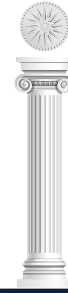


SUMMA



IURIS

Presentación

Protección jurídica de niños, niñas y adolescentes en materia de derechos humanos

Legal protection of children, girls and adolescents in human rights

Eyder Bolívar Mojica

Editorial

La responsabilidad internacional de los Estados

The international responsibility of states

Natalia Barbero

ARTÍCULOS RESULTADO DE INVESTIGACIÓN

Estudios de derechos humanos

Justicia transicional en Ecuador: la justicia más allá de la justicia

Transitional justice in Ecuador: the justice beyond justice

Jeny Vargas Yangua

Dicotomías entre la seguridad y los derechos humanos, a partir de la justicia transicional en Ecuador

Dicotomies between security and human rights, from the transitional justice in Ecuador

Diego Peñafiel Valencia

Los pueblos indígenas en México y sus derechos humanos

Indigenous peoples in México and its human rights

Francisco Javier Valdez Valenzuela, Manuel Raymundo Valdez Domínguez, Álvaro Coronado Gutiérrez

La responsabilidad por cuota de mercado en el daño ambiental ¿Una solución al problema de las externalidades negativas ambientales?

Responsibility for the market fee in environmental damage. A solution to the problem of environmental negative externalities?

Pablo Andrés Estrada García

Desafíos normativos en materia de avances biomédicos: una relación necesaria entre la medicina, la ingeniería y el derecho en Colombia

Regulatory challenges on biomedical advances: a relationship needed between medicine, engineering and law in Colombia

Paula Andrea Vieira Ceballos

©Universidad Católica Luis Amigó
Transversal 51A N°. 67B-90
Medellín, Antioquia, Colombia
Tel: (574) 460 69 97. Fondo Editorial
www.ucatolicalusamigo.edu.co – fondo.editorial@amigo.edu.co

Summa Iuris

Vol. 7, N°. 2, julio-diciembre, 2019

ISSN (En línea): 2339-4536

Rector

Pbro. Carlos Enrique Cardona Quiceno

Vicerrectora de Investigaciones

Isabel Cristina Puerta Lopera

Decano Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Rodrigo Orlando Osorio Montoya

Coordinadora Departamento de Fondo Editorial

Carolina Orrego Moscoso

Diseño y diagramación

Arbey David Zuluaga Yarce

Correctora de estilo

Leidy Andrea Ríos Restrepo

Traductores

Jose Vicente Abad

Marlon Vanegas

Gloria Arboleda

Erika Restrepo

Claudia Uribe

Director / Editor de la revista

Eyder Bolívar Mojica

ORCID: 0000-0002-4144-0921

Órgano de divulgación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó.

Esta publicación cumple con el depósito legal en los términos de la normativa colombiana (ley 44 de 1993, Decreto reglamentario N°. 460 de marzo 16 de 1995, y demás normas existentes.

Hecho en Colombia / Made in Colombia

Financiación realizada por la Universidad Católica Luis Amigó



OPEN ACCESS

Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar 4.0 Internacional.

SUMMA IURIS

Comité Científico

Dr. José Elías Estevé Moltó - Universidad de Valencia, España
Dra. Natalia Barbero - Universidad de Buenos Aires, Argentina
Dr. Daniel Montero Zendejas - Universidad Autónoma de Morelos, México
Dr. Lorenzo Cotino Hueso - Universidad de Valencia, España
Dr. José Heriberto García Peña - Tecnológico de Monterrey, México
Dr. Jorge Luis Barroso González - Universidad de la Habana, Cuba

Comité Editorial

Posdoctor Edgar Andrés Quiroga Natale - Universidad Nacional de Colombia, Colombia
Posdoctor Valter Moura Do Carmo - Universidad de Marília, Brasil
Dr. Edmer Leandro López Peña - Universidad de la Coruña, España
Dr. Andrés Rodríguez Gutiérrez - Université Montesquieu Bordeaux IV, Francia
Dr. Deiby Alberto Sáenz Rodríguez - Universidad Santo Tomás, Colombia
Dr. Pedro Alfonso Sánchez Cubides - Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Colombia

Árbitros

Mg. Erika Juliana Sanabria Hernández - Universidad Santo Tomás, Tunja, Colombia
Mg. Edimundo León Palomares - Universidad de Sonora, México
Mg. Oscar Mauricio Castaño Barrera - Universidad de Antioquia, Colombia
Mg. Giovanni Andrés Bernal Salamanca - Universidad Externado de Colombia
Mg. Luis Alberto Tiznado Solís - Universidad de Buenos Aires, Argentina
Mg. Elkin Eduardo Gallego - Universidad Autónoma Latinoamericana, Colombia
Mg. Víctor Giovanni Prieto - Universidad Externado de Colombia
Mg. Luz Myrian Rojas Rojas - Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia
Mg. Marly Johanna Ariza Castro - Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia
Mg. Jenny Carolina Ochoa Suarez - Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia

Institución editora

Universidad Católica Luis Amigó

Dónde consultar la revista

<http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summaiuris/index>

Suscripciones

<http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summaiuris/about>

Solicitud de canje

Biblioteca Vicente Serer Vicens
Universidad Católica Luis Amigó
Medellín, Antioquia, Colombia

Contacto editorial

Dr. (c) Eyder Bolívar Mojica
Director/Editor Summa Iuris
Universidad Católica Luis Amigó

Transversal 51A 67 B 90.
Medellín - Colombia
Teléfono (574) 460 69 91
Correo electrónico: summaiuris@amigo.edu.co

SUMMA IURIS – Acceso abierto

Órgano de divulgación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó.

Hecho en Colombia / Made in Colombia.

Financiación y publicación realizada por la Universidad Católica Luis Amigó. En ningún momento de la edición o difusión se hacen cobros a los autores para sufragar alguna de estas actividades; de tal manera que no recibe aportes económicos de personas naturales ni jurídicas.

Los principios éticos de esta revista se describen en su código de conducta y se adhieren a los procedimientos emitidos por Committee on Publication Ethics (COPE), que podrán ser consultados en www.publicationethics.org

© 2019 Universidad Católica Luis Amigó

(CC BY-NC-ND 4.0)

La revista y los textos individuales que en esta se divulgan están protegidos por las leyes de copyright y por los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar 4.0 Internacional. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden encontrarse en <https://www.funlam.edu.co/modules/fondoeditorial/item.php?itemid=264> Derechos de autor. El autor o autores pueden tener derechos adicionales en sus artículos según lo establecido en la cesión por ellos firmada.

Los autores son moral y legalmente responsables del contenido de sus artículos, así como del respeto a los derechos de autor. Por lo tanto, estos no comprometen en ningún sentido a la Universidad Católica Luis Amigó.

CONTENIDO

Presentación

Protección jurídica de niños, niñas y adolescentes en materia de derechos humanos

Legal protection of children, girls and adolescents in human rights

Eyder Bolívar Mojica

Editorial

La responsabilidad internacional de los Estados

The international responsibility of states

Natalia Barbero

ARTÍCULOS RESULTADO DE INVESTIGACIÓN ESTUDIOS DE DERECHOS HUMANOS

Justicia transicional en Ecuador: la justicia más allá de la justicia 238

Transitional justice in Ecuador: the justice beyond justice

Jeny Vargas Yangua

Dicotomías entre la seguridad y los derechos humanos, a partir de la
justicia transicional en Ecuador 269

Dicotomies between security and human rights, from the transitional justice in
Ecuador

Diego Peñafiel Valencia

Los pueblos indígenas en México y sus derechos humanos 294

Indigenous peoples in México and its human rights

Francisco Javier Valdez Valenzuela, Manuel Raymundo Valdez Domínguez, Álvaro Coronado Gutiérrez

La responsabilidad por cuota de mercado en el daño ambiental ¿Una solución al problema de las externalidades negativas ambientales? 309

Responsibility for the market fee in environmental damage. A solution to the problem of environmental negative externalities?

Pablo Andrés Estrada García

Desafíos normativos en materia de avances biomédicos: una relación necesaria entre la medicina, la ingeniería y el derecho en Colombia 326

Regulatory challenges on biomedical advances: a relationship needed between medicine, engineering and law in Colombia

Paula Andrea Vieira Ceballos

PRESENTACIÓN

PROTECCIÓN JURÍDICA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

*Eyder Bolívar Mojica**

Forma de citar esta presentación en APA:

Bolívar Mojica, E. (julio-diciembre, 2019). Protección jurídica de niños, niñas y adolescentes en materia de derechos humanos [Presentación]. *Summa Iuris*, 7(2), pp. 219-223. DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3480>

Las disposiciones normativas que regulan los derechos humanos son el corpus iuris que obliga a los Estados parte en materia de implementación de mecanismos para la protección y promoción efectiva, además constituye el límite al ejercicio del poder por parte de estos.

En consecuencia, el no cumplimiento en la garantía del ejercicio de tales derechos, los hace responsables de las violaciones a los mismos, razón por la cual los Estados tienen el deber de prevenir, investigar y sancionar las acciones que atentan contra los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes reconocidos en este marco jurídico.

Razón por la cual la comunidad internacional, a través de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, se han manifestado al respecto toda vez que han sido diferentes los instrumentos internacionales que protegen los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Lo anterior, observado a través de diferentes enfoques y ámbitos de protección que van desde las garantías y deberes del Estado, así como las obligaciones de la familia y la sociedad, sin dejar a un lado el interés superior de estos sujetos de protección.

* Doctor (c) en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la Universidad de Valencia, Magíster en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de la Plata, Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires. Investigador Asociado reconocido por COLCIENCIAS Colombia. Director/Editor de la revista Summa Iuris. Contacto: summauris@amigo.edu.co

En esta medida, encontramos cómo a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948),¹ la Declaración de los Derechos del Niño (1959),² la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (1962),³ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966),⁴ el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966),⁵ la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969),⁶ la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), este corpus iuris responde a las problemáticas que se presentan por la vulneración de derechos humanos en particular.

En este sentido, también los convenios 182 de 1999 y 138 de 1973 de la Organización Internacional del Trabajo, los cuales amplían el marco de protección al tratar sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la edad mínima de admisión al empleo, respectivamente.

¹ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948. En su artículo 25, numeral 2, señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 1386 (XIV) en la Resolución 1386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959. La cual en su principio # 2 menciona que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”

³ Ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 1763 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962, al cual en su artículo 2, refiere que “los Estados Partes en la presente Convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad.”

⁴ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, el cual señala en su artículo 24, numeral 1: “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.”

⁵ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, mediante el cual en su artículo 10, numeral 3. 3, señala que: “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”

⁶ Suscrita por los estados signatarios el 22 de noviembre de 1969, la cual en su artículo 19, refiere que: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

Unido a lo anterior, se responde a la problemática relacionada con la seguridad alimentaria, temática abordada por la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (1989), además sobre la cooperación en materia de adopción internacional a través del Convenio de la Haya (1993) y, finalmente, sobre la Protección de Derechos a Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2006).

En relación al Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal, se observa el Protocolo I, adicional a los cuatro Convenios de Ginebra (1949) sobre protección de víctimas en conflictos armados internacionales (1977), la Convención contra el Crimen Organizado Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (2000) y, finalmente, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1989).

Ahora bien, en materia de administración de justicia, son las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (1989)–Reglas de Beijing y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad (1991), las cuales observan el marco de protección desde la justicia juvenil.

Por último, el reconocimiento como sujetos de derecho de los niños, niñas y adolescentes ha dado lugar a que en diferentes instrumentos de derecho internacional se responda a una protección especial basada en el interés superior debido a su falta de madurez y, por consiguiente, a la vulnerabilidad que esto conlleva, por lo tanto, se concluye la necesidad de garantizar un proceso de formación en condiciones adecuadas.

Para la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, el Fondo Editorial de la Universidad Católica Luis Amigó y la dirección de la revista *Summa Iuris* es importante abrir espacios de reflexión en materia de derecho y derechos humanos.

Además, agradecemos y saludamos a quienes apoyan la investigación científica y hacen posible esta edición; sabemos que, con la educación, el aporte investigativo y los escenarios de discusión se enriquece el conocimiento.

En este sentido, presentamos el volumen 7, número 2 del año 2019, donde se encuentran investigaciones de expertos provenientes de Argentina, Ecuador, México y Colombia. Fraternalmente, damos las gracias a Natalia Barbero, quien, desde Argentina, escribe la Editorial y nos habla sobre la responsabilidad internacional de los Estados, también a Jeny Vargas Yangua, quien a través de su artículo resultado de investigación, aborda la temática relacionada con “La justicia transicional en el Ecuador: la justicia más allá de la justicia”; de igual manera, su compatriota Diego Peñafiel Valencia hace un análisis de la “Justicia transicional en Ecuador frente a las dicotomías entre la seguridad y los derechos humanos”. Contamos también con los aportes sobre “Los pueblos indígenas en México y sus derechos humanos” realizados por Francisco Javier Valdez Valenzuela, Manuel Raymundo Valdez Domínguez y Álvaro Coronado Gutiérrez; otro aporte es realizado por Pablo Andrés Estrada García, quien trata “La responsabilidad por cuota de mercado en el daño ambiental ¿una solución al problema de las externalidades negativas ambientales?”; y finalizamos esta última edición con la investigación de Paula Andrea Vieira Ceballos, quien nos presenta un trabajo sobre los “Desafíos normativos en materia de avances biomédicos: una relación necesaria entre la medicina, la ingeniería y el derecho en Colombia.”

Este saludo y agradecimiento se extiende a directivos, editores, escritores y, en general, a todas las personas que colaboraron con Summa Iuris, y quienes durante los últimos seis años acompañaron este proyecto académico que deja como resultado siete volúmenes correspondientes a trece números, los cuales hacen posible que la academia y el conocimiento hagan su aporte a la construcción de una sociedad justa, enmarcada en el respeto de las instituciones jurídicas, las disposiciones normativas, y la promoción y protección de los derechos humanos.

Por último, señalamos que, con este volumen, damos por concluida de manera definitiva la emisión y publicación de la revista Summa Iuris.

REFERENCIAS

- ONU. Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.
- ONU. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 1386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959.
- ONU. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 1763 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962.
- ONU. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

PRESENTATION

LEGAL PROTECTION OF CHILDREN, GIRLS AND ADOLESCENTS IN HUMAN RIGHTS

*Eyder Bolívar Mojica**

How to cite this presentation in APA:

Bolívar Mojica, E. (July-December, 2019). Legal protection of children and adolescents in the field of human rights [Presentation]. *Summa Iuris*, 7 (2), pp. 224-228. DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3480>

The normative provisions that regulate human rights are the corpus iuris that obliges the States Parties regarding the implementation of mechanisms for effective protection and promotion, and they also constitute the limit to the exercise of power by the States.

Consequently, the non-compliance in the guarantee of the exercise of such rights makes the States responsible for their violations, which is why they have the duty to prevent, investigate and punish actions that threaten the human rights of children, girls and adolescents recognized in this legal framework.

Due to this, the international community, through the systems of protection of human rights has expressed its position in this regard since the fact that the international instruments that protect the rights of children and adolescents have been different.

The previous facts need to be observed through different approaches and areas of protection, which range from the guarantees and duties of the State, as well as the obligations of the family and society, without leaving aside the best interests of these subjects of protection.

* Doctor (c) in Human Rights, Democracy and International Justice from the University of Valencia, Master in Human Rights from the National University of La Plata, Specialist in Criminal Law from the University of Buenos Aires. Associate Researcher, recognized by COLCIENCIAS Colombia. Director of Summa Iuris Magazine. Email: summaiuris@amigo.edu.co

And in this measure we find how as from the Universal Declaration of Human Rights (1948); The Declaration of the Rights of the Child, (1959)¹; the Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages (1962)²; The United Nations International Covenant of Civil and Political Rights (ICCPR) (1966)³; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966)⁴, The American Convention on Human Rights, (1969)⁵; The Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women, and the United Nations Convention on the Rights of the Child (1989) make this corpus iuris respond to the problems that arise due to the violation of human rights, in particular.

