la persona y sus pertenencias, entre otros.

Ha sido competencia del juez respectivo garantizar su aplicación, como se hizo hasta el fin de los juicios en 2017, y a futuro, se deberá seguir atendiendo con diligencia extrema que el hecho innegable e impostergable de juzgar y condenar a los culpables no se desboque en el desconocimiento de las garantías procesales fundamentales. En síntesis, la legislación argentina vigente está en total consonancia con el Estatuto de Roma, pero en respeto absoluto de los principios garantistas constitucionales del debido proceso.

UCRANIA C. RUSIA ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

POR EL GENOCIDIO CONTRA EL PUEBLO UCRANIANO

Eduardo Raimundo Hooft

1. Resumen

La reciente invasión de Rusia del territorio de Ucrania y la matanza deliberada de su población civil, plantea otra vez la responsabilidad internacional de los Estados por la comisión del delito de Genocidio. Ucrania demandó a Rusia ante la C.I.J. por estos crímenes contra el género humano (febrero de 2022). Sumará así una nueva acción contra la Federación de Rusia, por la comisión de delitos internacionales.

El presente trabajo pretende un marco de análisis y revisión sobre la normativa internacional vigente, el rol de los Estados y de los Tribunales Internacionales de Justicia, en un contexto internacional demarcado por la comisión de graves violaciones a los derechos humanos. La obligación de los Estados parte de la CG no se limita a legislar sobre genocidio y a juzgar a sus autores, sino que el mismo Estado puede ser imputado de haber cometido este crimen.

2. Palabras clave

Ucrania – Rusia – Crímenes Internacionales - Genocidio – Responsabilidad Internacional –
Derechos Humanos

3. Abstract

Russia's recent invasion of the territory of Ukraine and the deliberate killing of its civilian population once again raises the international responsibility of States for committing the crime of Genocide. Ukraine sued Russia before the I.C.J. for these crimes against the

human race (February 2022). This will add a new action against the Russian Federation, for the commission of international crimes.

This paper aims to provide a framework for analysis and review of current international regulations, the role of States and International Courts of Justice, in an international context marked by the commission of serious human rights violations. The obligation of the States party to the GC is not limited to legislating on genocide and prosecuting its authors, but rather the State itself can be accused of having committed this crime.

4. Key Words

Ukraine – Russia – International Crimes - Genocide –
International Responsibility – Human Rights

UKRAINE V. RUSSIA IN FRONT OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE FOR THE GENOCIDE AGAINST THE UKRAINIAN PEOPLE

5. Primera demanda de Ucrania contra Rusia ante la Corte Internacional de Justicia (2017).

Ucrania demandó en 2017 a Rusia ante la C.I.J. por la violación de dos Convenciones Internacionales: a) la Convención Internacional para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo (CSFT/2002) y b) la Convención para la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD/1969).

La CIJ tiene competencia para conocer de la demanda de Ucrania contra la Federación de Rusia, porque ambos Estados son partes de las mismas. Tanto en la CSFT/2002 como en la CERD/1969, se acordó que cualquier controversia entre ellos que no pudiera resolverse por negociación o por arbitraje, sería sometida al conocimiento de la Corte Internacional de Justicia, principal órgano judicial de la ONU, único competente para entender en “juicios

entre Estados” (la CIJ no interviene en juicios entre particulares, ni siquiera por violaciones graves de derechos humanos, art. 34 del Estatuto).

Veamos las dos convenciones aplicables, la primera sobre Financiación del Terrorismo y la segunda sobre Discriminación Racial:

a) *La Convención Internacional para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo (CSFT)*: Alegó Ucrania ante la C.I.J. que la Federación de Rusia se niega a aceptar la creación del nuevo estado escindido de la ex URSS en 1991, a pesar de su compromiso de respetar la soberanía e independencia de Ucrania, con sus fronteras, y que ha aumentado su interferencia en los asuntos ucranianos, interviniendo militarmente, instigando y sosteniendo una insurrección armada contra la autoridad del Estado de Ucrania, incluso mediante el suministro sistemático de armas pesadas, dinero y entrenando a los grupos armados ilegales.

Para Ucrania, el patrocinio ruso de esta campaña de terrorismo en Ucrania viola los principios fundamentales del derecho internacional, incluyendo los consagrados en el Convenio Internacional para la Supresión de la Financiación del Terrorismo (CSFT). Ucrania le pidió a la CIJ que declare que la Federación Rusa ha violado sus obligaciones bajo la Convención sobre Supresión y Financiamiento del Terrorismo, mediante (a) el suministro de fondos, de armas y entrenamiento de los grupos ilegales implicados en actos de terrorismo (b) no tomar las medidas adecuadas para detectar, congelar y confiscar los fondos utilizados para ayudar a los grupos armados ilegales que participan en actos de terrorismo en Ucrania (c) no investigar, procesar o extraditar a los implicados en el financiamiento del terrorismo (d) no haber ayudado a Ucrania en las investigaciones penales y (e) no prevenir y contrarrestar los actos de financiación del terrorismo cometido por actores públicos y privados rusos.

Ucrania, además, pidió que la CIJ declare que la Federación de Rusia es responsable internacionalmente por el derribamiento del avión de Malaysia Airlines Flight MH17 y por el bombardeo de civiles en Volnovakha, Mariupol, Kramatorsk y Kharkiv, actos terroristas cometidos por personas patrocinadas, dirigidas, instruidas o controladas por la Federación de Rusia. Pide que la CIJ condene a Rusia a reparar los daños causados.

Asimismo, Ucrania le solicitó a la CIJ que dictara medidas provisionales de protección, en forma anticipada a la sentencia final, pero la Corte rechazó este pedido, por

considerar que no había evidencias suficientes en este estado inicial del procedimiento, que mostraran dicho apoyo o financiación.

Habrá que esperar la etapa probatoria y el fallo definitivo, más allá de las serias presunciones de que dicho soporte a los terroristas pro-rusos existió y sigue existiendo. “Ad maiorem, ad minus”, quien puede lo más, puede lo menos: los crímenes cometidos y que se están cometiendo, a posteriori de la decisión de la CIJ que denegara la cautelar (2017), en territorio y contra el pueblo de Ucrania, son gigantescos comparados con los crímenes denunciados ante la CIJ por violación por parte de Rusia del Convenio Internacional para la Supresión de la Financiación del Terrorismo (CSFT).

b) *La Convención para la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD)*: Rusia organizó un referéndum en Crimea para consultar al pueblo si deseaban su autonomía de Kiev (Crimea es una península ubicada en el Mar Negro, con acceso al Mar de Azof en la orilla oriental). Las comunidades rusófilas de la zona suroriental del país, votaron mayoritariamente por el acercamiento con Rusia. Luego, se proclamó la República Autónoma de Crimea, restableciendo la constitución de 1992. Tanto la República de Crimea como la ciudad de Sebastopol, celebraron un acuerdo con Putin y fueron anexados como dos nuevos territorios federales (18-03-2014).

El referéndum fue un ardid político, para justificar la invasión posterior y la anexión a Rusia de parte del territorio. Referéndum como estratagema, similar a la intentada por el Reino Unido en Gibraltar y Malvinas, una “consulta popular” a un pueblo implantado para justificar su ilegítima ocupación del territorio español y del argentino, consultas que fueron condenadas por la Asamblea General de la ONU.

Rusia intenta borrar las distintas culturas de los pueblos étnicos ucranianos y tártaros en Crimea, obligando a muchos a abandonar sus hogares y forzando a quienes se quedaron a pasar a ser ciudadanos rusos automáticamente. Cerca de 2 millones de personas fueron forzadas a desplazarse.

Ucrania pidió a la Corte tres puntos basados en la CERD:

1) Que la CIJ declare que la Federación de Rusia ha violado sus obligaciones internacionales, por sí o por medio de sus agentes o personas bajo su dirección o control, incluyendo a la administración de Crimea, por medio de (a) la sistemática discriminación y

maltrato de la Comunidad Tártara y Ucraniana en Crimea, la persecución de los líderes tártaros y la prohibición del Mejlis (congreso) del Pueblo Tártaro, requisas y detenciones arbitrarias, silenciamiento de los medios tártaros, supresión de la lengua y educación tártara y ucraniana.