In this regard, we find the Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182) and 1973 (No. 138) which extend the protection framework when dealing with the prohibition of the worst forms of child labor and the minimum age for admission to employment, respectively.

Together with the aforementioned, the problem related to food security is answered, a theme addressed by the Inter-American Convention on Food Obligations (1989), in addition to cooperation on

¹ Adopted by the General Assembly of the United Nations in its resolution 1386 (XIV) in Resolution 1386 (XIV) November 20, 1959. Which in its principle # 2, mentions that "The child shall enjoy special protection and shall have of opportunities and services, all dispensed by law and other means, so that she/he can develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal way, as well as in conditions of freedom and dignity. In enacting laws for this purpose, the fundamental consideration that will be addressed will be the best interests of the child."

² Ratified by the General Assembly of the United Nations in its Resolution 1763 A (XVII), November 7, 1962, to which in its article 2, it refers that "The States Parties to the present Convention shall adopt the necessary legislative measures to determine the minimum age for marriage. Persons who have not reached that age cannot legally enter into marriage, unless the competent authority for justified reasons and in the interest of the contracting parties dispenses the age requirement."

³ Adopted by the General Assembly of the United Nations in its Resolution 2200 A (XXI) December 16, 1966, which states in its article 24, numeral 1: "Every child has the right, without discrimination on grounds of race, color, sex, language, religion, national or social origin, economic position or birth, to the measures of protection that his/her condition as a minor requires, both from his/her family and from society and the State."

⁴ Adopted by the General Assembly of the United Nations in its Resolution 2200 A (XXI) December 16, 1966, whereby in its article 10, paragraph 3. 3, it states that: "Special measures of protection and assistance must be adopted in favor of all children and adolescents, without any discrimination based on filiation or any other condition. Children and adolescents must be protected against economic and social exploitation. Their employment in work harmful to their morals and health, or in which their lives are in danger or at risk of damaging their normal development will be sanctioned by law. States must also establish age limits below which the hired employment of child labor is prohibited and sanctioned by law."

⁵ Signed by the signatory states on November 22, 1969, which in its article 19, states that: "Every child has the right to the protection measures that his/her condition as a minor requires from his /her family, society and the State."

international adoption, through the Hague Convention (1993) and finally on the Protection of Rights of Persons with Disabilities of the United Nations (2006).

In relation to the International Humanitarian Law and Criminal Law, Protocol I is observed, in addition to the four Geneva Conventions (1949) on protection of victims in international armed conflicts (1977); the Convention against Transnational Organized Crime and the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children (2000), and finally, the Inter-American Convention on International Restitution of Minors (1989).

However, in matters of administration of justice, they are the United Nations Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (1989)–Beijing Rules and the United Nations Minimum Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Liberty (1991), which observe the protection framework from juvenile justice.

Finally, based on the recognition as subjects of the rights of children and adolescents as subjects of rights, there have appeared different instruments of international law responding to special protection based on the ultimate interests due to their lack of maturity and the vulnerability that this entails, therefore, it is concluded that there is the need to guarantee a process of training under appropriate conditions.

For Universidad Católica Luis Amigo, its Faculty of Law and Political Science, the Editorial Fund and the direction of Summa Iuris Journal, it is important to open spaces for reflection on the subject of law and human rights.

We thank and greet who have supported scientific research and made this edition possible. We all know that knowledge is enriched with education, research contribution and discussion scenarios.

We present volume 7, number 2, 2019, where investigations of experts from Argentina, Ecuador, Mexico and Colombia are found. Fraternally, we thank Natalia Barbero, who, from Argentina, writes the Editorial and talks about the international responsibility of the States, also Jeny Vargas Yangua, who through her article result of research, addresses the issue related to the transitional justice in Ecuador: Justice beyond Justice: Likewise her national Diego Peñafiel Valencia, who makes an analysis of the transitional justice in Ecuador against the dichotomies between security and human rights. In this issue, we also have the contributions on indigenous peoples in Mexico and their human rights made by Francisco Javier Valdez Valenzuela, Manuel Raymundo Valdez Domínguez and Álvaro Coronado Gutiérrez; Other contribution is made by Pablo Andrés Estrada García, who deals with the responsibility for market share in the environmental damage: a solution to the problem of negative environmental externalities? Other contribution is the by Laura Victoria Cárdenas Rojas, Cruz García Lirios and Óscar Coronado Rincón, who address the issue of the environment in Colombia: observations in the post-conflict framework; and we finish this last edition with the research by Paula Andrea Vieira Ceballos who presents a work on the regulatory challenges in biomedical advances: a necessary relationship between medicine, engineering and law in Colombia.

We extend this greeting and thanks to managers, editors, writers and in general to all the people who collaborated with the Summa Iuris Magazine. To all those who during the last six years accompanied this academic project that leaves as a result seven volumes corresponding to thirteen numbers, which have helped in the construction of a just society, framed in the respect of legal institutions, regulatory provisions and the promotion and protection of human rights.

Finally, we point out that, with this volume, we definitively conclude the issuance and publication of Summa Iuris Magazine.

REFERENCES

- ONU. Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.
- ONU. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 1386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959.
- ONU. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 1763 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962.
- ONU. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966

EDITORIAL

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS

*Natalia Barbero**

Forma de citar esta presentación en APA:

Barbero, N. (julio-diciembre, 2019). La responsabilidad internacional de los Estados [Editorial]. *Summa Iuris*, 7(2), pp. 229-232. DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3481>

Los Estados, por solo ser miembros de la Organización de Naciones Unidas —en virtud de las obligaciones derivadas de su Carta—, pero más aún por sus compromisos convencionales, tienen el deber de cumplir con normas internacionales y responder ante la comunidad internacional. En particular, los Estados tienen el deber de respetar y garantizar los derechos humanos previstos en cada tratado, lo cual incluye la obligación de no violación y de prevención, investigación y sanción en caso de incumplimiento. Queda incluido también en este marco el deber de tutela judicial efectiva, y queda prohibido, a su vez, invocar disposiciones de Derecho interno que impidan el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Solo así se da un marco integral a la protección de los derechos humanos.

Por tanto, los Estados no solo no deben violar ni permitir violar los derechos humanos de las personas, sino que además deben activamente impulsar el proceso que va desde la investigación hasta la sanción, reparación y garantía de no repetición en caso de violaciones de derechos humanos. Esto proviene del derecho internacional desde sus diferentes fuentes, pero se consolida en cada tratado suscripto por cada Estado. Es que la responsabilidad estatal aparece prevista de modo general ya en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que en su artículo 26 establece que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. E incluso en su artículo 27 la misma Convención de Viena dispone que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

* Doctora en Derecho (UNED, España), master en Derecho Comparado (USD, EEUU), especialista en Derecho Penal y Abogada (UB, Argentina). Profesora de Derecho Penal Internacional, Derechos Humanos y Justicia Transicional (UBA, Argentina). Contacto: nataliabarbero@derecho.uba.ar

Luego, tanto en tratados generales como en tratados temáticos o especiales, aparecen plasmados los deberes generales y particulares de los Estados respecto de cada uno de tales tratados. Y por aquella norma general, los Estados deben cumplirlos.

Por ejemplo, el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que:

cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto.

Y, según el artículo 2.2. del Pacto, señala que:

cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

En igual sentido, en el ámbito regional interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en su artículo 1: «Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (...).» Y en su artículo 2, agrega:

si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivas tales derechos y libertades.

Así, quedan determinados los deberes básicos de los Estados: el deber de respetar y garantizar los derechos contenidos en los tratados de los cuales el Estado es parte, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno a fin de garantizar tales derechos. En caso de incumplimiento, el Estado tiene responsabilidad internacional.

El deber de respetar los derechos humanos es el fundamento genérico de la protección de los derechos reconocidos por los tratados de derechos humanos¹. Así, la acción u omisión de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad. El ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.

Por su parte, el deber de garantizar los derechos humanos, según la Sentencia Velásquez Rodríguez vs. Honduras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comprende la obligación tripartita de prevenir, investigar y sancionar toda violación de derechos humanos, además de la obligación básica de mantener un orden normativo interno que dé marco a aquellos deberes. El Estado debe organizar:

todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el establecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos (...) La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Se suma a ello una responsabilidad de otro ámbito: aquella que proviene del derecho penal internacional. Aquí, los individuos responsables de las violaciones de derechos humanos que encuadren en los tipos penales previstos por la respectiva normativa penal internacional, hoy el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, serán penalmente responsables en el plano internacional.

¹ Sería aplicable, de todos modos, por el principio general de Derecho, *iura novit curia*, reconocido por la jurisprudencia internacional. Asunto “Lotus”, Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10, pág. 31 y Eur. Court H.R., Handyside Case, Judgment of 7 December 1976, Series A No. 24, párr. 41.

Por tanto, los deberes del Estado que surgen de los tratados de derechos humanos se dan en el ámbito de derecho internacional ante el cual el Estado debe responder; esto no es el ámbito penal. Pero cuando la violación de derechos humanos encuadra en un crimen internacional, cabrá también la responsabilidad penal ante la comunidad internacional de aquel individuo que comete el delito.

Así, la responsabilidad del Estado, que durante años se había mantenido en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, tras una evolución y paso por varios intentos de juicios penales internacionales de distinta índole, hoy llega legítimamente al campo del derecho penal internacional, vigente desde el año 2002 con el Estatuto de Roma vigente y la activación de la jurisdicción y competencia de la Corte Penal Internacional.

Ahora la responsabilidad internacional es mayor, más abarcativa, más protectoria y hace así que los deberes de los Estados sean más efectivos.

REFERENCIAS

- OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969
- ONU. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 1969
- ONU. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 1998
- ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. 1988

EDITORIAL

INTERNATIONAL RESPONSABILITY OF THE STATES

*Natalia Barbero**

The States, just by belonging to the United Nations –because of the obligations derived from the agreement-, but also because of their treaty obligations, have the duty to abide by the international rulings and answer to the international community. Particularly, the States have the “duty to respect and guarantee” the human rights acknowledged in every treaty, which includes the non-violation and prevention, investigation and punishment in case of infringement. This framework also includes the duty to provide effective judiciary protection and at the same time it is forbidden to rule internally in such a way that those obligations cannot be fulfilled. Just in that manner an integral framework for the protection of human rights can be achieved.

Because of this, the States not only must not violate or allow the violation of the Human Rights, but should actively further the process from the investigation to the punishment, reparation and warranty of non-repetition in the cases of violation of Human Rights. This derives from the different sources of International Law, but is consolidated in every individual treaty signed by a State. State responsibility is established in a general line in the Vienna Convention of the law of treaties where article 26 establishes that *“Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”*. The same Vienna Convention rules in article 27 *“A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty (...)”*.

General treaties as well as specific treaties establish then the general and particular duties of the States regarding each and every one of those treaties. By general rule, the States must then abide by them.

* Doctor in Law (UNED, Spain); Master in Comparative Law (USD, USA); Specialist in Criminal Law and Lawyer (UB, Argentina); International Criminal Law, Human Rights and Transitional Law professor (UBA, Argentina).

As an example, article 2.1. of the International Covenant on Civil and Political Rights establishes: *“Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, (...)”*. following this, the article 2.2. rules: *“Where not already provided for by existing legislative or other measures, each State Party to the present Covenant undertakes to take the necessary steps, in accordance with its constitutional processes and with the provisions of the present Covenant, to adopt such laws or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized in the present Covenant”*.

In the same sense, in the regional American scenario, the American Convention of Human Rights estates in article 1 *“The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms (...)”* and in article 2, the ACHR adds: *“Where the exercise of any of the rights or freedoms referred to in Article 1 is not already ensured by legislative or other provisions, the States Parties undertake to adopt, in accordance with their constitutional processes and the provisions of this Convention, such legislative or other measures as may be necessary to give effect to those rights or freedoms”*.

In such a way, the basic duties of the States are determined: the obligation to respect and guarantee the rights provided in the treaties they are a part of and the duty to adopt internal legislation to guarantee such rights. In case of the noncompliance of those obligations the State is internationally liable.

The obligation to respect Human Rights is the generic foundation for the protection of the rights established in the Human Rights treaties¹. This way, the action or omission of any public authority constitutes a liability for the State that can be imputed. Thus, the exercise of public office has limitations derived from the fact that the Human Rights are inherent to the human dignity and consequently superior to the State.

¹ It would be applicable any way, by the general principle of Law, *iura novit curia*, recognized by international jurisprudence. “Lotus” Matter, Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10, par. 31 y Eur. H. R. Court, Handyside Case, Judgment of December 7th 1976, Series A No. 24, par. 41.

On its side, the duty to guarantee Human Rights, according to the Velásquez Rodríguez vs. Honduras² ruling from the Inter-American Court of Human Rights, comprises the trifold obligation to prevent, investigate and punish any Human Right violation added to the basic obligation to keep an internal legislative body to frame those rights. The State must organize *“the governmental apparatus and, in general, all the structures through which public power is exercised, so that they are capable of juridically ensuring the free and full enjoyment of human rights. As a consequence of this obligation, the States must prevent, investigate and punish any violation of the rights recognized by the Convention and, moreover, if possible attempt to restore the right violated and provide compensation as warranted for damages resulting from the violation. The obligation to ensure the free and full exercise of human rights is not fulfilled by the existence of a legal system designed to make it possible to comply with this obligation –it also requires the government to conduct itself so as to effectively ensure the free and full exercise of human rights”*³.

Added to this, there is a responsibility established by international criminal law. In this regard, the individual liable for Human Rights violation fitting the criminal typology provided by the corresponding international criminal legislation, today the Rome Statute of the International Criminal Court, will be considered liable in the international scenario.

Because of that, the duties of the State, arising from the Human Rights treaties, happen in the field of International Law to which the State must answer; not in the criminal field. However, when the Human Rights violation fits an international crime, the person committing the crime will also be criminally liable towards the international community.

Thus, the responsibility of the State, that for years had been kept in the field of International Human Rights Law and the International Humanitarian Law, following the evolution through different attempts at criminally trying internationally in different fields, today fits lawfully the field of Inter-

² International Human Rights Court, Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Ruling July 29th 1988.

³ Previously cited Ruling.

national Criminal Law, executed since 2002 with the current Rome Statute and the activation of the competence and jurisdiction of the International Criminal Court.

Now, international responsibility is higher, wider and more protective, making the duties of the State more effective.

REFERENCES

OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969

ONU. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 1969

ONU. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 1998

ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. 1988

ARTÍCULOS RESULTADO
DE INVESTIGACIÓN

ESTUDIOS JURÍDICOS
Y DE DERECHOS HUMANOS

JUSTICIA TRANSICIONAL EN ECUADOR: LA JUSTICIA MÁS ALLÁ DE LA JUSTICIA

TRANSITIONAL JUSTICE IN ECUADOR: THE JUSTICE BEYOND JUSTICE

*Jeny Vargas Yangua**

Recibido: septiembre 2 de 2019 – **Aprobado:** septiembre 27 de 2019 – **Publicado:** diciembre 16 de 2019

Artículo de revisión¹

Forma de citar este artículo en APA:

Vargas Yangua, J. (julio-diciembre, 2019). Justicia transicional en Ecuador: la justicia más allá de la justicia. *Summa Iuris*, 7(2), pp. 238-268. DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3482>

Resumen

Este texto presenta una reflexión del proceso de justicia transicional que emprendió Ecuador desde el año 2007 con la creación de la Comisión de la Verdad, desde una mirada académica en sintonía con las acciones encaminadas a reivindicar el derecho a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas documentadas en el informe realizado por esta comisión “Sin Verdad no hay Justicia”.

Palabras clave

Reparación integral; Violaciones; Derechos humanos; Justicia transicional; Ecuador.

Abstract

This text presents a reflection of the transitional justice process that Ecuador undertook since 2007 with the creation of the Truth Commission, from an academic perspective in line with the actions aimed at claiming the right to truth, justice and reparation of the victims documented in the report made by this commission “Without Truth there is no Justice”.

Keywords:

Integral repair; Violations; Human rights; Transitional justice; Ecuador.

¹ Investigación elaborada en el marco del proyecto de investigación: Justicia transicional en el Ecuador de la Comisión de la Verdad del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador.

* Magister en Relaciones Internacionales con mención en Seguridad y Derechos Humanos. Abogada especialista superior en Derechos Humanos y Delitos de Lesa Humanidad. Experta en la Corte Constitucional de Ecuador en reparación integral a víctimas. Ha sido asesora en litigio penal estratégico en casos de graves violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad en la Fiscalía General del Estado de Ecuador. Directora de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador e investigadora en la Comisión de la Verdad Ecuador. Ha trabajado con víctimas de violaciones de derechos humanos y ha participado como ponente en varios congresos internacionales sobre derechos humanos. Contacto: diegofpv@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Después de la Segunda Guerra Mundial, la doctrina de los derechos humanos se afianzó en la comunidad internacional que puso entre sus prioridades el fortalecimiento de la relación de “derechos humanos y dignidad humana como respuesta al genocidio cometido por el régimen nazi y las masacres de la Segunda Guerra Mundial” (Habermas, 2010, p. 107).

Bajo esta misma lógica se articularon los regímenes internacionales de protección de los derechos humanos que, a su vez, incidieron en los procesos de justicia transicional. En efecto, la base jurídica de este tipo de justicia emanó de la jurisprudencia de los organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y de los instrumentos legales con alcance global producidos para regular el comportamiento de los Estados frente a las violaciones de derechos humanos.

El fortalecimiento de las obligaciones legales internacionales de los Estados y el creciente consenso normativo sobre la protección de los derechos humanos, según el cual los crímenes e ilícitos internacionales deben judicializarse, han hecho que se ponga énfasis en cómo enfrentarlos. La herramienta para ello es la Justicia transicional que permite a las sociedades superar legados históricos de violencia, rescatando la verdad, promoviendo procesos de justicia e implementando la reparación integral para las víctimas.

Existen en el mundo varios modelos de justicia transicional que han puesto en práctica importantes políticas que contribuyen decisivamente a la transición hacia el Estado de derechos y justicia, lo cual brinda la oportunidad de generar conocimiento sobre cómo enfrentar atrocidades con el objeto de prevenirlas.

Ecuador es un caso particular de la región que ha logrado activar un modelo de justicia transicional desde la reivindicación del derecho a la verdad de las víctimas que fueron vulneradas principalmente por un gobierno elegido democráticamente, pero que instauró una política generalizada y sistemática de represión.

JUSTICIA TRANSICIONAL: LA JUSTICIA MÁS ALLÁ DE LA JUSTICIA

Los cambios políticos han sido estudiados por la transitología², disciplina que ha servido para comprender los procesos dialécticos más profundos de todas las sociedades. En consecuencia, los procesos de transición han tenido un enfoque estratégico del cambio político, que se presenta en varias modalidades: a) transiciones simples, de régimen no democrático a régimen democrático o de una situación de conflicto armado a la paz, y b) transiciones dobles, cuando se dan ambos procesos simultáneamente. En ese sentido, la transitología se convirtió

en un importante objeto de estudio en las ciencias sociales (...) interesa destacar la dificultad para generalizar este tipo de experiencias, en vista de que no hay un modelo unidireccional de realizar la transición. Todo depende del desde qué y del hacia qué se transite (Przeworski, 2001, p. 215).

A lo largo del tiempo, el concepto de justicia transicional se ha ampliado y ha desarrollado aspectos fundamentales; ha pasado de ser una mera aspiración para convertirse en un conjunto de preceptos legales vinculantes a los Estados sostenidos en el derecho internacional público, el derecho penal internacional, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario, las relaciones internacionales, etc., pero, sobre todo, de los regímenes internacionales de derechos humanos, que han desarrollado estándares universales y regionales relativos a las obligaciones de los Estados para enfrentar violaciones de derechos humanos y remover obstáculos en la judicialización de dichas causas.

Otro de los alcances de la justicia transicional es que permite el fortalecimiento de la democracia, luego de determinar el legado de violaciones de derechos humanos, que han dejado gobiernos de facto o autoritarios, de tal manera que construye políticas internacionales de paz, lo que requiere de la constante intervención de actores nacionales e internacionales.

² Este término tiene que ver con los estudios de los procesos de democratización. Específicamente, no sobre cómo mantenerlos, sino, sobre todo, cómo llegar a ellos en contextos de totalitarismo.

La justicia transicional tuvo un gran impulso a principios de 1990 cuando se puso fin a la Guerra Fría y varios países de América Latina iniciaron su transición a la democracia. Históricamente, estas transiciones se llevaron a cabo durante un período de garantía internacional sobre derechos humanos, un ejemplo y antecedente son los juicios de Núremberg y Tokio, los cuales juzgaron crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Cada sociedad considerada en transición tiene que enfrentar aspectos históricos, políticos, económicos y sociales particulares que requieren medidas especiales para afrontar su pasado.

El desarrollo del régimen universal de derechos humanos mediante la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU) ha impulsado la institucionalización de la justicia transicional. La ONU desde el año 2004, cuando el Secretario General presentó un informe al Consejo de Seguridad titulado “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, generó un consenso importante respecto al tema. En su parte principal el informe refiere que el objetivo de este tipo de justicia “no es crear mecanismos internacionales que sustituyan a las estructuras nacionales, sino ayudar a formar capacidad nacional en el ámbito de la justicia” (U.N. Informe S/2004/616)³.

Por lo tanto, la justicia transicional se puede definir como un conjunto de mecanismos que pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional, así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos (U.N. Informe S/2004/616).

Según Elster (2006), se debe aplicar a los perpetradores, además de las condenas, “la imposición de multas, la prohibición de desempeñar cargos públicos, la pérdida de derechos civiles y políticos, y el exilio” (p. 38). Ciertamente, son todos los esfuerzos de las democracias para lograr la reivindicación de los abusos del pasado a través de políticas públicas.

³ <https://undocs.org/es/S/2004/616>

Estos esfuerzos varían de acuerdo con los países y, por lo general, la adopción y la implementación exitosa de estas políticas requieren de tiempo y dependen en gran medida de la voluntad política. Pablo De Greiff, relator de las Naciones Unidas sobre verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, refiere que la Justicia transicional “no es una forma blanda de justicia (por el contrario) es una estrategia para lograr que la justicia corrija violaciones masivas de derechos humanos en tiempos de transición; no es un nombre para una forma de justicia distinta” (De Greiff, 2006, p. 200).

Como parte de la evolución del concepto de justicia transicional, Ambos (2010) refiere un marco de aplicación más sofisticado que no se limita a situaciones pos conflictuales y/o de cambio de régimen particular a la transición de la dictadura a la democracia, sino que también abarca situaciones de procesos de paz dentro de un conflicto en curso y/o de una democracia formal (p. 27).

En efecto, el concepto es innovador y su éxito depende de la calidad de las reformas políticas logradas para la reconstrucción y consolidación de la democracia.

En todo caso, queda claro que la visión que compone esta justicia supera la forma de justicia ordinaria, no se centra exclusivamente en el tema penal, aunque este tiene un papel importante, debido a que combina varios mecanismos encaminados a reparar los daños ocasionados a las víctimas de violaciones de derechos humanos, a través del rescate de la memoria y la reivindicación social. Según Paul Van Zyl (2008), ex vicepresidente del Centro Internacional para la Justicia Transicional, tiene como objeto “revelar la verdad acerca de crímenes pasados, brindar reparaciones a las víctimas, reformar las instituciones abusivas y promover la reconciliación” (p. 18).

En 1997, el Relator Especial sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Louis Joinet, estableció un conjunto de nociones en relación con el derecho de las víctimas: a) El derecho a saber de la víctima; b) El derecho de la víctima a la justicia, y c) El derecho a la reparación de la víctima.

Con este trabajo, la comunidad internacional contó con una estructura sólida de principios que fueron complementados posteriormente en el año 2007, cuando se dictaron unas directrices básicas para el diseño y aplicación de políticas sobre justicia transición, denominadas “Principios de Chicago sobre Justicia Transicional.”

Estos principios establecen que para combatir las atrocidades del pasado se requiere de la construcción de una sociedad democrática, que responda a un compromiso serio respecto a las demandas de las víctimas y a un compromiso con la verdad, la justicia y la reconciliación.

Finalmente, los procesos de justicia transicional buscan una transformación del orden social y político de un país, con el propósito de reemplazar un estado de guerra civil por un orden social pacífico, y/o para pasar de una dictadura a un orden político democrático, o de un gobierno sociopolíticamente violento a un Estado de derechos y justicia, como es el caso de Ecuador.

EJES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

VERDAD

El primer paso para emprender el proceso de transición hacia la reconciliación es la construcción de la verdad pública y el rescate de la memoria histórica sobre los hechos traumáticos del pasado. La búsqueda de la verdad es una de las acciones con mayor trascendencia reivindicativa que implica el reconocimiento de la existencia de hechos violatorios de derechos humanos sucedidos en un período de tiempo.

Para las víctimas de violaciones de derechos humanos y sus familiares, el reconocimiento de la verdad es una de las principales motivaciones de su lucha. Como señala Berger (1986), para mucha gente “el sólo hecho de darle nombre a lo intolerable constituye en sí mismo una esperanza, ya que cuando se dice que algo es intolerable, resulta inevitable la acción” (p. 52).

El derecho a la verdad tiene estándares universales y regionales desarrollados por los regímenes internacionales de derechos humanos que se vinculan a las garantías judiciales y guardan estrecha relación con el derecho de acceso a la información. Tiene una doble dimensión, por un lado, reivindicar el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad sobre las violaciones de derechos humanos; y por otro, el derecho a saber quiénes fueron los victimarios y las causas que originaron tales violaciones.

El derecho a la verdad en sociedades en transición plantea la necesidad de conocer el pasado dando “voz a las víctimas cuya experiencia había sido silenciada o manipulada y para que la sociedad entera, reconociera lo que había sucedido” (Beristain, 2008, p. 329). Por lo tanto, el derecho a la verdad es aplicable a todas las violaciones de derechos humanos.

Por ello, el Estado tiene la obligación de preservar toda la evidencia documental que sirva para la conmemoración y el uso de la memoria, así como de procurar y garantizar el acceso adecuado y eficaz a los archivos y fondos documentales que contengan información relevante sobre este tipo de casos.

En efecto, el derecho a la verdad se constituye en un estándar internacional que busca poner fin a la impunidad, entendida como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”⁴ que atenta contra el goce efectivo de los derechos de las víctimas. Por ser parte de las garantías de justicia, también se constituye en una forma de reparación en casos de violaciones de derechos humanos.

Como parte del derecho a saber que tienen las víctimas, esta labor en el marco de la justicia transicional se encarga oficialmente a las Comisiones de la Verdad que tienen como objetivo “llevar adelante una investiga-

⁴ Véase, inter alia, Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 186; Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 123; Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 211. Véase también: ONU, Comisión de Derechos Humanos, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

ción veraz sobre los hechos y un reconocimiento a las víctimas, proponiendo también formas de reparación o de prevención de las atrocidades en el futuro” (Beristain, 2008, p. 329).

Según Teitel (2003), las Comisiones de la Verdad,

se encuentran dirigidas a establecer un nuevo orden moral y político. Si miran hacia el pasado lo hacen precisamente como proyectos de fundación histórica; tratan con el pasado no en cuanto tal, sino con el objeto de despejar el camino para un nuevo comienzo (p. 11).

Se puede decir que la verdad es una “norma consuetudinaria emergente y un principio general del derecho” (Naqvi, 2006, p. 267). Por ello, los organismos más representativos del régimen interamericano de derechos humanos, es decir, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte IDH han destacado la importancia que tienen las Comisiones de la Verdad por ser mecanismos no judiciales orientados al esclarecimiento de masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos. Ambos organismos han validado sus resoluciones y pronunciamientos de los casos y peticiones con los informes finales de las Comisiones de la Verdad.

Particularmente, la CIDH ha destacado en reiteradas oportunidades su apoyo a iniciativas que buscan investigar y esclarecer situaciones de violaciones sistemáticas de derechos humanos. En ese sentido, ha celebrado la conformación de Comisiones de la Verdad en la región y su importancia para la garantía del derecho a la verdad tanto en su dimensión individual como colectiva.

JUSTICIA

La justicia establece conexiones en todos los aspectos de la vida, conlleva la responsabilidad de la protección y restitución de derechos, y la prevención y castigo de las infracciones. En este caso, como parte de la Justicia Transicional, hay que enfocarnos en la importancia de la justicia penal que

“en tiempos de transición consiste en proporcionar a las víctimas, directa e indirectamente afectadas por los crímenes, un cierto nivel de justicia” (Seils, 2009, p. 21).

El Estado tiene la obligación internacional de perseguir judicialmente las violaciones de los derechos humanos, lo cual ha quedado establecido en la jurisprudencia de organismos internacionales como la CIDH, la Corte IDH y la Corte Europea de Derechos Humanos. Además, sobre este punto, es relevante la contribución de los tribunales ad hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda.

Los órganos del régimen interamericano de derechos humanos han establecido que las garantías judiciales de protección requieren la investigación y esclarecimiento judicial de las violaciones de derechos humanos y la superación de los obstáculos legales o de facto que impiden la judicialización. En ese contexto, algunos países de la región han dado pasos importantes en materia penal respecto a los casos de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional de los derechos humanos.

El inicio o reapertura de actuaciones judiciales, en gran medida, ha sido consecuencia de las decisiones y pronunciamientos de los órganos del régimen interamericano de derechos humanos mediante soluciones amistosas, informes de países o decisiones de casos de la CIDH y sentencias de la Corte IDH.

En este sentido, la justicia penal tiene facultades de actuación de oficio de investigación y poder superior para indagar y documentar; es por ello que enjuiciar a los perpetradores entraña un deseo social de retribución y reafirma notoriamente el compromiso de lucha contra la impunidad que, además, permite restablecer en cierta medida la confianza entre las víctimas y el Estado, y reducir el sentimiento de desprotección y marginación del sistema judicial. Es el único mecanismo de la justicia transicional definido por vía legal, “los procesos criminales deben estar sujetos a las normas relativas a los procedimientos penal y probatorio” (Seils, 2001, p. 33); los otros mecanismos son ad hoc por naturaleza.

Los enjuiciamientos pueden ser útiles para evitar futuros crímenes, evidenciar un nuevo conjunto de normas de *ius cogens* obligatorias para los sistemas legales domésticos e iniciar procesos de reformas institucionales; la Justicia transicional abarca la justicia restaurativa. Es decir, la justicia actúa como un elemento restaurador entre los actos violentos y la necesidad de la sociedad y de las víctimas por sancionar a los victimarios; es una idea de responsabilidad en la protección y reivindicación de los derechos.