2) Que la CIJ ordene a la Federación de Rusia cumplir con sus obligaciones a la luz de la CERD, y que desista de su política de eliminación cultural y adopte las medidas adecuadas para garantizar la plena protección legal de los grupos tártaros y ucranianos de Crimea, que restaure los derechos del Mejlis (congreso) del Pueblo Tártaro de Crimea, el derecho a conmemorar el Sürgün (la deportación en 1944 de los tártaros de Crimea a la República Socialista de Uzbekistán, por parte de Stalin), investigue la desaparición de varios líderes tártaros y ucranianos.

3) Que la CIJ condene a la Federación de Rusia a una plena reparación de los daños causados a través de la discriminación, para las víctimas de la población tártara y ucraniana de la Crimea Ocupada.

Estos tres puntos, serán resueltos por la Corte en una sentencia final, pero ya en forma provisional el tribunal de la ONU se ha expedido favorablemente a Ucrania, para neutralizar la “limpieza cultural-étnica” puesta en marcha por la Federación de Rusia.

La CIJ dictó las siguientes Medidas Precautorias.

1) La Federación de Rusia debía abstenerse de mantener o de imponer limitaciones a la Comunidad Tártara de Crimea, a su derecho a conservar sus instituciones representativas incluyendo el Mejlis (congreso).

2) La Federación de Rusia debía asegurar que la educación del pueblo se pudiera impartir en idioma ucraniano.

3) Ambas partes debían abstenerse de cualquier acto que pudiera agravar o extender la disputa o hiciera más dificultosa su resolución.

6. Segunda demanda de Ucrania contra Rusia ante la Corte Internacional de Justicia por el crimen de genocidio (2022)

El afán del presidente Putin de reconstruir el “Imperio de los Zares”, se engarza con la anexión de Crimea, la persecución de su población ucraniana y tártara, el apoyo al

movimiento separatista pro-ruso en la región minera de Donbas, con la incorporación a la Federación de Rusia de los “oblasts” de Donetsk y de Luhansk, para continuar con la agresión armada en el interior de Ucrania. Tanques, aviones, misiles y soldados rusos, invadieron el país, bombardeando su capital Kiev y otras ciudades, algunas próximas a Polonia en el norteoeste, provocando el éxodo de millones de personas que huyen de la guerra.

En febrero 26 de 2022, Ucrania inició un nuevo juicio contra la Federación de Rusia por los crímenes cometidos en perjuicio del pueblo ucraniano con motivo de la invasión territorial de los rusos comenzada en 27-02-2022. Invocó esta vez, la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio de la ONU de 1948/51, vigente para ambos Estados (tiene 152 Estados parte. Rusia y Ucrania se adhirieron a ella en 1954).

Destaco que Rusia no asistió a la audiencia fijada por la Corte como paso previo al dictado de la medida precautoria, si bien presentó un escrito, negando la jurisdicción del Tribunal y diciendo que había explicado a la ONU su operación militar por motivos de legítima defensa en Ucrania.

La Corte rechazó los planteos de Rusia relativos a su incompetencia, señalando que era competente porque existía una disputa entre Estados relativa a la interpretación, aplicación o cumplimiento de la Convención de Genocidio Art. 9 C.G.

Ucrania pidió a la Corte el dictado urgente de medidas de protección. El Tribunal accedió al pedido, señalando que estaba profundamente preocupado por el uso de la fuerza por parte de Rusia en Ucrania, lo cual planteaba cuestiones muy graves de derecho internacional; y señala que “no está en posesión de pruebas que justifiquen la alegación de la Federación de Rusia de que se ha cometido un genocidio en territorio ucraniano”.

La Medida Provisional dictada por la CIJ, ordenó a Rusia suspender inmediatamente las operaciones militares iniciadas el 24 de febrero pasado en territorio ucraniano. Rusia debe garantizar, además, que ninguna de sus unidades armadas militares o grupo irregular, organización o individuo que pudiera estar apoyando promueva acciones militares relacionadas con la incursión rusa en cuestión.

A la par, la CIJ descartó la excusa invocada por la Federación de Rusia, de que su apoyo militar era “a solicitud de las autoridades de Donetsk y Luhansk”. La Corte indicó que no contaba con pruebas que respalden las imputaciones que hace Rusia de que Ucrania lleva a cabo un genocidio en Donetsk y Luhansk y añadió que, en cualquier caso, es dudoso que

la Convención sobre Genocidio otorgue autoridad para el uso unilateral de la fuerza en el territorio de otro Estado.

Con lo cual la Corte rechazó el “derecho inmanente de legítima defensa” previsto en el art. 51 de la Carta de la ONU, invocado por Rusia para justificar su agresión armada en y contra el territorio y la población de Ucrania. El juez ruso Kirill Gevorgian y la jueza china Xue Hankin, votaron en contra del fallo de la CIJ, lo que pone bajo sospecha la supuesta imparcialidad e independencia de los magistrados respecto del Estado de su nacionalidad.

El uso de la fuerza está proscrito en el D.I. conforme el art. 2 de la Carta de la ONU, que prohíbe recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza e insta a todos los Miembros a que respeten la soberanía, la integridad territorial y la independencia política de cualquier Estado.

El dictamen preliminar dictado por la CIJ es vinculante y debe ser respetado y cumplido (tal como lo resolvió por primera vez la CIJ en el caso “LaGrand”, del alemán condenado a muerte por un tribunal norteamericano, lo que motivó a Alemania a demandar a los EE UU ante la CIJ porque no se había dado intervención al cónsul de Alemania, para que pudiera defender a su ciudadano, en violación del Convenio de la ONU de 1963 sobre Relaciones Consulares (1999).

Las sentencias de la CIJ si bien son de cumplimiento obligatorio, requieren de una decisión del Consejo de Seguridad para lograr su eficacia (Carta ONU, art. 94, “Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo”).

En el caso, Rusia desobedeció claramente la orden de la CIJ (de suspender inmediatamente las operaciones militares iniciadas el 24 de febrero pasado en territorio ucraniano y de garantizar que ninguna de sus unidades armadas militares o grupo irregular, organización o individuo que pudiera estar apoyando, promueva acciones militares relacionadas con la incursión rusa en cuestión).

Rusia intensificó sus ataques armados en Ucrania, con destrucción de edificios enteros, hospitales, colegios, causando miles de muertos, la mayoría de ellos civiles. Mariúpol fue arrasada y ocupada por el ejército ruso (21-04-2022).

Se trata de violaciones graves del D.I., incluyendo el D.I. Humanitario y el D.I. de los Derechos Humanos: Los Convenios de La Haya de 1907 sobre el Derecho de la Guerra, los Convenios de Ginebra de 1949 que protegen a los civiles y sus propiedades en tiempo de guerra y los Principios Fundamentales contenidos en la Carta de la ONU.

Será un punto de inflexión en la historia de la CIJ, lo que se decida en este juicio, siendo que la demandada es una de las hiperpotencias mundiales, con poder de veto en el CS de la ONU, con un juez de su nacionalidad en el Tribunal (Gevorgian), que se halla facultado para juzgar a pesar de que su propio Estado es parte en el juicio, privilegio compensado livianamente con el derecho concedido a Ucrania de nombrar un “juez ad-hoc” por carecer de un juez de su nacionalidad en el Tribunal. Eligió como juez al jurista Nardet.

Será la segunda sentencia de la CIJ que se ocupe del genocidio. En el primer caso, Bosnia-Herzegovina vs. R. F. de Yugoslavia (26-02-2007), la Corte condenó la ejecución de 8 mil mujeres, niños y ancianos en Bosnia. Admitió la CIJ que en la región bosnia de Srebrenica se había cometido este crimen internacional, porque se había atacado uno de los grupos protegidos en la CG y los actos se habían perpetrado con la intención específica de destruirlo, total o parcialmente.

El art II de la CG tipifica los grupos que son protegidos de genocidio: “nacional, étnico, racial o religioso”.

Si bien la CIJ admitió el genocidio en Srebrenica, y la autoría de fuerzas militares y paramilitares serbias, no responsabilizó del genocidio al estado serbio por no haberse demostrado que los criminales actuaran bajo la dirección y el “control absoluto” del gobierno central serbio.

Liberada de los cargos como autor, cómplice o instigador del delito de genocidio, Serbia fue hallada autora de varias violaciones de obligaciones internacionales a su cargo.

Según la CIJ, Serbia ha infringido las siguientes obligaciones internacionales según la convención de genocidio:

- 1) Violó su obligación de prevenir y sancionar el genocidio cometido en Srebrenica en julio de 1995.