El papel que juega el sistema de justicia es fortalecer el resto de acciones de reparación integral porque supone una base legítima del reconocimiento de las violaciones de derechos humanos. Para la Organización de Naciones Unidas, la justicia es “un ideal de responsabilidad y equidad en la protección y reclamación de los derechos y la prevención y el castigo de las infracciones, que impone tener en cuenta además los derechos de las víctimas, del acusado y de la sociedad” (U. N. Informe S/2004/616).

La comunidad internacional ha venido colaborando durante más de medio siglo para estructurar en forma colectiva los requisitos sustantivos y procesales de la administración de justicia. En este sentido, el instrumento que reviste mayor importancia sin duda es el Estatuto de Roma la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI), creado en Roma en 1998 por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. El ECPI es fuente principal del Derecho Penal Internacional que cristaliza y codifica el derecho consuetudinario.

De este modo, el ECPI establece el elemento base de la justicia, que es el deber jurídico de perseguir a los criminales internacionales. En el marco del Estatuto se incorpora una relación de subsidiaridad de la Corte respecto a los ordenamientos jurídicos nacionales, es decir que la Corte tiene un carácter complementario cuando el Estado es incapaz de promover una investigación imparcial o no está en capacidad de judicializar las violaciones a derechos humanos o, en su defecto, cuando no quiere hacerlo.

El ECPI recoge en su articulado (artículos 22 a 33) los principios generales del derecho penal internacional aplicables para todos aquellos crímenes de competencia de la Corte Penal, que además sirven para interpretar en derecho las normas internas tomando en cuenta el contexto internacional de la norma y su vinculación con el derecho consuetudinario.

REPARACIÓN

Es el tercer mecanismo de la justicia transicional que tiene como finalidad promover la justicia, remediando, en lo posible, las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos. Conforme a las obligaciones jurídicas internacionales, los Estados deben reparar a las víctimas integralmente y responder a la necesidad particular de cada una de ellas, tomando en cuenta que, como consecuencia de la violación a sus derechos, pueden estar en situaciones de marginación o desprotección, por lo que se requiere de decisiones políticas y de la implementación de políticas públicas para responder a las secuelas de la violencia.

La ONU ha establecido metódicamente el deber que tienen los Estados de reparar a las víctimas en un documento titulado “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (en adelante PDBDV) que señala, entre otras cuestiones de interés, cómo deber ser el tratamiento a las víctimas y qué deben incluir los programas de reparación:

las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma (UN. Res. 60/147, 2005).

La reparación es un tema trascendental que consta de las normas, principios, reglas y procedimientos establecidos por los regímenes internacionales de protección de los derechos humanos. De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, existen diversas formas de reparación que incluyen:

a. Medidas de restitución. Siempre que sea posible, la primera medida a ser ordenada debe ser el restablecimiento de la situación anterior a la violación de derechos humanos⁵. Esta medida consiste en el goce de derechos y reintegración de la dignidad de la víctima.

De acuerdo con los PDBDV, esta medida comprende el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo o la devolución de sus bienes, etc.

b. Medidas de rehabilitación. Estas medidas se centran en las afecciones físicas y psicológicas que se han causado a la víctima. Involucran, por ejemplo, la provisión gratuita de tratamientos médicos y psicológicos, para la cual debe existir consentimiento previo e informado por parte de la víctima⁶.

Con miras a reparar los daños producidos en virtud de la violación de derechos, el Estado debe brindar de forma gratuita el tratamiento considerando las circunstancias y necesidades especiales de cada persona.

En el caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, la Corte IDH indicó que el Estado debía brindar gratuitamente, a través de las instituciones de salud públicas, tratamiento psicológico y psiquiátrico a las víctimas, por cuanto fueron sujetos de tortura por parte de fuerzas policiales.

⁵ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución No. 60/147 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, Principio 19.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Sentencia de 27 de febrero de 2012 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 293.

c. Medidas de satisfacción: Estas medidas buscan reintegrar y conmemorar la dignidad o la memoria de las víctimas. Algunas de estas medidas incluyen⁷:

- a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones;
- b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;
- c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad;
- d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;
- e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;
- f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;
- g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas. (Resolución No. 60/147 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, Principio 22).

Una acción típica correspondiente a este tipo de medidas es la publicación y difusión de sentencias, la cual constituye un mensaje de reprobación oficial de las violaciones de derechos humanos. Por ejemplo, en el caso *Vásquez Durand vs. Ecuador*, la Corte IDH ordenó a Ecuador la

⁷ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

publicación de la sentencia y el resumen oficial en un diario de circulación nacional y en la página web del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos (en adelante MJDHC)⁸.

Otra acción que cobra vital importancia en las medidas de satisfacción es la conmemoración de las víctimas. Entonces, se puede ordenar que se construyan monumentos, museos o que se coloque el nombre de las víctimas en lugares simbólicos ya existentes, así como también la realización de una publicación o de un documental sobre la preservación de la memoria de la víctima⁹.

Adicionalmente a estas medidas, se considera que el acceso a la educación, como una medida de satisfacción, busca promover un sentido de reparación transformadora. En otras palabras, se tiene como fin alcanzar un cambio en las circunstancias que dieron origen a las violaciones, o que generen nuevas oportunidades que contribuyan al cambio en la vida de las víctimas (Beristáin, Carlos 2008, p. 344).

d. Medidas de no repetición. Estas medidas tienen el objetivo de evitar que la violación se vuelva a producir. De esta manera, se previene que hechos similares se repitan.

De acuerdo con los PBDV, las medidas de no repetición son las siguientes:

- a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;
- b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;
- c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vásquez Durand y Otros vs. Ecuador. Sentencia de 15 de febrero de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 212.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Sentencia de 26 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 226.

- d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;
- e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;
- f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;
- g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales;
- h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan. (Resolución No. 60/147 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005).

Estas medidas exigen reformas legales, administrativas, sociales, etc., para prevenir el cometimiento de violaciones de derechos.

Una forma de alcanzar cambios estructurales es capacitar y educar en materia de derechos humanos a los funcionarios. Al respecto, en el caso *Tibi vs. Ecuador*, se ordenó que el Estado debía establecer un programa de formación y capacitación con el objetivo de sensibilizar a la policía nacional, a la fiscalía, al personal penitenciario, a los médicos y a los psicólogos que presten sus servicios en centros de privación de libertad sobre los derechos de las personas privadas de la libertad¹⁰.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Tibi vs. Ecuador*. Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 263 y 264.

También se puede ordenar la adopción de medidas legislativas o de otra índole que permitan el ejercicio eficaz de derechos. En el caso *Sarayaku*, la Corte IDH ordenó que el Estado debe adoptar medidas legislativas o administrativas que permitan hacer efectivo el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas¹¹.

e. Investigar, juzgar y sancionar. El principio 22 de los PDBDV establece como medida de satisfacción la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones. Sin embargo, en el sistema interamericano de derechos humanos se ha dado una especial importancia a esta medida, y ha sido ordenada de manera autónoma. Entonces, el cometimiento de una violación de derechos amerita ordenar una investigación bajo los estándares de debida diligencia.

La investigación debe procurar la captura y enjuiciamiento de los responsables, especialmente cuando hayan estado involucrados agentes estatales¹². Además, se deben determinar los patrones de actuación conjunta y todas las formas de participación en las violaciones, ello con el fin de develar las estructuras de poder que participaron o permitieron las violaciones¹³.

f. Medidas de indemnización. La indemnización compensatoria se encuentra establecida expresamente en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho artículo faculta a la Corte IDH para fijar el monto de una justa indemnización a la parte lesionada.

La indemnización debe ser concedida de forma proporcional a la gravedad de la violación por todos los perjuicios que sean consecuencia de la violación de derechos, como son las siguientes:

- a) El daño físico o mental;
- b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones), párr. 301.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 143.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Sentencia de 26 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 119.

- c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
- d) Los perjuicios morales;
- e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales¹⁴.

La indemnización compensatoria debe incluir la valoración de los daños materiales —que comprenda el daño emergente y el lucro cesante—, así como de los inmateriales, como el daño psicológico. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que estas sean consideradas como una doble reparación. En consecuencia, la indemnización puede compensar daños que ya han sido reparados a través de otras medidas.

Como concepto adicional al lucro cesante, la Corte IDH ha establecido como categoría autónoma el daño al proyecto de vida. Esta Corte ha establecido que se debe atender la realización integral de la persona afectada considerando su vocación, circunstancias y aspiraciones “que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”¹⁵.

El daño al proyecto de vida debe ser entendido como una expectativa razonable, que implica la pérdida o el menoscabo de oportunidades de desarrollo personal. De esta forma, la existencia de una persona se ve afectada por factores externos a ella.

Así, los programas de reparación tienen una serie de variables para las distintas categorías de víctimas que van desde “gestos puramente simbólicos, hasta aquellos que también tienen un importante contenido de reconocimiento pero que se definen predominantemente por su carácter material” (Correa, Guillerot 2008, p. 346).

Según Minow (2011), la fórmula para establecer las reparaciones debe siempre combinar medidas materiales y simbólicas de reparación, con el fin de que las compensaciones monetarias no sean percibidas como poco

¹⁴ PDBDV. Resolución No. 60/147 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, Principio 20.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas), párr. 147.

auténticas ante la ausencia de disculpas, y que el reconocimiento formal del daño no sea considerado como una reparación barata ante la ausencia de un pago compensatorio (pp. 28-29).

MODELO DE JUSTICIA TRANSICIONAL ECUATORIANO

En Ecuador, durante los años 1984-1988, se instauraron y radicalizaron instancias de seguridad represivas que, ancladas en una teoría de aseguramiento de la democracia, fueron responsables de administrar y montar un programa específico con una agenda particular para enfrentar al “enemigo interno” en la figura de los comunistas y partidarios de izquierda. En esta época, como resultado del involucramiento de las Fuerzas Armadas en el tema de seguridad interna del país, y del incremento de las tareas de inteligencia por parte de las fuerzas de seguridad policial y militar, se crearon estructuras represivas para sostener una democracia dentro de un estado autoritario.

En consecuencia, los agentes encargados de reprimir y eliminar la subversión del país operaron bajo una mayor discrecionalidad, e inclusive, en la clandestinidad. De ahí que la desaparición forzada, la tortura sistemática, las ejecuciones extrajudiciales y el confinamiento sin juicio ni orden judicial fueron el resultado de dichas acciones.

Esta maquinaria represiva sistemática estuvo constituida por oficiales y tropas del Ejército y de la Policía Nacional pertenecientes a las unidades especiales de ambos cuerpos, quienes tenían relación con sus pares en otros países.

Justamente, desde el mismo momento de la ascensión de Febres Cordero a la presidencia, las instancias de seguridad represivas se pusieron en marcha identificando a los enemigos y clasificándolos por el grado de peligrosidad. La primera evaluación que se hizo a partir de este estándar es que los más peligrosos eran los grupos subversivos vistos como enemigos políticos que debían ser liquidados. Principalmente se persiguió a miembros de la agrupación Alfaro Vive Carajo (AVC) y Montoneras Patria

Libre (MPL), sin embargo, la represión era generalizada contra la población civil que no compartía los ideales políticos del Gobierno o que se oponía a las prerrogativas de poder de los altos funcionarios estatales.

Por lo tanto, la represión durante estos años es una expresión de desmesura, al punto de ser considerada como un ataque a sectores desprotegidos de la sociedad civil, lo que configura la existencia de crímenes de lesa humanidad en Ecuador. El autoritarismo, expresado a través de la represión, más que consolidar la democracia en función de la cual supuestamente actuó, terminó vulnerándola y, en los períodos presidenciales siguientes, las estructuras represivas continuaron funcionando, aunque ya no como política de Estado, lo que dio lugar a las graves violaciones de derechos humanos, que son ilícitos de carácter internacional imprescriptibles respecto a las cuales el Estado tiene la obligación de investigar.

En efecto, en Ecuador han sucedido varios casos de violaciones de derechos humanos imputables al Estado, principalmente durante los años 1984-1988, que fueron observados por organismos internacionales que instaron al Estado a proteger los derechos de las víctimas asegurando su derecho a la verdad y la reparación, así como el deber de investigar dichas violaciones. La Corte IDH, en el informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador del año 1997, en el capítulo IV sobre el derecho a la vida, estableció que “los procesos internos que el Estado debe aplicar en respuesta a las presuntas violaciones de los derechos fundamentales eran ineficaces o inexistentes”

Por lo tanto, estas recomendaciones son un llamamiento oficial internacional para articular en el interior del Estado un proceso de Justicia Transicional, que en otros países del cono sur ya se había iniciado. Así mismo, la ONU, a través de un informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias del año 1994, estableció que en Ecuador la “mayoría de los casos de desaparición denunciados ocurrieron entre 1985 y 1992, y afectaron a personas supuestamente detenidas por miembros de los Servicios de Investigación Criminal de la Policía Nacional”.

Ciertamente, la Policía Nacional es la institución que registra más casos de violaciones de derechos humanos, dado que al interior de esta se creó una unidad clandestina que actuó al margen de la ley. Lo propio sucedió en las Fuerzas Armadas donde también, durante el gobierno de León Febres Cordero, y con base en los Planes de Seguridad Nacional elaborados por el Consejo de Seguridad Nacional, se perpetraron ataques contra la población civil.

PRIMER MECANISMO DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN ECUADOR: COMISIÓN DE LA VERDAD

El 18 de mayo de 2007 se creó la Comisión de la Verdad Ecuador (en adelante CVE) conforme al artículo 1 del Decreto Ejecutivo N° 305, publicado en el Registro Oficial N° 87, con el propósito de “investigar y esclarecer e impedir la impunidad respecto de los hechos violentos y violatorios de los derechos humanos, ocurridos entre 1984 y 1988 y otros períodos.” Aunque inició oficialmente sus funciones el 14 de enero de 2008.

La CVE se creó por la demanda de las víctimas y sus familiares, que venían exigiendo al Estado ecuatoriano una satisfacción adecuada de sus derechos a la verdad, justicia y reparación. Como ya se estableció anteriormente, Ecuador no ha estado exento de violaciones de derechos humanos perpetrados por agentes del Estado y representa un caso particular, dado que el principal período de estudio en el cual se establece la perpetración de crímenes de lesa humanidad es el gobierno democráticamente elegido de León Febres Cordero.

En efecto, la creación de la CVE es el hito inicial del proceso de justicia transicional en Ecuador, y estuvo inicialmente asesorada por el International Center of Transitional Justice (ICTJ). De igual manera, tomó muy en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional de Ruanda, así como también de la CIDH y la Corte IDH.

La CVE tomó en cuenta principios como los desarrollados por el Relator de Naciones Unidas, M. Joinet, y lo establecido en los Principios de Chicago sobre justicia transicional, así como también las normas, reglas y procedimientos desarrollados en torno a la protección de derechos humanos por los regímenes internacionales, lo que para Anaya (2010) crea “estructuras tendientes a regular el comportamiento de los Estados” (p. 46).

RESULTADOS DEL INFORME “SIN VERDAD NO HAY JUSTICIA”

La CVE abrió el camino hacia la transición para la judicialización de crímenes de lesa humanidad y graves violaciones de derechos humanos. Además, es la primera política de reparación que le dio contenido al derecho a la verdad.

En su informe estableció como parte de sus conclusiones que el dolor, el miedo y el sufrimiento de las víctimas y sus familias deben ser consideradas como parte de la historia del país, escuchadas por toda la sociedad y tenidas en cuenta en las políticas de reparación y reconstrucción de las relaciones sociales fracturadas por la violencia (CVE, año, p. 433).

Entre 1984 y 2008, la CVE registró 119 casos, con un total de 456 víctimas en los seis tipos de violaciones de los derechos humanos: 269 víctimas de privación ilegal de la libertad, 365 de tortura, 86 de violencia sexual, 17 de desaparición forzada, 68 de ejecución extrajudicial y 26 de atentado contra la vida.