- 2) Incumplió con su obligación de cooperar con el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia al no trasladar a Ratko Mladic —jefe del operativo masacre— para su procesamiento ante dicha instancia internacional.

3) Violó su obligación de cumplir con las medidas provisionales ordenadas por la propia CIJ el 8 de abril y el 13 de septiembre de 1993.

No obstante, no estableció ninguna obligación de indemnizar a cargo del Estado responsable. El mundo islámico ha protestado contra la decisión de la CIJ en el caso del genocidio serbio, considerando que el Tribunal fue demasiado condescendiente con los intereses de occidente.

La obligación de los estados parte de la CG no se limita a legislar sobre genocidio y a juzgar a sus autores, sino que el mismo Estado puede ser imputado de haber cometido este crimen, tal como se plantea en esta demanda. Pero para que los crímenes puedan ser atribuidos al Estado, la Corte exige que sean cometidos por sus órganos (de jure) o por personas o grupos que actúen “como órganos” (de facto).



7. Conclusiones

Esperemos que esta doctrina del caso “Bosnia Herzegovina c. Serbia” sea revisada, haciendo responsable a la Federación de Rusia por la “comisión” del delito de genocidio y no solamente por la “omisión” de haberlo prevenido y castigado. Si esto no sucede, si Rusia

no fuera condenada como autora, instigadora, cómplice y financiadora de la invasión militar del territorio soberano ucraniano, y por la comisión directa e indirecta del genocidio del pueblo de Ucrania, toda la estructura del sistema judicial mundial crujió, porque este delito internacional, el más grave de todos, quedará impune.

Digo que quedará sin sanción, porque la Federación de Rusia no es parte del Estatuto de Roma 1998 que creara el Tribunal Penal Internacional, razón por la cual ni Putin ni ninguno de sus generales podrá ser juzgado por las atrocidades cometidas.

Tampoco existirá la chance de crear un Tribunal Especial para que los juzgue, como se hiciera con los criminales de Ruanda y de la Ex Yugoslavia, por decisión del Consejo de Seguridad de la ONU. Cualquier decisión que adopte el C.S. sería bloqueada por Rusia, ejerciendo su poder de veto.

Una doble impunidad. La impunidad del Estado Federación de Rusia ante la CIJ por el genocidio y la impunidad personal de los responsables de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos contra el pueblo de Ucrania, civiles y militares.

El panorama es desalentador. Solamente sería viable un enjuiciamiento si el conflicto se expandiera, interviniera la OTAN y las fuerzas militares de los estados que la integran, derrotaran a los rusos y les impusieran un Tribunal Especial ad hoc, tal como hicieron los Aliados con Alemania y Japón al finalizar la II Gran Guerra (Núremberg y Tokio). O que un golpe de estado en Moscú derrocaria a Putin y aceptara la constitución de un Tribunal Internacional Especial al estilo del que se formó en Sierra Leona, por acuerdo entre el gobierno de Liberia y la ONU, que culminó con la condena del ex presidente de Liberia, Charles Taylor, culpable de complicidad con crímenes de guerra incluyendo asesinato, violación y reclutamiento de niños soldados cometidos durante la guerra civil en Sierra Leona.

DERECHO DE LOS REFUGIADOS A LA LUZ DEL MANDATO DEL ACNUR PARA LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL: EL CASO DE LA PROTECCIÓN A PERSONAS VENEZOLANAS

Juan Felipe Rosero

1. Resumen

El presente análisis versa sobre un interrogante principal: ¿cuál es la protección internacional que hace el DIH a las personas provenientes de Venezuela? Actualmente, se registra la cifra más elevada de personas que se vieron desplazadas debido a la persecución, los conflictos, la violencia o las violaciones a los derechos humanos; así, la situación regional de refugiados y solicitantes de asilo provenientes de Venezuela según ACNUR (2019) representa el segundo mayor número de desplazamientos internacionales, por debajo de las personas provenientes de Siria. El estudio del Plan Regional de Respuesta para Refugiados y Migrantes y la Nota de Orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos de mayo de 2019, serán instrumentos esenciales para dar respuesta a la interrogante planteada e intentar, así, determinar la imprecisa condición de refugiado.

2. Palabras clave

Derecho Internacional Humanitario - Personas refugiadas – ACNUR

Protección Internacional – Derechos Humanos

3. Abstract

This analysis deals with a main question: what is the international protection that IHL provides to people from Venezuela? Currently, the highest number of people who were displaced due to persecution, conflicts, violence or human rights violations is recorded; Thus,

the regional situation of refugees and asylum seekers from Venezuela according to UNHCR (2019) represents the second largest number of international displacements, below people from Syria. The study of the Regional Response Plan for Refugees and Migrants and the Guidance Note on international protection considerations for Venezuelans of May 2019, will be essential instruments to answer the question raised and thus try to determine the imprecise refugee status.

4. Key Words

International Humanitarian Law - Refugees – UNHCR

International Protection – Human Rights

RIGHT OF REFUGEES IN LIGHT OF UNHCR'S MANDATE FOR INTERNATIONAL PROTECTION:

THE CASE OF PROTECTION FOR VENEZUELAN PEOPLE

5. Introducción

El Derecho Internacional Humanitario DIH se encuentra ligado a la protección internacional de las personas refugiadas y desplazadas debido a los efectos de un conflicto armado internacional o no internacional. Las causas fundamentales para estos múltiples y complejos flujos de refugiados son los conflictos armados y las situaciones de violencia generadas por cuestiones políticas y económicas. El DIH y el derecho internacional de los refugiados DIR se encuentran relacionados por la protección a personas civiles en tiempo de guerra proveniente del IV Convenio de Ginebra relativo a estas personas y del Protocolo adicional I que establece la protección a los refugiados y apátridas y por el corpus iuris especial de protección a personas refugiada derivado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, el Protocolo adicional de 1967, la Convención de la Organización de la Unidad Africana 1969 y la Declaración de Cartagena de 1984.

El mandato del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados - ACNUR- entregado por la Asamblea General de las Naciones Unidas promueve la búsqueda

y protección por medio de soluciones permanentes para el problema de los refugiados, fundándose entre otros, en los cuatro Convenios de Ginebra, de los que a su vez surge el compilado del DIH. Sin embargo, la diferencia entre el DIR y el DIH radica en la calificación del contexto en el que se produce un desplazamiento de refugiados y migrantes que pueda ser considerado formalmente en la categoría de conflicto armado. No obstante, la complejidad que ha alcanzado la determinación de las situaciones de violencia para el otorgamiento del estatuto de refugiado, en la actualidad debería satisfacer los principios humanitarios; en este sentido, la labor de ACNUR como orientador en la materia ha ido ampliando en diversos momentos la protección internacional para estas personas que han tenido que migrar de manera forzosa.

Así las cosas, según ACNUR (2019) en la actualidad, se registra la cifra más elevada en los últimos años ascendiendo a 70,8 millones de personas que se vieron desplazadas debido a la persecución, los conflictos, la violencia o las violaciones a los derechos humanos. La situación regional de refugiados y solicitantes de asilo provenientes de Venezuela según ACNUR (2019) asciende a 3,4 millones de personas por fuera del país, en consecuencia, el desplazamiento transfronterizo de venezolanos representa el segundo mayor número de desplazamientos internacionales, por debajo de las personas provenientes de Siria. Esto significa el mayor éxodo en la historia reciente de la región y una de las mayores crisis de desplazados en el mundo. Lo anterior permite abrir el interrogante sobre ¿Cuál es la protección internacional que hace el DIH a las personas provenientes de Venezuela?

Para ello, el presente documento realizará una relación conceptual entre el DIH y la Protección Internacional a las personas Refugiadas examinando la normativa internacional y regional sobre la Protección Internacional a las personas Refugiadas, ya que la complejidad de las variadas clases de violencia, escapan las clasificaciones dadas por la norma internacional, y han obligado en el marco del mandato del ACNUR a proporcionar la orientación para determinar la condición de refugiado, bajo este paraguas contextual y conceptual, surge el Plan Regional de Respuesta para Refugiados y Migrantes y la Nota de Orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos de Mayo de 2019 que serán insumos esenciales para dar claridad a la interrogante planteada.

6. Relación entre el DIH y la protección Internacional a personas refugiadas

De conformidad con el DIH aquellas personas que son protegidas por los Convenios de Ginebra, el artículo 3 común³³, el IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra³⁴ y el protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales³⁵ son consideradas víctimas de conflictos armados y deben ser respetadas y protegidas contra los efectos de la guerra beneficiándose de una asistencia imparcial (ACNUR, 2001).