Una víctima pudo haber sufrido más de una de las violaciones mencionadas, por lo que el número de violaciones aumentó a 831. Se conoce que el 18% del total de las víctimas sufrió violencia sexual, “tanto en el período 1984-1988 como entre 1989-2008 la violencia sexual fue una práctica de tortura especialmente en contextos de detenciones arbitrarias” (CVE, año, p. 434).

Así mismo, el informe reveló que durante los años de presidencia de León Febres Cordero se aplicaron “estrategias de guerra psicológica y se manipuló la información del Estado en beneficio de sus intereses” (CVE, año, p. 434). Fue sistemático el manejo de seudónimos por parte de los agentes para asegurarse el anonimato, y el uso de centros de detención y tortura clandestinos al interior de dependencias policiales o militares.

Con todo esto, se puede concluir que por los patrones de generalidad y sistematicidad de los ataques en contra de grupos de población civil, con conocimiento de contexto y alcance de las conductas en las que incurrieron sus perpetradores se cometieron delitos de Lesa Humanidad durante el gobierno de León Febres Cordero (CVE, año, p. 434).

Es decir que cumple con los elementos de un crimen internacional determinados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Y los casos sucedidos luego del año 1988 son constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos. Por lo tanto, se deja sentado que es obligación de la Fiscalía General del Estado investigar esos hechos y lograr que se sancione a los responsables.

Además, el informe destacó “155 recomendaciones agrupadas en cinco grandes materias: medidas de satisfacción, medidas de restitución, medidas de rehabilitación, indemnización y garantías de no repetición, con miras a que este tipo de violaciones no vuelvan a ocurrir” (CVE, año, p. 22). Entre las principales recomendaciones consta:

- Ofrecer a las víctimas y a la sociedad ecuatoriana una declaración por parte del Estado ecuatoriano en cabeza del Presidente de la República acompañado de sus ministros de Defensa y Gobierno, y de los Comandantes de las Fuerzas Armadas y la Policía, que incluya el reconocimiento de los hechos y acepte la responsabilidad del Estado.
- Requerir al Ministerio de Gobierno y al Ministerio de Defensa que clausuren y dismantelen todos los sitios que fueron utilizados como centros de privación ilegal de la libertad y de torturas de manera que nunca más puedan ser utilizados para estos fines y que sean declarados como espacios de memoria.

- Requerir a los Ministerios de Cultura y, Justicia y Derechos Humanos para que administren los diferentes espacios de memoria, los haga públicos y los articulen con la política nacional de memoria social.
- Crear un “Archivo de la memoria de las violaciones de derechos humanos en el Ecuador”, que tenga como punto de partida el conjunto de documentos oficiales desclasificados y otros medios de prueba en poder de la Comisión de la Verdad.
- Solicitar al Fiscal General que designe una unidad especializada en derechos humanos, para que impulse la investigación de los casos de violaciones de derechos humanos contenidos en el presente informe.
- En aras de garantizar el derecho de las víctimas a una reparación efectiva, pronta y adecuada se recomienda establecer un programa de reparaciones administrativas, que opere en instancias y por vías gubernamentales, y que se encargue de la ejecución de medidas de reparación recomendadas por la Comisión de la Verdad, incluyendo las medidas de restitución, indemnización, satisfacción y garantías de no repetición.

Estas recomendaciones establecen abiertamente las responsabilidades del Estado para procurar la reconciliación nacional, sugieren reestructurar las instituciones de seguridad, empoderar al poder judicial para que condene a los responsables, y establecer la reparación integral de las víctimas con el diseño de políticas que promuevan el cambio social y el rescate de la memoria.

SEGUNDO MECANISMO DE JUSTICIA TRANSICIONAL: JUDICIALIZACIÓN DE LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

En Ecuador, luego de la entrega del informe final de la CVE, la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) recibió los expedientes de los casos para iniciar la investigación penal. Para ello, conformó en el año 2012 la Dirección de la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos (en adelante DCVDH).

Actualmente, en Ecuador se está a la espera de que se instalen audiencias de juicio por crímenes de lesa humanidad y graves violaciones a derechos humanos.

La DCVDH tiene a su cargo 143 casos, de los cuales 136 corresponden a los casos denunciados por el informe de la CVE, y los otros son casos paradigmáticos, como el asesinato del presidente Jaime Roldós Aguilera y la masacre de los obreros de Aztra, entre otros.

Desde el año 2012 hasta lo que va del 2019, se han judicializado 12 casos: 4 como crímenes de lesa humanidad y 8 como graves violaciones de derechos humanos. Estas figuras jurídicas son las que se relacionan con los hechos sucedidos en Ecuador desde el año 1984 hasta el 2008.

La pregunta que surge es ¿por qué no avanza la judicialización de los casos? Varios factores han influido, desde el cambio continuo de fiscales hasta cuestiones graves como que la Corte Nacional de Justicia tenga una agenda que excluye de la justicia a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

En varias ocasiones los jueces que llevan las causas han preferido diferir las decisiones para no enfrentarse a los poderes fácticos de los organismos de seguridad del Estado y de las élites políticas que han sido señaladas como presuntos responsables de las violaciones de los derechos humanos.

REPARACIÓN

En el año 2010, la CVE en su informe final recomendó establecer un programa de reparaciones administrativas, que opere en instancias y por vías gubernamentales, y que se encargue de la ejecución de medidas de reparación recomendadas por la CVE, incluyendo las medidas de restitución, indemnización, satisfacción y garantías de no repetición.

Esto dado que el propósito de un programa de reparación es restablecer, en lo posible, las circunstancias como hubieran sido de no haberse cometido la violación a los derechos humanos.

El mecanismo de reparación dentro del proceso de Justicia transicional ecuatoriano empezó con la misma entrega del Informe de la CVE y el pedido de perdón a las víctimas durante la entrega del Informe.

Tres años después, el 1 de octubre de 2013, se debatió en la Asamblea Nacional la Ley para la reparación de las Víctimas y la Judicialización de Graves Violaciones de Derechos Humanos y Delitos de Lesa Humanidad ocurridos en Ecuador entre el 4 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 2008 (en adelante Ley para la Reparación). Y, finalmente, el 13 de diciembre de 2013 se expidió la Ley.

Esta ley resalta que las víctimas sufrieron vulneraciones injustificables contra su vida, libertad, integridad y dignidad por lo que debe garantizarse a ellas y la sociedad ecuatoriana, sin dilaciones, el derecho al conocimiento de la verdad de los hechos, a la justicia, la reparación y la no repetición de los hechos ocurridos.

Para ello, se delegaron competencias a distintas entidades públicas. A la Defensoría del Pueblo, la creación del Programa de Reparación por vía administrativa; al MJDHC, realizar los acuerdos reparatorios e indemnizatorios con las víctimas; al Registro Civil, Identificación y Cedulación, restituir los apellidos paterno y materno de los hijos e hijas de las víctimas que fueron inscritos en el Registro Civil como hijos de otras personas para evitar que sean perseguidos o violentados por los perpetradores de las graves violaciones de derechos realizadas en contra de sus padres bioló-

gicos; a la FGE, la investigación y judicialización de los casos denunciados; al Ministerio de Cultura la creación del Museo de la Memoria, dedicado a documentar y conmemorar a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad cometidos en Ecuador.

REPARACIÓN MATERIAL

El MJDHC, en lo que va del 2019, ha firmado 112 Acuerdos Reparatorios con víctimas documentadas de la CVE, la suma entregada total asciende a USD 3.703.673,75. Desde el año 2017, se retomaron las rondas negociadoras con las víctimas en el ámbito nacional y este fue un proceso complejo, estuvo marcado por una gran expectativa de las víctimas, pero el presupuesto asignado para este eje no fue suficiente.

Actualmente, la situación se complicó en virtud de que el MJDHC desapareció de la institucionalidad del Estado y fue sustituido por una Secretaría. Las víctimas que quedaron pendientes de reparación material no han sido convocadas a nuevas rondas negociadoras.

REPARACIÓN INMATERIAL

La DPE es la encargada, mediante la Ley para la Reparación, de coordinar la reparación inmaterial a las víctimas y satisfacer sus necesidades reales producto de las violaciones de derechos humanos.

Esta institución ha trabajado en líneas de rehabilitación física y atención psicológica; por otro lado, se han concretado espacios de memoria para las víctimas del Informe, entre ellos, actos de disculpas públicas y recuperación de espacios públicos.

RESCATE DE LA MEMORIA

Un acto significativo para el rescate de la memoria fue la construcción de un mural que se levantó en el año 2015 en el edificio de la FGE, llamado *Grito de la Memoria*, que conmemora a las víctimas de la represión y recuerda que Ecuador fue parte del Plan Cóndor. Y en el mes de octubre de 2016 se construyó la Plaza a la Memoria, también en los exteriores de la FGE, para devolver el espacio público a las víctimas y a la ciudadanía en general.

CONCLUSIONES

La justicia transicional favorece a la realización de los derechos humanos al buscar superar la herencia de un pasado de violencia.

El proceso de justicia transicional ecuatoriano tiene sus propias características, entre las que destaca que el Gobierno represivo, del que se plantea la transición hacia un Estado de derechos y justicia, fue elegido democráticamente, pero se caracterizó por una política sistemática y generalizada de violaciones de derechos humanos.

Ecuador inició un proceso de justicia transicional para develar una de las épocas más oscuras de la historia del país, bajo los mecanismos y procedimientos impulsados por los regímenes internacionales de derechos humanos. El hito fundamental de este proceso es la creación de la CVE en el año 2007, que investigó torturas, ejecuciones extrajudiciales, privaciones ilegales de la libertad, desapariciones forzadas y atentados contra la vida, en contra de la población civil.

La sociedad ecuatoriana enfrentó su pasado violento por primera vez con el Informe de la CVE, que estableció que durante los años 1984-1988 se vivió una política de terror que reprimió a la población civil y dejó varios desaparecidos y ejecutados.

La investigación de las denuncias de violaciones de los derechos humanos y el esclarecimiento de los hechos ha sido de vital importancia para emprender un proceso de reconciliación nacional.

La demanda de justicia es innegable en un paradigma humanitario de protección y respeto a la dignidad humana como valor universal. Los casos que han sido judicializados en Ecuador son elementos fundamentales en el gran engranaje que implica la justicia, por ello se rescatan. Sin embargo, todos y cada uno de los casos deben ser tramitados.

Por otro lado, el programa de reparación implementado en Ecuador es consecuencia de los estándares definidos por los regímenes internacionales de protección de los derechos humanos, debe ser revisado y ajustarse a las necesidades de las víctimas.

CONFLICTO DE INTERESES

La autora declara la inexistencia de conflicto de interés con institución o asociación de cualquier índole.

REFERENCIAS

- Anaya, A. (2010). Los derechos humanos desde las Relaciones Internacionales: normas, regímenes, "emprendedores" y comportamiento estatal. En A. Estévez y D. Vásquez (Coords.). *Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria* (pp. 43-76). México: FLACSO.
- Ambos, K. (2010). *Justicia de Transición. Con informes de América Latina, Italia y España*. Alemania: Temis.
- Berger, J. (1986). *Y nuestros rostros, mi vida, breves como fotos*. Madrid: Editorial Herman Blume.

- Beristain, C. (2008). Memoria colectiva y reconstrucción de sociedades fracturadas por la violencia. En M. Romero (Ed.), *Verdad, memoria y reconstrucción. Estudios de casos y análisis comparado* (pp. 242-329). Colombia: ICTJ.
- Beristaín, Carlos. (2008) Diálogos sobre la reparación, experiencias en el Sistema interamericano de derechos humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo II, San José, p. 344.
- Correa, C., y Guillerot, M. (2008). Reparaciones y participación de las víctimas: una mirada a la experiencia de las comisiones de la verdad. En C. Días (Ed.), *Reparaciones para las víctimas de la violencia política. Estudios de caso y análisis comparado* (pp. 341-388). Colombia: ICTJ.
- Decreto Ejecutivo N° 305, publicado en el Registro Oficial N° 87. Comisión de la Verdad Ecuador. 2007
- De Greiff, P. (2006). *Enfrentar el pasado: reparaciones por abusos graves a los derechos humanos. Justicia Transicional: Teoría y Praxis*. Argentina: Universidad del Rosario.
- Elster, J. (2006). *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz.
- Estatuto de Roma la Corte Penal Internacional 1998.
- Habermas, J. (2010). La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 105-121. Recuperado de <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/501/591>

Informe de la Comisión de la Verdad “Sin Verdad no hay Justicia”. https://www.inredh.org/index.php/en/?option=com_content&view=article&id=365%3Aparticipacion-ambiental-y-gestion-del-agua-en-orellana&Itemid=126

Minow, M. (2011). *Un camino intermedio entre la venganza y el perdón*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Naqvi, Y. (2006). The right to the truth in international law: fact or fiction? *International Review of the Red Cross*, 82(862), 245-273. doi: 10.1017/S1816383106000518

OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969

ONU. Resolución No. 60/147 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005.

ONU. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias 1994.

Przeworski, A. (2001). De la transitología a la democracia sustentable. *Revista Mexicana de Sociología*, 63(2), 215-222. doi: 10.2307/3541353

República del Ecuador. Ley para la reparación de las Víctimas y la Judicialización de Graves Violaciones de Derechos Humanos y Delitos de Lesa Humanidad ocurridos en Ecuador entre el 4 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 2008. Expedida el 13 de diciembre de 2013. Recuperado de http://www.pge.gob.ec/images/2017/marcolegal/9_ley_reparacion_victimas_judicializacion_violaciones_derechos_humanos.pdf

Seils, P. (2001). Reconciliation in Guatemala: the role of intelligent justice. *Race and Class*, 44(1). doi: 10.1177/0306396802441004

Seils, P. (2009). La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional. En J. Almqvist y C. Espósito (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica* (pp. 21-42). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Teitel, R. G. (2003). Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, 16, 69-94.

UN Informe recuperado de: <https://undocs.org/es/S/2004/616>

UN Informe recuperado de: <https://undocs.org/es60/147/2005>

Van Zyl, P. (2008). Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto. En M. Romero (Ed.), *Verdad, memoria y reconstrucción: estudios de caso y análisis comparado* (pp. 14-44). Colombia: Editorial Centro de Justicia Transicional.

DICOTOMÍAS ENTRE LA SEGURIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN ECUADOR¹

DICOTOMIES BETWEEN SECURITY AND HUMAN RIGHTS, FROM THE TRANSITIONAL JUSTICE IN ECUADOR

Diego Peñafiel Valencia*

Recibido: septiembre 6 de 2019 – **Aprobado:** septiembre 27 de 2019 – **Publicado:** diciembre 16 de 2019

Artículo de revisión

Forma de citar este artículo en APA:

Peñafiel Valencia, D. (julio-diciembre, 2019). Dicotomías entre la seguridad y los derechos humanos a partir de la justicia de transición en Ecuador. *Summa Iuris*, 7(2), pp. 269-293. DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3483>

Resumen

Este artículo busca realizar una breve aproximación al régimen de seguridad nacional y su implementación en Ecuador, lo que derivó en crímenes de lesa humanidad. Igualmente se analiza el régimen internacional de derechos humanos y su incidencia en este país, particularmente en la consolidación de la justicia transicional.

Palabras clave:

Regímenes internacionales; Seguridad nacional; Derechos humanos; Justicia transicional; Crímenes de lesa humanidad.

Abstract

This article seeks to make a brief approach to the national security regime and its implementation in Ecuador, which resulted in crimes against humanity. The international human rights regime and its impact on this country are also analyzed, particularly in the consolidation of transitional justice.

Keywords:

International regimes; National security; Human rights; Transitional justice; Crimes against humanity.

¹ Investigación elaborada en el marco del proyecto de investigación denominado “Dicotomías entre la seguridad y los derechos humanos en la Junta Metropolitana de Protección de Derechos.”

* Abogado y Comunicador Social. Magíster en Ciencias Políticas, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO-Ecuador). Actualmente miembro principal de la Junta Metropolitana de Protección de Derechos. Ha sido asesor de la Fiscalía General del Estado y del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Se desempeñó como investigador de la Comisión de la Verdad y del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Ha realizado ponencias nacionales e internacionales sobre derechos humanos y ha sido docente invitado en varias universidades del país. Quito-Ecuador. Contacto: diegofpv@gmail.com

INTRODUCCIÓN

La tensión permanente entre fuerza y ley es parte constitutiva del Estado moderno. Es así que autores como Maquiavelo (trad. en 2001), Hobbes (trad. en 1980), Hegel (trad. en 2010) y Schmitt (trad. en 1998) plantean la superposición de la fuerza frente a la ley como condición para garantizar la seguridad, la paz y el orden, es decir, para estos autores el Estado puede hacer uso indiscriminado de la fuerza cuando el propósito es combatir las amenazas internas y externas. Por otro lado, pensadores como Rousseau (trad. en 1986), Kant (trad. en 2005) y Kelsen (trad. en 2003), circunscriben el ejercicio de la fuerza a los términos establecidos por la ley, es decir, reconocen la necesidad de coacción desde el Estado, pero sin sobrepasar los límites del derecho.

Desde la Ilustración de Rousseau y Kant, y los aportes de la Revolución francesa, el Estado se fundamenta entonces en la razón, y esta última determina los límites de la fuerza a través de un marco legal. Es decir, el Estado de derecho es tal únicamente cuando la ley prevalece a la fuerza; las relaciones sociales y políticas no pueden ser definidas por la violencia, sino que deben estar sometidas al régimen de derecho. En ese marco, cuando la política se estructura mediante la fuerza y la violencia, como en gran parte de Latinoamérica luego de la Segunda Guerra Mundial, existe ilegalidad e ilegitimidad.

El debate sobre la fuerza y la ley en el Estado moderno se ha retomado desde las categorías de seguridad y derechos humanos, particularmente durante la segunda mitad del siglo XX. Esto obedece a que, en la ciencia política y las relaciones internacionales, el concepto *seguridad* se ha consolidado como un eje articulador del análisis, el cual se refiere constantemente a las fronteras de acción entre el Estado y la sociedad.

El concepto de seguridad ha variado en el tiempo y puede ser abordado desde distintos enfoques, de acuerdo con los diferentes contextos históricos, socioeconómicos y políticos. Las discusiones académicas han acuñado diversas definiciones de seguridad (nacional, pública, internacional, humana, ciudadana, etc.), que cada vez han otorgado mayor relevancia a la protección del ser humano (Saavedra, 2011).

En los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial predominaba la categoría *seguridad nacional*, la cual otorgaba gran relevancia a la cuestión de la soberanía y colocaba al Estado como el principal –único– actor de la política internacional, pues a través de todos los medios y recursos se debía salvaguardar sus intereses. En esa línea, se plantea que los Estados garanticen su seguridad en el ámbito internacional con medios propios –incrementando constantemente la capacidad militar–, y que, de ser necesario, limiten la libertad de las personas (Waltz, 2005). No obstante, como la amenaza de violencia puede trasladarse también al ámbito interno, el uso de la fuerza debe aplicarse en los mismos términos, colocando a los intereses estatales sobre la dignidad humana, es decir, erigiendo los justificativos para las violaciones de derechos humanos bajo el paraguas de la seguridad nacional.

La seguridad nacional fue aplicada principalmente durante las dictaduras militares y los gobiernos represivos de América Latina hasta fines de los años 90', cuando la gran mayoría de países concluían su transición a la democracia. Esta transición implicó también una evolución del concepto de seguridad, en la que el objetivo central ya no es únicamente garantizar el orden mediante el uso indiscriminado de la fuerza, sino que dicho orden debe garantizarse en un marco jurídico, protegiendo a los ciudadanos y sus derechos fundamentales.

La incorporación del individuo como eje central de los nuevos enfoques de seguridad parte de una constatación fundamental: la subordinación total al Estado ha derivado en atroces violaciones a los derechos fundamentales.

En los años de Guerra Fría, la seguridad nacional y los derechos humanos constituyeron regímenes internacionales contrapuestos respecto a los límites de la fuerza estatal. Para la seguridad nacional, la fuerza es el recurso fundamental para combatir la naturaleza anárquica del mundo y lograr la seguridad del individuo. En tanto, desde un enfoque de derechos humanos, el ser humano está en el centro y el Estado tiene el deber objetivo de protegerlo.

El concepto *regímenes internacionales*, producido por el debate entre el realismo estructural y el neoliberalismo institucional, es fundamental para tratar la configuración, por un lado, del régimen de seguridad anclado a la Doctrina de Seguridad Nacional, y por otro, del régimen internacional de derechos humanos desarrollado por el Sistema Universal, así como por los sistemas regionales de derechos humanos. El origen de estos regímenes, permanentemente contrapuestos o al menos en conflicto, se remonta a la Guerra Fría; el primero surge como respuesta del bloque occidental al comunismo internacional y, el segundo, con el propósito de sancionar los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial.

Los regímenes internacionales, siguiendo a Krasner (1982), pueden definirse como:

un conjunto de principios implícitos o explícitos, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones en torno a los cuales las expectativas de los actores convergen en un área determinada de las relaciones internacionales. Los principios son creencias de hecho, de causalidad o de rectitud. Las normas son estándares de comportamiento definidas en términos de derechos y obligaciones. Las reglas son prescripciones o proscipciones para la acción específica. Los procedimientos de toma de decisiones son las prácticas prevalecientes para llevar a cabo y aplicar las decisiones colectivas (p. 186).

La convergencia de intereses y ámbitos que constituyen un régimen internacional puede ser formal, como en el caso de organismos e instituciones burocráticas internacionales, o informal, en donde los objetivos coincidentes generan acuerdos entre los participantes. En ese sentido, se puede decir que tanto el régimen de seguridad como el régimen internacional de derechos humanos tienen características formales e institucionalizadas, pero también informales a través de principios y prácticas compartidas —incluso clandestinas, respecto a las coordinaciones represivas en América Latina—.

El análisis del régimen de seguridad permite identificar los principales postulados que promueven la eliminación del “enemigo interno” y la manera en que esos sentidos circulan en América Latina. Igualmente, identifica

los actores y políticas públicas más relevantes que han sido implementadas bajo el paraguas de la seguridad nacional, así como su influencia y materialización en el Ecuador.

En cuanto al régimen de derechos humanos se resalta su incidencia en la construcción de la Justicia Transicional ecuatoriana, es decir, una justicia que busca dar respuesta a las violaciones de derechos humanos. En esa línea, los aportes del Sistema Universal y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no solo han permitido la investigación y acceso a la verdad respecto de las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes del Estado, sino, además, superar obstáculos de derecho sustantivo y procesal para llevarlas a juicio y sancionar a sus responsables. Además, han generado diversas políticas públicas para recuperar la memoria histórica, reparar integralmente a las víctimas, realizar cambios en la estructura de las instituciones involucradas con la represión, entre otros aspectos que, a pesar de su lenta implementación, apuntan al fortalecimiento de la democracia.

EL RÉGIMEN DE SEGURIDAD NACIONAL

En América Latina, el Régimen de Seguridad consolidado durante la Guerra Fría mantuvo como prioritaria la defensa de los intereses del Estado frente a las amenazas internas y externas. Es así que la Doctrina de Seguridad Nacional promovió una política pública de contención del comunismo internacional, pues asumió como amenaza externa fundamentalmente a la proveniente de los países del Este. No obstante, la presencia de movimientos sociales e insurgentes vinculados al comunismo —o considerados un producto de su “infiltración” en el Continente—, configuró una amenaza local aún más peligrosa: el “enemigo interno” (Leal Buitrago, 2002; 2003).

La Doctrina de Seguridad Nacional impulsada por Estados Unidos para fortalecer su enfrentamiento ideológico y político con la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) constituyó, desde mediados del siglo XX, toda una estructura represiva para eliminar al enemigo interno,

asociado con los movimientos sociales de carácter gremial, estudiantil, sindical, campesino, insurgentes, entre otros; el propósito fue mantener al límite cualquier semilla de un movimiento subversivo.

A esto se sumaron las coordinaciones represivas desplegadas por los propios países de la región, entre las que se destaca el Plan Cóndor, estructura clandestina de inteligencia que también efectuó torturas, desapariciones transfronterizas, asesinatos internacionales y “entregas” extrajudiciales de exiliados entre los Estados que participaban, silenciando a los oponentes políticos e ignorando las fronteras nacionales (McShery, 2012; Serra y Slatman, 2012). Ecuador fue parte de este combate conjunto al enemigo interno a partir de enero de 1978 cuando se incorporó al Plan Cóndor.

Las sistemáticas y cruentas violaciones de derechos humanos ocurridas en América Latina evidencian la influencia estadounidense en la construcción de una agenda continental de combate al comunismo, así como las coordinaciones represivas desplegadas en la región para apoyar ese objetivo, sin embargo, esto no puede interpretarse como una imposición lineal de un país hegemónico a otros que se encuentran en situación de dependencia estructural. El Régimen de Seguridad Nacional lo que posibilita es un marco de comprensión y un contexto de las conflictivas situaciones políticas internacionales, que debe ser puesto en diálogo con la realidad ecuatoriana y su particular forma de adoptar y ejecutar los presupuestos de la Doctrina de Seguridad Nacional.

La implementación de la Doctrina de Seguridad Nacional en Ecuador se consolidó durante la dictadura militar que llegó al poder en 1963 y promulgó al año siguiente la primera Ley de Seguridad Nacional (Cueva, 1997). Esta política de seguridad hemisférica tomó fuerza nuevamente durante el Triunvirato Militar que gobernó el país entre 1976 y 1979². No obstante, a diferencia de la mayoría de los países de la región, las

² El Triunvirato Militar es considerado la última dictadura en la historia política de Ecuador. Una de sus últimas acciones, mientras preparaba el retorno a la democracia a través de elecciones nacionales, fue la codificación de una nueva Ley de Seguridad Nacional mediante Registro Oficial N° 892 del 9 de agosto de 1979, es decir, un día antes de la posesión del presidente Jaime Roldós Aguilera. Esta Ley, promulgada en un gobierno de facto, rigió a los gobiernos del retorno a la democracia sin modificaciones hasta mediados de los años 90.

violaciones sistemáticas a los derechos humanos no se produjeron en un gobierno de facto, sino que ocurrieron durante un gobierno elegido bajo los principios de la democracia liberal.

Entre 1984 y 1988, durante la presidencia de León Febres Cordero, la planificación para enfrentar al enemigo interno utilizando métodos ilegales respondió a una política de alto nivel, concebida estratégicamente desde el Consejo de Seguridad Nacional (COSENA), máximo organismo de seguridad del Estado; el despliegue operativo de dicha planificación implicó ataques sistemáticos y generalizados contra la población civil, es decir, crímenes de lesa humanidad.

En ese período se crearon estructuras clandestinas al interior de la Policía Nacional (SIC-10) y se reorientaron estructuras orgánicas de las Fuerzas Armadas (CIQ) para la denominada *lucha antisubversiva*, mediante acciones que sobrepusieron el régimen de seguridad frente al régimen internacional de protección de los derechos humanos. La labor de estos organismos de inteligencia se insertó en la lógica de seguridad nacional impulsada por Estados Unidos, y contó con el apoyo de este y otros países como Israel y España sin ningún proceso de control o rendición de cuentas, lo cual ratificó la común influencia externa en la región. Estas unidades represivas trabajaban coordinadamente y respondían a una cadena de mando específica, evidenciando la existencia de un sistema, un aparato organizado de poder, que tenía como propósito eliminar a quienes eran considerados enemigos internos. La impunidad a los represores era garantizada por los fueros de justicia policiales y militares, y por el trabajo clandestino que implicaba el uso de pseudónimos, casas de seguridad, informantes, infiltrados, etc³.

³ Resulta paradójico que algunas de estas unidades policiales y militares permanecieran funcionando varios años después, y que la dinámica represiva se trasladara hacia nuevos o "reestructurados" organismos, aunque ya sin el elemento de sistematicidad que involucra al Estado ecuatoriano en su conjunto.

El período 1984-1988 concentró la mayor cantidad de violaciones de derechos humanos registradas en Ecuador (68%) por la Comisión de la Verdad⁴. El informe *Sin verdad no hay justicia* publicado por este organismo en 2010, dio cuenta de que la represión fue sistemática en contra de la población considerada de izquierda, comunista, subversiva; por lo cual se entiende que el Terrorismo de Estado haya tenido como objetivo principal el combate al grupo insurgente Alfaro Vive Carajo (AVC), y más adelante también a Montoneras Patria Libre (MPL), aunque también existieron estudiantes, dirigentes sindicales, líderes gremiales, políticos de oposición, entre otros actores sociales; las detenciones arbitrarias, torturas, desapariciones forzadas, violencia sexual y ejecuciones extrajudiciales fueron las prácticas permanentes de la Fuerza Pública en contra de sus dirigentes y militantes.

El terrorismo de Estado en Ecuador involucró no solo a las principales autoridades políticas y a la Fuerza Pública, sino también a funcionarios judiciales, que permitieron blindar las acciones represivas. Esto último porque en esa época seguían vigentes los fueros policiales y militares que incrementaron la impunidad de los violadores de derechos humanos a través de procesos penales, por decir lo menos, irregulares. Esto conduce a problematizar la represión más como un tema de Estado, que como un problema estrictamente de Gobierno, el cual, por su carácter autoritario, afecta a la democracia.

EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional inicia un proceso para establecer instrumentos y mecanismos universales en la promoción y protección de los derechos humanos, con el objetivo de que atrocidades como las cometidas durante ese conflicto no vuelvan a ocurrir;

⁴ La Comisión de la Verdad de Ecuador fue creada el 3 de mayo de 2007 mediante Decreto Ejecutivo N° 305, con el propósito de “investigar, esclarecer e impedir la impunidad respecto de los hechos violentos y violatorios de los derechos humanos, ocurridos entre 1984-1988, y otros períodos especiales” —esto último se refiere a la investigación comprendida entre 1989 y 2008—. Es necesario aclarar que la distinción temporal realizada por la Comisión de la Verdad se debe a que en los años posteriores a lo que se ha denominado Terrorismo de Estado (1984-1988), existieron violaciones de derechos humanos —cuya característica es la participación de agentes estatales o terceros con su aquiescencia—, sin embargo, no respondían a una política de Estado, por tanto, se denominan graves violaciones de derechos humanos, y no crímenes de lesa humanidad, de acuerdo con el Derecho Penal Internacional.

la idea fundante es que los seres humanos poseen algunos derechos inherentes a la condición humana, los mismos que deben ser vigilados y exigidos internacionalmente.

Desde la fundación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945, su Carta constitutiva incluye el reconocimiento de los derechos humanos, y propone la promoción y cooperación para su realización. En ese sentido, otorga competencias a sus dos órganos principales: la Asamblea General (AGNU) y el Consejo Económico y Social (ECOSOC); este último crea en 1946 la Comisión de Derechos Humanos (CDH) como órgano subsidiario, el cual a su vez establece la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, generando las bases del Régimen o Sistema Universal de Derechos Humanos⁵.