El DIR está comprendido en el DIH y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos DIDH, los refugiados entonces gozan de dos conjuntos de derechos parcialmente convergentes entre los que se encuentran: el derecho a la dignidad como personas y la aplicación de la condición derivada del estatuto del refugiado. El DIH puede conferir protección a los refugiados en las situaciones de conflicto armado internacional o no internacional debido a que han tenido que cruzar una frontera internacional por esa razón.

Cuando un refugiado se encuentra en un Estado que participa en un conflicto armado el DIH aplica la protección general que le confiere a las personas civiles y una protección especial en virtud del IV Convenio de Ginebra y el protocolo I adicional brindando particular atención a la vulnerabilidad ante el abuso de poder y otros atentados a la dignidad que puedan generarse en contra de esta población (CICR, 2018).

³³ El artículo 3 Común establece que en caso de conflicto armado no internacional cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, un respeto a las personas que no participen directamente en las hostilidades. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-gc-0-art3-5tdlrm.htm> (Visitado por última vez el 30 de noviembre de 2019).

³⁴ El artículo 44 sobre refugiados del referido Convenio establece que: “Tomando las medidas de control previstas en el presente Convenio, la Potencia detenedora no tratará como extranjeros enemigos, exclusivamente a causa de su pertenencia jurídica a un Estado enemigo, a los refugiados que, de hecho, no disfruten de la protección de ningún Gobierno”. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm> (Visitado por última vez el 30 de noviembre de 2019).

³⁵ El artículo 73 del mencionado Protocolo adicional establece que “las personas que, antes del comienzo de las hostilidades, fueren consideradas como apátridas o refugiadas en el sentido de los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por las Partes interesadas o de la legislación nacional del Estado que las haya acogido o en el que residan, lo serán, en todas las circunstancias y sin ninguna distinción de índole desfavorable, como personas protegidas en el sentido de los Títulos I y III del IV Convenio”. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977> (Visitado por última vez el 30 de noviembre de 2019).

La Corte IDH y el CICR (2018) señalan que existe una convergencia entre la aplicación del DIH y el DIDH debido a la complementariedad que tienen las normas del DIDH al establecer, *inter alia*, la obligación de un Estado en situación de conflicto armado no internacional de brindar un trato humano sin distinción de la participación en las hostilidades. En este sentido, Buis y Vigevano (2017) establecen que en el DIR converge la protección de la población civil en especial de la tutela por la integridad de la persona, así como la protección a la persona mediante la garantía de la dignidad humana.

Esta convergencia se ha plasmado en los diferentes tratados sobre DIR que no consideran de modo explícito las situaciones de violencia como un criterio pertinente para el otorgamiento del estatuto de refugiado, puesto que, en el caso contrario, transgrediría los principios humanitarios que sirven para la protección a los grupos vulnerables.

Debido a que las situaciones de conflicto armado y la violencia son las principales causas de refugiados en el mundo, la relación estrecha que marca el DIH y el DIR es esencial para la protección de estas personas, debido a que el sistema jurídico internacional de protección a personas refugiadas se diseñó en base a las normas anteriormente citadas que fueron configuradas hace más de setenta años, se requiere la actualización en base a los desafíos actuales para brindar respuestas adecuadas a los diferentes conflictos que se encuentran en la actualidad.

7. Norma internacional de protección a refugiados y mandato del ACNUR

El mandato de ACNUR conferido por las Naciones Unidas³⁶ para proteger a los refugiados y ayudarles a encontrar soluciones duraderas entorno a la problemática del refugio, ha sido conducido desde su fundación en 1950 como una institución especializada capaz de brindar protección jurídica y asistencia humanitaria en situaciones de gran envergadura. A nivel internacional, el ACNUR promueve acuerdos internacionales sobre refugiados y vela por que los gobiernos respeten el DIR. De igual manera, la labor que

³⁶ La Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 428 (V) del 14 de diciembre de 1950 establece el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Ver Nota sobre el mandato de ACNUR y su Oficina en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52f0fe9b4>

desempeña el Alto Comisionado se encarga de las personas que huyen de un conflicto o acontecimientos que han perturbado gravemente el orden público, repatriados, apátridas y los desplazados internos (ACNUR, 2001).

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el protocolo de 1967 proporciona el corpus iuris relativo a la protección de los refugiados, estos fueron los primeros instrumentos universales que se encargaron de proveer de derechos y obligaciones a aquellas personas refugiadas. La Convención del Estatuto del Refugiado establece que, como resultado de fundados temores de la persona de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social u opiniones políticas y se encuentre por fuera del país de su nacionalidad y no pueda recibir la protección de su país se considera refugiado. El protocolo sobre el Estatuto de Refugiados comprende a los refugiados del Estatuto sin fecha límite³⁷.

En consecuencia, para Buis y Vigevano (2017) nada sugiere en estos instrumentos que deba hacerse una diferencia entre aquellas personas que obtuvieron la condición de refugiados como consecuencia de un conflicto armado o durante situaciones de violencia, tiempos de paz o estabilidad.

Las principales disposiciones de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado y del Protocolo comprende las definiciones básicas de quien es refugiado y quien deja de serlo, los derechos y obligaciones en los países de acogida y otras disposiciones sobre la cooperación de los Estados contratantes y la Oficina del ACNUR.

La convención que rige los aspectos inherentes a los problemas de los refugiados de África de 1969 contiene una definición de refugiado como toda persona que a causa de una agresión, ocupación o dominación extranjera o acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen o del país de su nacionalidad se encuentra obligado a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o de nacionalidad, ampliando así la noción del Estatuto del Refugiado.

³⁷ Esto se debe a que el Estatuto refería en el artículo 1.B. a los acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951. Disponible en: <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>

En la Declaración de Cartagena de 1984 se determina extender la condición de refugiado a las personas que han huido de sus países por la amenaza de violencia generalizada, agresión extranjera, los conflictos armados internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público y que pongan en riesgo su vida, seguridad o libertad.

Así las cosas, en los instrumentos regionales se consideran las situaciones de conflicto armado y de violencia que afectan a la población civil.

Nota orientativa del ACNUR sobre personas refugiadas provenientes de Venezuela

Debido a la situación humanitaria y de seguridad en Venezuela que ha originado flujos de personas provenientes de Venezuela hacia países vecinos y de la región, que alcanzan los 4'626.968 millones de personas³⁸ el ACNUR ha realizado un llamado a los Estados para que reciban y permitan el acceso a su territorio garantizándoles el acceso a procedimientos de asilo o a mecanismos de protección grupales, considerando una serie de perfiles que consideran revistos de la protección internacional bajo la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

La Nota de orientación sobre las consideraciones de protección internacional prevé que, en vista de los flujos significativos y la posibilidad que los sistemas de asilo se vean desbordados, se pueda hacer un reconocimiento de la condición de refugiado a través de las determinaciones grupales provenientes de las Directrices sobre protección internacional No. 11 sobre el reconocimiento prima facie³⁹. Las determinaciones grupales hacen referencia al reconocimiento de la condición de refugiado por parte de un Estado con base en circunstancias evidentes y objetivas en el país de origen, evidenciando prima facie que huyen por las circunstancias de riesgo incluidos en la definición de refugiado aplicable, en especial

³⁸ Portal operacional de situaciones de refugiados y migrantes provenientes de Venezuela. Disponible en: <https://r4v.info/es/situations/platform>

³⁹ ACNUR Directrices sobre protección internacional No. 11 Reconocimiento prima facie de la condición de refugiado, 2015. Disponible en: <https://www.acnur.org/5c6c387a4.pdf>

en situaciones de grupo cuando la determinación individual de refugiado es impracticable, imposible o innecesaria en situaciones a gran escala.

El ACNUR recomienda que los Estados que se basen en la definición de refugiado proveniente de la Declaración de Cartagena de 1984 y hayan incorporado esa definición en su legislación, considere que estas personas se encuentran necesitadas de la protección internacional bajo el criterio contenido en la Declaración con base en las amenazas a su vida, seguridad o libertad debido a la grave situación de orden público en Venezuela. El enfoque tomado de la Declaración de Cartagena no puede aplicarse a quienes afecten y contribuyan a perpetuar estas circunstancias, miembros de grupos de delincuencia organizada y personas que se benefician materialmente de las circunstancias que perturban gravemente el orden público.