El 10 de diciembre de 1948 la AGNU aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que ha evolucionado en cuanto a su carácter no vinculante para considerarse obligatoria para los Estados que conforman la ONU. Posteriormente, en 1966, se adopta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁶. Finalmente, para vigilar su cumplimiento, se forman comités integrados por expertos encargados de recibir informes periódicos de los Estados parte, aunque no se podían receptor denuncias por violaciones de derechos humanos.

La consolidación del Sistema Universal de Derechos Humanos se produce en un segundo momento cuando se fortalecen los mecanismos de supervisión de las medidas reportadas por los Estados, para que se ajusten a lo dispuesto por los pactos y, adicionalmente, se crean nuevos instrumentos internacionales como la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (1948), la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968), la Convención para la eliminación de todas las

⁵ La Comisión de Derechos Humanos (CDH) funcionó por 60 años como el órgano central de promoción y protección de los derechos humanos dentro del sistema de la ONU, hasta que en 2006 fue reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos.

⁶ La tardanza en la aprobación de los Pactos —inicialmente debía ser uno— se debe a que, en el marco de la Guerra Fría, los derechos civiles y políticos se asocian como prioritarios para los países capitalistas, en tanto que los derechos económicos, sociales y culturales, como indispensables para los regímenes comunistas. En este contexto se empieza a hablar de generaciones de derechos, prevaleciendo unos u otros respectivamente; se planteó incluso como una prueba de fe ideológica optar por la igualdad o la libertad.

formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006), entre otros a los que no se hará referencia pues no se busca efectuar un análisis detallado al respecto. No obstante, a partir de la suscripción de estos instrumentos se crean mecanismos específicos de denuncia de violaciones de derechos humanos.

En concordancia con lo mencionado hasta ahora, la comunidad internacional también busca determinar la responsabilidad penal individual de quienes han cometido las más graves violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y, por eso, el Derecho Penal Internacional reconoce históricamente tres tipos de crímenes de especial relevancia en las jurisdicciones internacionales y en los ámbitos nacionales: el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad —más adelante se incorpora el crimen de agresión—, caracterizados por la extrema gravedad de la transgresión y por violar la obligación esencial de proteger los intereses fundamentales de la comunidad internacional. Estos “crímenes internacionales” han suscitado un fuerte debate, ya que consolidan la dualidad y simultaneidad de responsabilidades, es decir, la responsabilidad agravada de los Estados y la responsabilidad penal individual, lo que tiende a proteger el orden público internacional.

La evolución histórica de la tipificación de estos crímenes, y particularmente de los delitos de lesa humanidad, inicia con los Estatutos de los Tribunales Internacionales de Núremberg y Tokio, que permitieron juzgar a los dirigentes nazis por los crímenes de guerra, agresión y contra la humanidad, y a los criminales de guerra japoneses por las violaciones en el Lejano Oriente al concluir la Segunda Guerra Mundial.

Posteriormente, en 1993 y 1994, el Consejo de Seguridad de la ONU establece los Tribunales Penales Internacionales —ad hoc— para juzgar los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda. En 1998, finalmente, se aprueba el Estatuto de Roma que da origen a la Corte Penal Internacional (CPI), con el propósito de juzgar a criminales de guerra, lesa

humanidad, genocidio y agresión, cuando los tribunales nacionales no quieran o no puedan llevar a juicio a los presuntos responsables. A esto se puede sumar el establecimiento de tribunales híbridos —su personal y los fundamentos legales tenían componentes nacionales e internacionales— como los de Sierra Leona, Camboya, Kosovo y Timor del Este.

Durante este proceso hay que resaltar el avance fundamental que implicó superar la relación necesaria entre crímenes de lesa humanidad y conflicto armado pues, de ese modo, dichos delitos ya no se circunscriben únicamente a un estado de beligerancia, lo que permite aplicar dicho tipo penal, por ejemplo, a las democracias represivas —como en el caso de Ecuador— que atacaron de manera sistemática o generalizada a una población civil.

De acuerdo con el artículo 7 del Estatuto de Roma —que recoge, por decirlo de alguna manera, toda la experiencia histórica mencionada—, se entiende “por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (...)”: la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; desaparición forzada de personas; otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Este desarrollo del derecho consuetudinario, jurisprudencial y, finalmente, doctrinario, acumulado en la década de los 90, permite que desde ese momento se inicie una discusión seria sobre lo que se ha denominado justicia transicional, es decir, “el entero ámbito de los procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad para afrontar un legado de abusos a gran escala del pasado, para asegurar responsabilidad, rendir

justicia y lograr reconciliación” (Ambos, 2010, p. 26), lo cual implica “principalmente, juicios, purgas administrativas y profesionales, restitución de la propiedad, y compensación por el sufrimiento” (Elster, 2006, p. 193)⁷.

En América Latina esta categoría ha sido central para enfrentar las secuelas de las dictaduras militares y gobiernos represivos de la segunda mitad del siglo XX; los casos más representativos de sanción a genocidas y criminales de lesa humanidad están relacionados con el dictador argentino Jorge Videla, el dictador guatemalteco Efraín Ríos Montt, el ex presidente peruano Alberto Fujimori, y otras múltiples autoridades políticas, policiales, militares, judiciales, etc., que fueron parte de la represión bajo el justificativo de la seguridad nacional.

Ahora bien, la Justicia Transicional busca terminar con la impunidad de las violaciones de derechos humanos, pero no se restringe al campo penal, pues además del derecho a la justicia, abarca los derechos a la verdad y la reparación en sentido amplio. Tampoco se limita a situaciones posconflictuales y/o de cambio de régimen, en particular a la transición de la dictadura a la democracia, sino que también abarca situaciones de procesos de paz dentro de un conflicto en curso y/o de una democracia formal (Ambos, 2010, p. 27). Sin embargo, antes de precisar estos aspectos, conviene hacer una breve referencia al Sistema Regional de Derechos Humanos, pues sus aportes paralelos al Sistema Universal también han incidido fuertemente y han delineado la justicia transicional⁸.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) tiene su origen en 1948, tras la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA), y la aprobación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre por parte de su Asamblea General —seis meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas—.

⁷ Algunos autores plantean como primeros ejemplos de justicia transicional a los ocurridos en Atenas en el 411 y 403 a. de C., pues son períodos asociados con la restauración de la democracia y la resolución de la guerra civil. No obstante, este término es utilizado con mayor frecuencia para hacer referencia al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos posterior a la Segunda Guerra Mundial, en donde se abordaron complejos escenarios de posconflicto.

⁸ Actualmente existen tres Sistemas Regionales de protección de los derechos humanos (interamericano, europeo y africano) que han brindado insumos trascendentales para la justicia transicional, sin embargo, se hará referencia únicamente al primero para el propósito de este trabajo.

En consecuencia, en el año de 1959 se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con el objetivo de promocionar los derechos humanos en la región, además amplía su alcance para proteger los derechos humanos de las personas bajo la jurisdicción de cualquier Estado miembro.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, aprobado en 1969, crea, además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para conocer casos que impliquen violaciones de derechos humanos. Esto es posible, sin embargo, cuando los demandantes hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna y se consideren otros requisitos de admisibilidad, como el procedimiento previo ante la CIDH.

En este marco, se han aprobado diversos tratados internacionales para proteger los derechos humanos, por ejemplo, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la mujer o “Convención de Belem do Pará” (1994), etc.

La intención de este trabajo, empero, no es profundizar sobre el desarrollo normativo del SIDH, sino brindar una breve descripción cronológica de su consolidación y, sobre todo, resaltar que el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH ha generado un gran acervo de jurisprudencia a favor de los derechos humanos. En relación con la Justicia Transicional, han sido decisivos, por ejemplo, sus pronunciamientos para romper con leyes de obediencia debida, caducidad, punto final y amnistía, que los regímenes represivos expidieron para neutralizar cualquier posibilidad de enjuiciamiento posterior de sus actos violatorios de derechos humanos.

Otras contribuciones del SIDH tienen relación con la incorporación de estándares internacionales para la investigación de crímenes internacionales y graves violaciones de derechos humanos, pues en muchos países de la región hasta hace poco existían fueros policiales y militares de justicia que —al investigar a los miembros de su propia institución— garan-

tizaban la impunidad; algo similar ocurre con peritos, médicos legistas e investigadores que pertenecen a la Fuerza Pública y, por tanto, no pueden avalar un mínimo de imparcialidad.

De igual manera, la Corte IDH ha generado avances sustantivos en la reparación de las víctimas y sus familiares desde una visión integral que no se circunscribe a la indemnización económica, pues contempla la reparación simbólica, psicológica, las disculpas públicas, entre otros aspectos que confluyen con la recuperación de la memoria histórica de la sociedad.

La justicia transicional, como ya se dijo anteriormente, va más allá de la persecución penal, por lo que –nutrida por el Sistema Universal y Regional de DDHH– debe entenderse como el esfuerzo por construir paz sostenible tras un período de conflicto, violencia masiva o violación sistemática de los derechos humanos. Entre sus objetivos principales están la Verdad: revelar la verdad acerca de crímenes pasados; Justicia: llevar a juicio a los perpetradores; Reparación: brindar reparaciones integrales a las víctimas; y Reformas: modificar las instituciones involucradas, así como la normativa necesaria (Ambos, 2010).

Es en este marco que las Comisiones de la Verdad constituyen una de las primeras y principales herramientas de la Justicia Transicional, pues:

son organismos de investigación creados para ayudar a las sociedades que han sufrido graves situaciones de violencia política o guerra interna, a enfrentarse críticamente con su pasado, a fin de superar las profundas crisis o traumas generados, y evitar que tales hechos se repitan en el futuro (Ambos, 2010).

Las Comisiones de la Verdad pueden ser “oficiales”, es decir, creadas desde el Estado, pero también impulsadas desde ámbitos privados, como ONGs que han realizado grandes informes sobre violaciones de derechos humanos⁹. Su trabajo busca conocer las causas de la violencia, determinar a los elementos en conflicto, identificar las estructuras del terror y sus ramificaciones en las diversas instancias de la sociedad (Fuerzas Arma-

⁹ Hasta ahora han existido más de 30 Comisiones de la Verdad en todo el mundo. La más antigua en América Latina es la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) creada en 1983 por Raúl Alfonsín, presidente del retorno a la democracia en Argentina. La última es la Comisión Nacional de la Verdad de Brasil, que entregó su informe el 10 de diciembre de 2014. Bolivia todavía sigue trabajando para poner en marcha la Comisión de la Verdad.

das, Policía, Poder Judicial, Iglesia), investigar los hechos más graves de violaciones de derechos humanos y establecer las presuntas responsabilidades jurídicas.

Aunque ciertas Comisiones de la Verdad —el caso peruano es el más cercano— tienen un carácter mixto, pues trabajaron con el poder judicial para realizar una labor jurisdiccional, generalmente “solo” constituyen la noticia criminis para la Fiscalía o Ministerio Público debido a su transitoriedad; su objetivo central, por tanto, es la Verdad, la cual es un derecho colectivo que posibilita el fortalecimiento de la democracia a través del acceso a la información y, al mismo tiempo, un derecho individual de los familiares de las víctimas que permite un modo de reparación.

En relación con el componente justicia, hay que señalar que los preceptos de derecho penal consuetudinario que se configuran desde Núremberg hasta la entrada en vigor del Estatuto de Roma —cuando se instituyen como derecho positivo—, tienen el carácter de *jus cogens*, es decir, que son de obligatorio cumplimiento y, por tanto, fuente de responsabilidad internacional del Estado que las desconoce (Ambos, 2010).

La obligación internacional de los Estados de perseguir y sancionar a los responsables de crímenes internacionales deriva entonces de ese carácter *jus cogens* del derecho consuetudinario en materia de derechos humanos. Por esta razón, el Estatuto de Roma establece el principio de la interdicción de la impunidad en los párrafos 4, 5 y 6 del Preámbulo, y a través del artículo 29 indica que “los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.” En el mismo sentido se cuenta con la Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 16 de noviembre de 1968.

Por su parte, la Corte IDH, a través de múltiples sentencias como la del caso Barrios Alto vs. Perú (14-03-2001), caso Almonacid Arellano vs. Chile (26-09-2006) y caso Vera Vera y otra vs. Ecuador (19-05-2011), ha sido explícita en señalar la responsabilidad internacional que tiene un Estado cuando no persigue las violaciones de derechos humanos, removiendo todos los obstáculos de hecho y derecho para brindar justicia. La sentencia del caso La Cantuta vs. Perú (29-11-2006) señala que:

en cumplimiento de su obligación de investigar y en su caso sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos de La Cantuta. En particular, tal como lo ha hecho desde la emisión de la Sentencia de este Tribunal en el caso Barrios Altos vs. Perú, el Estado no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía, las cuales no generarán efectos en el futuro, ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio non bis in ídem, o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables. Por ende, también deberán activarse, según corresponda, las investigaciones pertinentes contra quienes fueron investigados, condenados, absueltos o cuyas causas fueron sobreesididas en los procesos penales militares (párr. 226).

Como se puede observar, la obligación del Estado frente a la justicia requiere que se remuevan todos los obstáculos de jure y de facto para sancionar a los responsables de crímenes internacionales. No es motivo de este trabajo realizar un análisis jurídico sobre la superación de los obstáculos planteados por los represores como la atipicidad, irretroactividad, principio de legalidad, cosa juzgada, non bis ídem, entre otros. Por ahora, bastará con afirmar que la Justicia Transicional tiene todas las herramientas para sortear esas trabas y judicializar los crímenes de lesa humanidad.

La Reparación a las víctimas de crímenes internacionales es otra obligación ineludible de los Estados en el marco de la justicia transicional, y debe ser “la manifestación más tangible de los esfuerzos del Estado por remediar el daño que han sufrido”). Como ha señalado la Corte IDH en el caso *Bámaca vs. Guatemala* (22-02-2002):

la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como

compensación por los daños ocasionados. Esta obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos por el derecho internacional (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios), no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno (párr. 39).

La Reparación entonces debe ser concebida necesariamente de manera integral, a través de tres ámbitos principales: económico, psicológico) y simbólico. Estos programas de reparación deben responder a la necesidad de las víctimas de mejorar su calidad de vida dado que, por lo general se encuentran en una situación de marginación o desprotección. Adicionalmente, se debe tomar en cuenta la dimensión individual y colectiva de los daños, y las consecuencias que tiene en la sociedad (Valencia Villa, 2008).

Adicionalmente, las Reformas se refieren a los cambios estructurales y administrativos en las instituciones que desplegaron o apoyaron las violaciones de derechos humanos, así como la depuración de sus miembros y la eliminación de prácticas conducentes a la impunidad, por ejemplo, la administración de justicia a través de fueros especiales. Estas transformaciones frecuentemente tienen mayor impacto en las instituciones policiales y militares por su relación directa con la represión, sin embargo, se aplica a toda la administración pública.

Durante un proceso de Justicia Transicional, las Reformas aluden también a los cambios, derogatorias o nuevas incorporaciones legales en el ámbito nacional, para fortalecer la vigencia de los derechos humanos. Esto puede incluir la expedición de leyes para la reparación de víctimas, modificaciones o aboliciones de leyes de seguridad del Estado, adopción de nuevos instrumentos en materia de derechos humanos, o tipificación de crímenes internacionales y graves violaciones de derechos humanos (Ambos, 2010). Debido a la heterogeneidad de los procesos represivos en la región, conviene insistir en que el régimen internacional de derechos humanos –Universal y Regional– incide de maneras diversas en la consolidación del modelo de Justicia Transicional de cada país.