La respuesta de los Estados puede contar con el apoyo y asesoría del ACNUR para adoptar mecanismos de protección en virtud del DIDH y acoger los estándares mínimos que se deben garantizar por medio de acuerdos temporales de estancia o protección. Estos estándares recogen los establecidos en la Nota de orientación del ACNUR en marzo de 2018⁴⁰ y son: legalidad⁴¹, accesibilidad⁴² y el acceso a los derechos básicos⁴³.

El ACNUR (2015) establece que las definiciones regionales fueron diseñadas para responder la llegada masiva de personas que huyen de circunstancias objetivas en sus países de origen tales como conflictos, ocupaciones, violaciones masivas de los derechos humanos, violencia generalizada o acontecimientos que perturben gravemente el orden público.

⁴⁰ ACNUR, Nota de orientación sobre el flujo de venezolanos de Marzo 2018, Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5aa076f74.html>

⁴¹ El ACNUR insta a los Estados a que expidan documentos oficiales por medio de mecanismos definidos y articulados bajo la legislación nacional.

⁴² De manera independiente de la fecha de entrada al país los mecanismos deben ser accesibles sin costos o un costo mínimo, así como independiente de la entrada o presencia irregular ni la falta de documentos debe ser considerada como razón válida para denegar el acceso a mecanismos.

⁴³ El acceso a servicios básicos y derechos fundamentales de conformidad con los acuerdos de estancia o protección temporal que incluyen como mínimo acceso a atención médica, acceso a educación, unidad familiar, libertad de circulación, acceso a albergue y el derecho al trabajo.

8. Situación de refugiados en la región y Plan Regional de respuesta para Refugiados y Migrantes para las Personas Refugiadas y Migrantes de Venezuela

Hasta el 5 de noviembre de 2019 se han reportado según ACNUR 657.405 solicitudes de condición de refugiado⁴⁴ por parte de personas provenientes de Venezuela y se han otorgado 2'152.470 permisos de residencia y de estancia regular⁴⁵ que abarca algunos países de la región de un total de 4'626.968 personas que son migrantes, refugiados y solicitantes de asilo reportados por los gobiernos anfitriones⁴⁶, sin embargo, esta cifra no toma en cuenta a personas venezolanas sin estatus migratorio irregular por lo que desde 2018 el Secretario General de las Naciones Unidas solicitó al ACNUR y a la Organización Internacional para las Migraciones OIM la coordinación y dirección de una respuesta operativa denominada Plan Regional de Respuesta para Refugiados y Migrantes RMRP⁴⁷ que busca apoyar y complementar la labor de las autoridades de la región para atender las necesidades de la población de manera integral y exhaustiva.

La plataforma reúne 40 entidades participantes, incluidas 17 agencias de las Naciones Unidas, 14 organizaciones no gubernamentales, 5 países donantes y 2 instituciones financieras internacionales bajo el liderazgo de ACNUR y OIM. El RMPP busca a través de los planes naciones y el Plan de Acción de Quito⁴⁸ alinearse a la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes,⁴⁹ el Pacto Mundial sobre Refugiados⁵⁰ crear un vínculo entre la respuesta humanitaria y una perspectiva de largo plazo con el fin de desarrollar resiliencia.

⁴⁴ Portal operacional de situaciones de refugiados y migrantes provenientes de Venezuela. Disponible en: <https://r4v.info/es/situations/platform>

⁴⁵ *Ibidem*

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ Comunicado de Prensa conjunto ACNUR y OIM ,2018. Disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/press/2018/12/5c13bcf14/se-lanza-plan-de-emergencia-para-refugiados-y-migrantes-de-venezuela.html>

⁴⁸ Plan de Acción de Quito. Disponible en: <https://r4v.info/es/documents/details/68101>

⁴⁹ Resolución de la Asamblea General de la ONU de 19 de septiembre de 2016 A/RES/71/1 Declaración de Nueva York para Refugiados y los Migrantes. Disponible en: <https://www.acnur.org/5b4d0eee4.pdf>

⁵⁰ Pacto Mundial sobre los Refugiados. Disponible en: https://acnur.org/5c782d124#_ga=2.48903078.1097903212.1575164704-87248126.1522703669

Luego de la acogida y solidaridad de los países de la región en el Plan de Acción del Proceso de Quito sobre Movilidad Humana de Nacionales venezolanos en la región, se registraron las siguientes prioridades que busque una regularización de las personas, el establecimiento de mecanismos regionales de intercambio de información, la simplificación de los requisitos de documentación, la reducción de costos de tramites, la integración laboral y la asistencia a personas en situación de vulnerabilidad, entre otras medidas.

Debido a que la dinámica de migración sigue incrementando en la región, se estima que para diciembre de 2019 habrán 5,3 millones de personas refugiadas y migrantes de Venezuela⁵¹ entre los cuales 460.000 son niños y niñas que necesitan asistencia a corto y mediano plazo. En base a las dinámicas de la migración, 1,4 millones de personas se encuentran en tránsito a través de uno o varios países antes de llegar a su destino final. Esta población se encuentra en mayor vulnerabilidad y requiere asistencia y protección durante todo su viaje.

Las consideraciones de protección internacional se deben basar en la Convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y su Protocolo de 1967, así como en la Declaración de Cartagena de 1984 para lo cual el RMRP busca responder junto con los Gobiernos cuatro áreas de intervención siendo la primera la asistencia de emergencia, la protección, la integración socioeconómica/cultural y, por último, el fortalecimiento de la capacidad del gobierno de acogida.

El ACNUR (2019) ha determinado que las personas que abandonan Venezuela lo hacen por la violencia, inseguridad, miedo a ser perseguidos por sus opiniones políticas, escasez de alimentos o de medicinas, falta de acceso a servicios sociales o por la imposibilidad de mantenerse a sí mismos o sus familias. La situación de Venezuela para ACNUDH (2019) se debe al deterioro de las condiciones políticas, socioeconómicas y de derechos humanos que deja en claro la necesidad de protección internacional previsto por los tratados sobre DIR en especial por la Declaración de Cartagena de 1984 tratándose de un tratado regional.

⁵¹ ACNUR, Tendencias globales, 2019. Disponible en: <https://www.acnur.org/5d09c37c4.pdf>

El riesgo identificado por ACNUR es la irregularidad y precariedad con la que salen del país, motiva la Nota de Orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos de mayo de 2019, en actualización a la Nota de orientación sobre el flujo de venezolanos de marzo de 2018.

9. Alcance jurídico de la definición de conflicto armado en el DIR

En el entendido de la Nota orientativa de Mayo de 2019 en el que se insta a los Estados a la determinación de la condición de refugiado de manera grupal por medio del reconocimiento prima facie observando las circunstancias evidentes y objetivas en el país de origen, en este caso la situación reconocida en Venezuela,⁵² que han generado todas las circunstancias de riesgo incluidos en la definición de refugiado aplicable, se basen en la definición de refugiado proveniente de la Declaración de Cartagena de 1984 ya que las amenazas a su vida, seguridad o libertad son causa de la grave situación de orden público en ese país, es necesario en primer lugar determinar el alcance de la definición de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena y en segundo lugar la situación de Venezuela a la luz del DIH.

Se ve de manera imperiosa la necesidad de definir el alcance jurídico de la Directriz de protección internacional de ACNUR N° 12 en la que se hace un análisis sustantivo de la conclusión III (3) de la Declaración de Cartagena de 1984, en la que la definición de la condición de refugiado se ve ampliada respecto del tradicional concepto del Estatuto de Refugiado de 1951. Este instrumento humanitario y de protección para el ACNUR debe entenderse con una interpretación inclusiva, evolutiva y flexible.

El alcance de la definición proporciona de manera general la protección internacional a las personas que huyen de las amenazas resultantes de circunstancias objetivamente identificables que perturben seriamente el orden público. En este sentido, se prevee una

⁵² Entre otras se puede observar claramente que la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ACNUDH en su informe sobre la situación de Venezuela, los informes de la Organización de Estados Americanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Human Right Watch, entre otras.

protección contra la exposición de las personas a amenazas inherentes a circunstancias como el riesgo a sus vidas, seguridad o libertad.

Entre los elementos que destaca ACNUR en la Directriz, se describen tres elementos para la protección de personas refugiadas, el primero es el elemento territorial por el cual se encuentran por fuera de su país, el segundo es la amenaza o el riesgo a su vida, seguridad o libertad, el tercero es el resultado de las circunstancias existentes en su país.

El elemento territorial o *sur place* se encuentra definido en consonancia a la definición del Estatuto del Refugiado de 1951, refiere en especial a cuando la persona ha dejado su país de origen y debido a circunstancias que surgieron después en su país de origen puede clasificarse como una persona refugiada *sur place*. Un caso representativo de esto puede ser la intensificación de una situación preexistente pero latente en el país de origen una vez la persona se encuentre por fuera de este.

Sobre la amenaza a la vida, seguridad o libertad, el ACNUR encuentra que es el vínculo entre las circunstancias existentes en el país de origen y el riesgo. La amenaza implica la posibilidad de daño infringido a una persona, grupo o a la población en general, no implica que el daño se materialice como tal ni tampoco debe interpretarse como la necesidad de verificar individualmente el riesgo, sino como el alcance de la protección internacional incluso por las circunstancias espacial/geográfica de una persona como para crear una amenaza que obligue a la persona a huir del país. En la Directriz se especifica⁵³ que la definición se orienta a las circunstancias que afectan a grupos de personas o poblaciones enteras y no en las circunstancias personales del individuo, lo que supone comprender las circunstancias objetivas del país de origen. De igual manera los elementos de protección (vida, seguridad o libertad) deben interpretarse de manera que abarque la dignidad humana y los derechos humanos reconocidos a nivel universal y regional.

Las circunstancias que obligan a huir a la persona refugiada no se limita a la violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos y violaciones masivas a los derechos

⁵³ ACNUR, Directrices sobre protección internacional No. 12 Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado, 2016. En especial el Parágrafo 79 disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=58c654244>.

humanos, sino que amplía a las circunstancias que han perturbado gravemente el orden público y que resultante de ello se pueda encontrar la persona en medio de amenazas a su vida, seguridad o libertad, el ACNUR recomienda que se interpreten estas circunstancias de manera evolutiva para cuando existan situaciones no previstas en la Declaración.

Sin embargo, es esencial comprender a la luz del DIH cuáles son las circunstancias de conflicto y violencia que obligan a la persona a huir de Venezuela. El DIH ubica los elementos necesarios para la conducción de hostilidades y de la jurisprudencia del TPIY⁵⁴ se puede extraer algunos elementos básicos sobre los conflictos armados a saber: la existencia de hostilidades que hace referencia a la fuerza o violencia armada, la prolongación en el tiempo, las actuaciones armadas en un determinado territorio y la organización de los grupos participantes en el conflicto. De los Convenios de Ginebra⁵⁵ se advierte la diferencia entre un Conflicto Armado Internacional CAI y un Conflicto Armado No Internacional CANI.

Una vez advertida esta división proveniente del DIH sobre los conflictos armados es importante destacar lo establecido por Vité (2009) sobre conflictos armados no internacionales considerando que la situación de Venezuela no corresponde a CAI. Para la autora,⁵⁶ el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra dispone de una definición en la cual presupone la existencia de un conflicto armado diferente a otras formas de violencia que por su intensidad no se aplican en el DIH. Para medir el nivel mínimo se recoge la jurisprudencia del TPIY que ha establecido que debe existir “violencia armada prolongada”⁵⁷ la cual puede evaluarse conforme a dos criterios: el primero la intensidad de la violencia y la organización de las partes, los cuales no son definitivos, sino que se examinan según una gran cantidad de factores.

El primer criterio llama a verificar los datos que corresponden a la naturaleza colectiva de las hostilidades y el comportamiento de las fuerzas armadas para contener la situación, de igual manera, otros criterios que dan cuenta de la naturaleza son la duración del

⁵⁴ Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), *El fiscal c. Tadic*, Causa IT-94-I-A, Fallo (Sala de Apelaciones), 15 de julio de 1999, párr. 84.

⁵⁵ Disponibles en: <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales>.

⁵⁶ Vité, S. (2009) Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales. *International Review of the Red Cross*, N° 873

⁵⁷ Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), *El fiscal c. Tadic*, Decisión sobre la moción de la defensa de interponer un recurso interlocutorio sobre la jurisdicción, V. la nota 10 supra, párr. 70.

conflicto y no son condiciones que deban existir simultáneamente., la frecuencia de las acciones violentas y las operaciones militares, la naturaleza de las armas empleadas, *el desplazamiento de la población civil*, el control del territorio por parte de fuerzas de oposición, la cantidad de víctimas.

El segundo criterio que identifica a los actores que participan en la violencia armada que deben ser grupos con cierto nivel de organización deben corresponder a las fuerzas del gobierno sin que se requiera de su verificación como elemento propio de estos conflictos y los grupos armados no estatales que, se exige cumplan con un organigrama de estructura de mando, autoridades capaces de lanzar operaciones, la capacidad para reclutar/entrenar y la normativa interna del grupo.

Si no se cumple con ninguno de los dos criterios la situación para Vité (2009) se considera como un disturbio interior o tensión interna que derivan de la inestabilidad social que sí bien no se los define en el DIH sí están mencionados en el Protocolo adicional II. El CICR define a los disturbios interiores como situaciones a nivel interior en el que existe un enfrentamiento con cierto carácter de gravedad o duración que presente actos de violencia. Las tensiones internas por su parte representan violencia caracterizada por arrestos masivos, gran número de “presos políticos”, torturas, maltratos, desapariciones forzadas y/o suspensión de las garantías fundamentales.

Otra interpretación de un CANI es la derivada del Artículo 1 del Protocolo adicional II que supone el desarrollo de un conflicto armado entre fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados bajo un control de mando responsable, que ejerzan control territorial para realizar operaciones militares sostenidas y concertadas sin que dicho conflicto sea por motivo de liberación nacional en cuyo caso configura un CAI. En este supuesto, para Vité (2009) se reafirma que es necesario superar el umbral de disturbios interiores y tensiones internas para considerarse conflicto armado, sin embargo, una de las diferencias con el Artículo 3 común es la exigencia clasificatoria de los grupos armados como aquellos que ejerzan un control territorial.

El Estatuto de Roma ER⁵⁸ de la Corte Penal Internacional CPI para Vité (2009) distingue dos categorías de crímenes cometidos durante un CANI como violaciones graves del Artículo 3 común y otras violaciones graves a las leyes y usos aplicables a una situación de conflicto armado. Adicional a ello, diferencia un conflicto armado con las situaciones de disturbios y tensiones internas, motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Ampliando la definición del Protocolo adicional II ya que no requiere control del territorio por parte de los grupos armados, pero restringe la noción del Artículo 3 común ya que exige que el conflicto se desarrolle durante cierto tiempo. Para la autora⁵⁹ lo establecido por la CPI no es la creación de un nuevo concepto de conflicto armado en el DIH sino el ejercicio de la jurisdicción propia de una Corte

10. La incidencia del DIH en la protección a los refugiados provenientes de Venezuela

Debido a que existe una dificultad en la clasificación de situaciones de violencia en el DIH y en vista de que las definiciones de un CANI no encuentran asiento en la acontecido en Venezuela, es necesario examinar entonces las circunstancias que obligan a huir de ese país. El ACNUR en la Directriz sobre protección internacional N° 12 ha definido a la *violencia generalizada* como aquel término del argot popular que no tiene un significado estricto pero que su concepto se basa en situaciones caracterizadas por violencia indiscriminada y/o suficientemente amplia para afectar grandes grupos de personas o poblaciones proveniente por actores estatales o no estatales. Este término no proviene del DIH y no puede comprenderse como una situación de conflicto armado, para determinar una situación como de violencia generalizada es necesario analizar indicadores factuales

⁵⁸ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Disponible en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) (Visitado por última vez el 30 de noviembre de 2019).

⁵⁹ En el Estatuto de Roma de la CPI se reconocerían dos tipos de conflicto armado no internacional (...) es importante tener en cuenta que esta novedad del Estatuto no crea un nuevo concepto de conflicto armado de índole no internacional dentro del derecho internacional humanitario Vité, S. 2009

relacionados con el número y tipo de incidentes de seguridad, la violencia del país de origen y el efecto en la población civil.⁶⁰

Sobre la *agresión extranjera* la Directriz menciona que se entiende como guerra de agresión o acto de agresión definidos en la Convención de la OUA de 1969 y que encuentra su sustento en el crimen que conduce a un CAI. Por otra parte, *los conflictos internos* mencionados en la definición de la Declaración de Cartagena incluyen los CANI, sin embargo, aclara el ACNUR que debe entenderse como CANI ya que para efectos de la condición de refugiado el DIH se considera informativo y no declarativo.

Al respecto de la *violación masiva de los derechos humanos* el ACNUR aclara que se hace referencia a lo establecido por la jurisprudencia de la Corte IDH quien ha determinado que el término ‘masivo’ refiere una escala o magnitud de la violación, independiente de la duración, cuando los efectos van más allá de las víctimas reales/directas e incluso se trata de grandes segmentos de la población o la sociedad en su conjunto se clasifica como ‘violación masiva de los derechos humanos’. El desplazamiento y los fenómenos migratorios son un indicador de este tipo de violaciones a los derechos humanos, las sentencias o medidas provisionales de la Corte IDH,⁶¹ las medidas cautelares de la CIDH,⁶² el examen preliminar de la CPI,⁶³ entre otras, sirven como indicadores relevantes de la situación del país de origen.

Otra circunstancia es la *perturbación del orden público* que no tiene una definición universalmente aceptada empero el ACNUR frente a la condición de refugiado entiende que es el quebrantamiento de la paz, seguridad interna y externa, así como la estabilidad del Estado y de la sociedad. Para la Corte IDH un estado de emergencia no debe considerarse

⁶⁰ Para confirmar esta información ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH Informe de país Venezuela “situación de derechos humanos en Venezuela” (2018) Párrafos: 389, 243. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>

⁶¹ Ver sentencias de la CorteIDH Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela Sentencia de 3 de septiembre de 2012 (fondo y reparaciones) y CorteIDH Caso Familia Barrios Vs. Venezuela, sentencia de 24 de noviembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas) también es relevante el Cuadernillo de jurisprudencia de la CorteIDH y el CICR No. 17 sobre *interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*, 2018. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo17.pdf>

⁶² Entre otros se puede mencionar los informes de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 4 rev. 1, 24 octubre 2003 y el informe sobre Democracia y derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009.

⁶³ Ver Preliminary examination Venezuela en: <https://www.icc-cpi.int/venezuela>.

como una antesala de la perturbación al orden público, pero normalmente sería indicativo de dicha situación.⁶⁴

Así las cosas, para el DIR las situaciones de conflicto armado y violencia referidas anteriormente afectan de manera importante a la población civil, las situaciones de conflicto armado y violencia a que se hace referencia pueden clasificarse como un CAI o un CANI basándose en el DIH, no obstante, para adquirir la condición de refugiado no se requiere de dicha categorización. Ahora bien, siguiendo la Nota orientativa de Mayo de 2019, estas situaciones dan lugar a la protección internacional bajo el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo, así como para los países de la región que han adaptado la Declaración de Cartagena a que se aplique preferentemente este instrumento para el reconocimiento de la condición de refugiado a las personas que han salido de Venezuela utilizando, como se menciona en la Nota, la determinación grupal que proviene del reconocimiento prima facie según el cual, se debe considerar las circunstancias evidentes y objetivas del país de origen, en este caso de Venezuela, sobre el cual se han pronunciado diferentes organismos internacionales⁶⁵ que dan prueba de estas circunstancias que ponen en riesgo a las personas que huyen de ese país.

12. Conclusiones

Pese a la crisis humanitaria que vive Venezuela, la solidaridad de los Estados vecinos y la responsabilidad consignada en diferentes instrumentos jurídicos universales y regionales han provisto de una empatía para la protección de los refugiados y migrantes provenientes de Venezuela. Desde la Declaración de Nueva York de 2016 y el Pacto global sobre refugiados de 2018 al Plan Regional de Respuesta para Refugiados y Migrantes para las personas provenientes de Venezuela de 2019, en constante colaboración con ACNUR y la recientemente creada Plataforma Interagencial de la respuesta humanitaria, el principio que

⁶⁴ Ver CIDH Informe de país Venezuela “situación de derechos humanos en Venezuela” (2018) Párrafos: 382 a 387 sobre el uso excesivo y arbitrario de declaratorias de estados de excepción en la que se evidencian más de 10 declaratorias o prorrogas de estados de excepción en un periodo de 2016-2017

⁶⁵ Ver Human Rights Watch HRW (2019) Venezuela’s humanitarian emergency; Human Rights Watch HRW, 2018. El éxodo venezolano.

ha prevalecido ha sido el brindar protección internacional en base a la consideración de que es un acto humanitario y no político.

La Declaración de Cartagena de 1984 se perfila como el instrumento jurídico regional no vinculante del DIR que más cercano esta de proveer la convergencia entre el DIH y el DIDH capaz de adaptarse a situaciones jurídicas y humanitarias como la actual situación de Venezuela. De esta declaración se puede destacar que ha venido incrementando la solidaridad y la responsabilidad compartida de las situaciones en las que se requiere de la protección internacional a los migrantes y refugiados.

Bajo el contexto actual de crisis humanitaria como el que vive Venezuela que ha generado un éxodo sin precedentes a nivel regional es esencial la labor del DIR que les permite a las personas refugiadas y migrantes provenientes de ese país, acogerse a esta figura jurídica proveniente del DIH para garantizar sus derechos humanos. Si bien el concepto vigente de conflicto armado no está previsto, el alcance de la Declaración de Cartagena permite interpretar esta situación como un desarrollo progresivo del Estatuto de Refugiados, de su Protocolo adicional e inclusive de la Convención de la OUA.

La labor de ACNUR y actualmente de la respuesta interagencial propuesta por la ONU con el acompañamiento internacional de sus socios estratégicos permite garantizar el acceso a procedimientos de asilo o de protección internacional bajo unos estándares mínimos.

Si bien es importante destacar que a la hora de definir la condición de refugiado no es necesario considerar la clasificación de conflicto armado, este parece ser uno de los problemas más importantes debido a que existen situaciones de violencia generadas por diferentes cuestiones que son el principal motor de flujos de refugiados en el mundo, la categorización de conflictos armados con la diferencia de las demás situaciones de violencia siguen representando una problemática para garantizar una debida protección internacional a los refugiados. La cuestión política queda en evidencia debido a que no existe un organismo internacional independiente autorizado para tomar decisiones en aquellos casos que amerite clasificar situaciones de conflicto y violencia, para lo que se resalta la labor del CICR como interprete para la correcta aplicación del DIH y del ACNUR para el mandato del DIR.

SECCIÓN
CONVERSACIONES ACADÉMICAS

CONVERSACIONES

JAMES A. PÉREZ MONTOYA

Director y creador del ciclo.



ACADÉMICAS

Espacio de reflexión y divulgación cuyo objetivo es fomentar el pensar crítico.

Se resalta el compromiso intelectual de los invitados, se hace más visible su labor académica y nos sirve como fuente de inspiración para las generaciones que se preocupan por pensar nuestra relación con el mundo.

¿QUÉ ES LA JUSTICIA?

JAMES PÉREZ MONTOYA: Bienvenidos a otro programa de Conversaciones Académicas. Bienvenido, profesor Delfín. ¿Cómo ha estado?

PROFESOR DELFÍN I. GRUESO: Muy bien, James Andrés. Muchas gracias por la invitación. Aquí estamos, dispuestos a esta conversación académica.

JAMES PÉREZ MONTOYA: ¿Usted considera que hay una definición unívoca de justicia o hay muchas definiciones de justicia y con cuál estaría más de acuerdo?

PROFESOR DELFÍN I. GRUESO: Bueno, primero que todo, la justicia está arraigada en la historia de la filosofía occidental desde sus orígenes en los griegos. Como usted bien dice, con Sócrates, Platón y Aristóteles, pero incluso mucho antes. Algunos han querido remontar esto a la tragedia griega, a los presocráticos e, incluso, al pensamiento médico jónico y a la mitología griega. Hay toda una línea de desarrollo de nociones, que luego harían parte del lenguaje moral y político griego, que se remontan a *Díkê* o a *Themis*, que son dos divinidades. Para el periodo clásico (siglos IV y III) la reflexión se afina con Sócrates y con la obra de Platón, básicamente *La República*, y con *La política* y la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles.

Dado que con Platón tenemos algo que no tenemos con Sócrates, una obra filosófica escrita, la reflexión sobre la justicia alcanza cierto nivel de sistematicidad. Ahora bien: con Aristóteles hay dos cambios fundamentales. En primer lugar, se sigue la huella, ya abierta por Sócrates, de querer precisar la esencia, la definición, de la justicia. Sólo que con Aristóteles nos encontramos con un estudio un poco más empírico, si podemos decirlo de esa manera. En gran parte lo suyo toma la forma de una indagación que toma como objeto el lenguaje moral que los griegos han desarrollado hasta ese momento. Qué es lo que está en cuestión cuando alguien le hace a alguien un reclamo e introduce el valor de justicia o dice que ahí hay una injusticia. Luego, lo segundo, es que el suyo es también un estudio constitucional (si se permite el anacronismo). Recordemos que Aristóteles es, ante todo, un taxónomo; que, así como clasifica vegetales, animales y piedras, o estilos de escritura, etc., colecciona para su estudio textos constitucionales; es el primer comparador de constituciones y de la institucionalidad de las diferentes polis griegas. En la *Ética Nicomaquea*, Libro V, por lo demás, nos clasifica las diferentes tareas que debe resolver el juez (de nuevo, si se permite el anacronismo) y separa el derecho público del privado (de nuevo diciendo esto de manera anacrónica), separando la

justicia retributiva de la justicia distributiva, que identifica como una virtud de la política. ¿Cómo es que se tramitan los pleitos legales entre particulares en relación con los daños, los delitos y las reclamaciones? Son trámites que se deciden mediante una reparación ‘aritmética’ entre iguales, dice él, garantizando a daño igual compensación o castigo igual. Y muestra que ése no es el caso en la justicia distributiva, ya de naturaleza ético-política, en relación con la distribución de cargas y beneficios en una sociedad, que supone una consideración ‘pitagórica’ o ‘geométrica’, esto es ‘tratando igual a los iguales y desigual a los desiguales’, con lo que lleva más lejos el criterio de la igualdad para transformarlo en equidad. En virtud de todo eso, me parece, Aristóteles es tal vez más decisivo que Platón para la principal tradición filosófica sobre la justicia que conocerá hacia el futuro la filosofía occidental: hacer de ella una ‘categoría moral de la política’ y de la justicia distributiva su problema político capital. De Aristóteles a Hume, a Marx (tangencialmente, pues no es su reflexión central) hasta Rawls y otros contemporáneos, la justicia social es una cuestión fundamentalmente distributiva. Aristóteles nos enseñó a vincular el valor de la justicia al de la igualdad: tratar a la gente con justicia es, en principio, tratarlos por igual; no discriminar. Pero no discriminar es, a la vez, un acto de justicia y una gran injusticia. Por eso introduce la proporcionalidad o equidad, para establecer quiénes son iguales y quiénes son desiguales. Pero, ¿con relación a qué? Bueno: con relación al *mérito*, a las *capacidades* o a las *necesidades* y a los conflictos sociales que surgen en relación con el acceso a las responsabilidades, los honores y las obligaciones que genera la política.

Esa tradición creo que encuentra su fundador en Aristóteles y en relación con la primera parte de su pregunta, si hay una definición o un concepto o una concepción unívoca, universal de la justicia, la respuesta es no. Ya un poco lo decía Aristóteles, pero más enfáticamente lo repite Rawls. En sus palabras: ‘hay muchas concepciones de justicia, pero hay un solo concepto’. Yo no diría que hay un solo concepto, pero sí que hay una intuición que atraviesa todo el lenguaje moral y que, más o menos, está en el trasfondo de cualquier teoría de la justicia: ‘justicia es dar a cada cual lo que le corresponde’. De hecho, hay un tratadista, el padre del positivismo jurídico, Hans Kelsen, que dicen que estudió qué es la justicia para los filósofos, se remitió a los griegos y sacó en claro que no había una definición única. Sólo esa intuición común: ‘justicia es dar a cada cual lo que le corresponde’. Por supuesto que es una concepción o una intuición todavía muy gaseosa porque ¿qué es lo que a cada uno le corresponde? Esa respuesta entraña inmediatamente una pregunta y las múltiples respuestas a esa pregunta son las múltiples concepciones que hay de la justicia: meritocráticas, aristocráticas, igualitaristas, libertaristas, comunistas, liberales; hay muchas formas de responder esa pregunta.



“

Requerimos un criterio moral para discriminar. La equidad exige eso: una proporcionalidad que dé razón del modo en que se aplican los premios y los castigos, se distribuyan las oportunidades, las cargas y los beneficios”.

DELFÍN GRUESO VANEGAS

Ph.D. Philosophy, Indiana University (EEUU). Magister en Filosofía, Licenciado en filosofía y sociólogo de la Universidad del Valle. Experto en filosofía política, sus publicaciones son del orden nacional e internacional. Ha impartido conferencias en diversas universidades como la Universidad de Manchester, Universidad de Alcalá, Universidad de Buenos Aires y Universidad de París por citar algunas.

JAMES PÉREZ MONTOYA: Muy bien, profesor Delfín, ¿qué conclusión puedo sacar por el momento? Uno que es complejo definir *justicia*, porque usted nos acabó de decir que hay múltiples concepciones de ella, aunque en el fondo puede haber un concepto básico de todas las concepciones de justicia. Usted me recordó algo que me explicó un profesor de una manera muy didáctica. Se refería a una fiesta y al momento en que van a repartir la torta. En la fiesta hay personas de diferente altura, diferente edad, contextura, pero a todos le reparten la torta por igual, ahí habría justicia por igualdad. Entonces, vamos a darle la torta al niño de cinco años del mismo tamaño que al adulto. Eso sería la justicia aritmética en Aristóteles. Y el otro tipo de justicia, ya usted me dirá si la analogía está mal realizada, en esa misma repartición a mí me darían una torta más grande, porque yo soy más grande, más alto y quiero comer más torta porque mi cuerpo me exige eso y al niño le doy una torta más pequeña. ¿Eso sería equidad y justicia en sentido geométrico?

PROFESOR DELFÍN I. GRUESO: Sí, está clara la idea. A necesidades distintas distinto resultado. A otro nivel, a trabajo igual, pago igual; a trabajo desigual, pago desigual. A capacidades distintas, distintas oportunidades. A un estudiante se le pondera el conocimiento adquirido, su nivel, su dedicación, su esfuerzo, etc., y se le premia o castiga con la nota, que supone reflejar algo en justicia. Es decir, cuando hablamos de ser justos u obrar con equidad, suponemos uno o varios criterios morales válidos para obrar en justicia. Se los trata, en principio, igual y luego se discrimina para fijar premios, cargas, castigos u oportunidades distintas. Lo que llaman algunos, atenuantes o agravantes en el caso penal. En la justicia social es similar: este cuerpo tiene más necesidades que este otro; este individuo ha hecho un mayor esfuerzo; aquel tiene más opción de aprovechar una beca; el de más allá tiene más necesidad, etc. De alguna manera yo debo poder justificar de forma clara y moralmente válida por qué discrimino entre iguales, es decir, por qué desiglo a los iguales para obrar con equidad.

JAMES PÉREZ MONTOYA: Me hace acordar a Aristóteles cuando pone el ejemplo, creo, de cómo repartir flautas entre niños. Es decir, ¿a quiénes entrego una flauta? No se la voy a entregar al albañil o al panadero. La flauta se la entregó al flautista. ¿Y a cuál flautista? Al mejor flautista.

PROFESOR DELFÍN I. GRUESO: Exacto. Debe haber un criterio, porque si yo trato a todo el mundo por igual, que es el punto de partida de la justicia, lo que hace en esa primera exigencia –no discriminar– nos quedamos en una fase que indudablemente es, por una parte, justa: no discriminamos. Pero, por otra parte, es también injusta: no discriminamos. Requerimos un criterio moral para discriminar. La equidad exige eso: una proporcionalidad que dé razón del

modo en que se aplican los premios y los castigos, se distribuyan las oportunidades, las cargas y los beneficios.

JAMES PÉREZ MONTOYA: Profesor Delfín Grueso, yo le agradezco el haberme aceptado la invitación en el programa *Conversaciones Académicas*. Para mí fue un gusto haberlo tenido acá en el programa.

PROFESOR DELFÍN I. GRUESO: Con mucho profesor James Andrés Pérez Montoya, y muchas gracias por la invitación. Un saludo a su audiencia. Muy amable.



REVISTA PURAL ACADEMIA

Revista Electrónica - Año 3, N° 4
Agosto 2022 - ISSN 2684-0431

Centro de Investigación en Derecho Internacional e Integración Regional
(CIDIIR)
Facultad de Derecho, UNMDP.