JUSTICIA TRANSICIONAL EN ECUADOR

La Justicia Transicional se refiere a todo el conjunto de teorías y prácticas derivadas de los procesos políticos por medio de los cuales las sociedades tratan de ajustar cuentas con un pasado de atrocidad e impunidad, y hacen justicia a las víctimas de dictaduras, guerras civiles y otras crisis de amplio espectro o larga duración, con el propósito de avanzar o retornar a la normalidad democrática (Valencia Villa, 2008, p. 1).

La Justicia Transicional, sin embargo, va más allá de la persecución penal y demanda acceso a la verdad, reparación integral a las víctimas, reformas al Estado y a su normativa, entre otras medidas de satisfacción y garantías de no repetición (Elster, 2006; Ambos, 2010).

El carácter integral de la Justicia Transicional demanda un trabajo del Estado en su conjunto, por tanto, interviene el Poder Judicial mediante sus órganos jurisdiccionales como fiscalías y jueces, el Poder Ejecutivo a través de Ministerios encargados de la reparación económica, simbólica y psicológica, la recuperación de la memoria histórica, la construcción de museos etc., y el Poder Legislativo para la publicación de leyes de víctimas y reparación.

El proceso de Justicia Transicional en Ecuador es paradigmático, pues alude a los mecanismos implementados por el Estado para afrontar las violaciones sistemáticas de derechos humanos ocurridas durante un gobierno elegido bajo un contexto democrático, a diferencia de la mayoría de los países de la región en los que dichos procesos se aplican para períodos pos dictatoriales o posteriores a un conflicto armado.

Conviene mencionar que los estudios políticos dominantes en América Latina relacionados con la represión y el terrorismo de Estado se centran en el régimen político, ya que provienen del análisis de los regímenes burocráticos autoritarios del Cono Sur, no obstante, para los casos de democracias represivas como en Ecuador, su explicación resulta insuficiente. Por tanto, el marco de comprensión del caso ecuatoriano surge de las características que definen al Estado Terrorista, a partir de la Doctrina de Seguridad Nacional, es decir, de la idea de Estado de Seguridad Nacional.

Ecuador se inscribió en el proyecto de Justicia Transicional de la región el 3 de mayo de 2007, con la creación de la Comisión de la Verdad (CVE) a través de Decreto Ejecutivo N° 305. Esta entidad, que tuvo como propósito investigar, esclarecer e impedir la impunidad respecto a los hechos violentos y violatorios de los derechos humanos ocurridos entre 1984 y 2008, documentó 136 casos de violaciones a los derechos humanos. No obstante, determinó que 92 de estos casos (68%), fueron cometidos entre 1984 y 1988 como parte de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil, y con conocimiento de dicho ataque, lo cual, a la luz del Régimen Internacional de Protección de los Derechos Humanos, constituye crímenes de lesa humanidad.

El informe *Sin Verdad no hay Justicia* publicado por la CVE en 2010 puede considerarse como la primera arista del proceso de Justicia Transicional, es decir, la búsqueda de Verdad sobre las violaciones de derechos humanos ocurridas en el Ecuador. No obstante, este informe planteó además una serie de recomendaciones que han sido recogidas —todavía parcialmente— por el Estado ecuatoriano para continuar con las aristas de justicia y reparación.

En cuanto a la justicia, enmarcada ya en el ámbito penal, el enjuiciamiento a los represores es un punto fundamental. Por esta razón se creó en mayo de 2012 la Dirección de la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos de la Fiscalía General del Estado, para brindar un tratamiento especializado en materia de derechos humanos a los crímenes de lesa humanidad y las graves violaciones de derechos humanos; esta lucha contra la impunidad se hizo efectiva con la formulación de cargos del primer caso de lesa humanidad ante la Corte Nacional de Justicia en 2013 (Caso Luis Vaca, Susana Cajas y Francisco Jarrín: detención ilegal, tortura, violencia sexual y desaparición forzada), y el segundo proceso (Caso Arturo Jarrín: detención ilegal, tortura y ejecución extrajudicial) cuya formulación de cargos se realizó en 2016.

Estos dos primeros casos de lesa humanidad llevados ante la justicia en Ecuador, sin embargo, siguen esperando fecha para la audiencia de juzgamiento, en un marco de presiones políticas por parte de los represores y de un dilatamiento injustificado de los operadores de justicia. El esfuerzo

por superponer el Régimen de Derechos Humanos frente al Régimen de Seguridad sigue vigente, pues incluso ahora la ley no ha podido superar sin problemas a la fuerza ejercida en el pasado desde el Estado terrorista. La lucha contra la impunidad, la desmemoria y el olvido apenas ha empezado en el Ecuador, y la judicialización de los crímenes de lesa humanidad es fundamental para esclarecer lo que ocurrió en el país y cuáles han sido sus repercusiones para la sociedad en su conjunto.

En cuanto a la reparación, el principal avance se produjo el 13 de diciembre de 2013 con la expedición de la Ley para la reparación de las Víctimas y la Judicialización de Graves Violaciones de Derechos Humanos y Delitos de Lesa Humanidad ocurridos en el Ecuador entre el 4 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 2008, por parte de la Asamblea Nacional. Este reconocimiento del Estado sobre la existencia de víctimas de crímenes de lesa humanidad rompe con alrededor de tres décadas de silenciamiento sobre su afectación física, psicológica, económica y simbólica.

A pesar de que la reparación integral que se merecen las víctimas del terrorismo de Estado todavía no se ha materializado, la creación de una institucionalidad para el efecto es una muestra de la incidencia del Régimen de Derechos Humanos en el país. Específicamente, la institución encargada de coordinar este proceso es la Defensoría del Pueblo, a través de la firma de acuerdos de reparación con las personas afectadas. Posteriormente, estos acuerdos deben ir a la Secretaría de Derechos Humanos (ex Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos) para canalizar la indemnización económica, en tanto que la reparación simbólica la debe realizar el Ministerio de Cultura; esto último incluye la creación de museos de la memoria, archivos históricos, monumentos, y en general, actividades para recuperar la memoria histórica y no condenar al olvido el pasado de represión.

Ahora bien, la forma de indemnización pagada por el Estado a las víctimas del conflicto o de la tiranía, es necesaria pero no suficiente, al punto que no sólo debe extenderse a los otros aspectos que contempla la nueva doctrina de Naciones Unidas, sino que, para ser legítima y eficaz, tiene que ir acompañada de esclarecimiento y de sanción. (Valencia Villa, 2008, p. 8).

Ese es el reto que todavía tiene Ecuador para consolidar un proceso de justicia transicional. Esto implica, finalmente, lanzar una mirada al presente en un esfuerzo por fortalecer la democracia para que tales crímenes no se repitan nunca más.

CONCLUSIONES

La represión ejecutada por los Estados latinoamericanos en el marco de la Doctrina de Seguridad Nacional es definida como Terrorismo de Estado, debido a que se sustenta en la cosificación de la víctima, es decir, en la negación de la condición humana de quienes son calificados como enemigos internos. Esta oposición irreconciliable de amigos-enemigos erigida por el Estado mecaniza y legitima la metodología de eliminación en serie del “otro”, del peligroso, de la amenaza existencial para la sociedad.

El terrorismo de Estado implica una contradicción en los fundamentos de la existencia misma del Estado moderno, es decir, en su obligación de proteger al ser humano y defender cierto orden social en los límites de la ley. Esta contradicción genera una doble cara en el accionar del Estado terrorista: por un lado, la coerción pública sujeta al régimen de derecho, y por otro, el establecimiento de metodologías y estructuras de carácter clandestino para la represión, en las cuales los aparatos policiales y militares resultan imprescindibles.

La existencia de un Estado terrorista, sin embargo, no implica necesariamente la presencia de un régimen militar, sino la implementación de estas prácticas sistemáticas. Es decir, la represión no está circunscrita al carácter del régimen político o de gobierno, sino que involucra al Estado en su conjunto. En Ecuador, precisamente, a diferencia de la mayoría de los países de la región, el combate al enemigo interno bajo estas características del Estado terrorista se produjo durante el gobierno de León Febres Cordero, elegido bajo los principios de la democracia liberal entre 1984 y 1988.

La represión sistemática y generalizada en contra de la población civil que desplegó el régimen de Febres Cordero constituye crímenes de lesa humanidad a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, por tanto, es imprescriptible y puede ser judicializada gracias a la incidencia del régimen internacional de protección de los derechos humanos en Ecuador.

La judicialización de los dos primeros casos de lesa humanidad en Ecuador forma parte de un proceso de Justicia Transicional que se inicia con la creación de la Comisión de la Verdad, y recoge diversas experiencias de la región, sustentadas igualmente en el régimen internacional de derechos humanos. La Justicia Transicional, sin embargo, va más allá de la persecución penal y demanda acceso a la verdad, reparación integral a las víctimas, reformas al Estado y a su normativa, entre otros aspectos que han comenzado a discutirse en el país.

CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara la inexistencia de conflicto de interés con institución o asociación de cualquier índole.

REFERENCIAS

- Ambos, K. (2010). El marco jurídico de la justicia de transición. En K. Ambos y E. Malarino (Eds.), *Justicia de transición*. Colombia: Temis S.A.
- Comisión de la Verdad Ecuador. (2010). *Informe Sin verdad no hay justicia*. Ecuador: Ediecuatorial.
- Comisión de la Verdad de Ecuador, creada el 3 de mayo de 2007. Decreto Ejecutivo N° 305 de 2007.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Barrios Alto vs. Perú (14-03-2001), caso Almonacid Arellano vs. Chile (26-09-2006) y caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. 2011. Cueva, A. (1997). *El proceso de dominación política en Ecuador*. Ecuador: Planeta.
- Elster, J. (2006). *Retribution and Reparation in the transition to democracy*. EEUU: Cambridge University Press.
- Hegel, F. (2010). *Lecciones fundamentales de la filosofía del derecho*. Iniciales del nombre y apellidos del traductor (trad.). Madrid: Gredos.
- Hobbes, T. (1980). *Leviatán: O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Iniciales del nombre y apellidos del traductor (trad.). México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Kant, I. (2005). Sobre la paz perpetua. En *Ensayos sobre la Paz el Progreso y el Ideal Cosmopolita*. Iniciales y apellidos de los editores (Eds.). España: Ediciones Cátedra.
- Kelsen, H. (2003). *La paz por medio del Derecho*. Iniciales del nombre y apellidos del traductor (trad.). España: Editorial Trotta.
- Krasner, S. (1982). Structural causes and regime consequences: regime as intervening variables, International Regimes. En *International regimes*, S. Krasner (Ed.). Estados Unidos: Cornell University Press.
- Leal Buitrago, F. (2002). *La Seguridad Nacional a la Deriva*. Colombia: Alfaomega.
- Leal Buitrago, F. (2003). La doctrina de Seguridad Nacional: Materialización de la Guerra Fría en América del Sur. *Revista de Estudios Sociales*, (15), 74-87. doi: 10.7440/res15.2003.05

Ley de Seguridad Nacional. Registro Oficial N° 892 del 9 de agosto de 1979. Ecuador

Ley para la reparación de las Víctimas y la Judicialización de Graves Violaciones de Derechos Humanos y Delitos de Lesa Humanidad ocurridos en el Ecuador entre el 4 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 2008

Maquiavelo, N. (2011). *El príncipe*. Iniciales del nombre y apellidos del traductor (trad.). España: Editorial GREDOS.

McShery, P. J. (2012). La maquinaria de muerte: la Operación Cóndor. Taller (Segunda Época). *Revista de Sociedad, Cultura y Política en América Latina*, 1(1), 33-46. Recuperado de/doi

ONU. Organización de las Naciones Unidas. Carta constitutiva de las Naciones Unidas. 1945

ONU. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 1998.

Rousseau, J. J. (1986). *Del Contrato Social*. Madrid: Alianza.

Saavedra, V. (2011). Evolución del concepto de seguridad nacional. En M. Moloeznik y D. Haro (Coords.), *Seguridad Ciudadana, dimensiones, retos y algunos temas selectos*, (pp. 25-39). México: Universidad de Guadalajara.

Serra, E., y Slatman, M. (2012). Introducción: coordinaciones represivas en el Cono Sur (1964-1991). Taller (Segunda Época). *Revista de Sociedad, Cultura y Política en América Latina*, 1(1), 27-32. Recuperado de <https://www.historiaoralargentina.org/taller/larevista/taller1.pdf>

- Schmitt, C. (1998). *La defensa de la Constitución*. España: Tecnos.
- Valencia Villa, H. (2008). Introducción a la Justicia Transicional. *Claves de razón práctica*, (180), 76-82. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/183978>
- Waltz, K. (2005). El pensamiento realista y la teoría neorrealista. En F. Kahhat (Comp.), *El poder y las relaciones internacionales*. México: CIDE.

LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO Y SUS DERECHOS HUMANOS¹

INDIGENOUS PEOPLES IN MÉXICO AND ITS HUMAN RIGHTS

*Francisco Javier Valdez Valenzuela**
*Manuel Raymundo Valdez Domínguez***
*Álvaro Coronado Gutiérrez****

Recibido: agosto 12 de 2019—Aprobado: septiembre 9 de 2019 – Publicado: diciembre 16 de 2019

Artículo de revisión

Forma de citar este artículo en APA:

Valdez Valenzuela, F., Valdez Domínguez, M., y Coronado Gutiérrez Á. (julio-diciembre, 2019). Los pueblos indígenas en México y sus derechos humanos. *Summa Iuris*, 7(2), pp. 294-308. DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3484>

Resumen

El presente trabajo está enfocado en definir lo que en México se entiende por comunidad o pueblo indígena, bajo la perspectiva que la Constitución Federal otorga; al mismo tiempo, abordaremos cuáles son los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, tratando de dar una breve explicación de estos. Seguidamente, se establece el tratamiento que se le ha dado en la actualidad a los derechos humanos de los pueblos indígenas en México, derivado de la adhesión al convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y, como consecuencia de ello, la creación de un marco jurídico regulatorio que, a través de leyes secundarias, se ha ocupado en atender y promover el respeto a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

¹ Investigación elaborada en el marco del proyecto de investigación Los pueblos indígenas en México y sus derechos humanos, Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur, Navojoa, Sonora, México.

* Abogado, Maestro de tiempo completo Titular B Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur, Navojoa, Sonora, México. Contacto: mvaldez@hotmail.com

** Abogado, Maestro de la Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur, Navojoa, Sonora, México. Contacto: mvaldez@hotmail.com

*** Abogado, Magíster en Derecho Fiscal de la Universidad Autónoma de Durango, estudios doctorales en Derecho por la Universidad Durango, Santander. Licenciado en Derecho por la Universidad de Sonora. Profesor de tiempo completo en la Universidad de Sonora. Contacto: oscar.coronado@unison.mx

La segunda parte del trabajo se enfoca en identificar algunos de los derechos fundamentales que han sido vulnerados a los pueblos indígenas en México, ello a pesar de la existencia de una legislación constitucional y secundaria, en el ámbito federal y local, específicamente en lo relativo a la vulneración de los territorios indígenas y la falta de consulta a los mismos por parte del Estado.

Por último, y no obstante la promoción oficial, educativa y social de los derechos humanos con respecto a las comunidades indígenas, lamentablemente hacia su interior, son las mismas estructuras de poder de dichos grupos, quienes violentan los derechos humanos de las personas, en especial de las mujeres, quienes juegan un roll mísero al interior de las sociedades primarias, contradiciéndose con la lucha por el respeto a sus derechos humanos desde el exterior.

Palabras clave:

Derechos Humanos; Comunidad; México; Población; Indígenas.

Abstract

The present work is focused on defining what in Mexico means indigenous community or people, from the perspective that the Federal Constitution grants; At the same time, we will address what are the fundamental rights of indigenous peoples, trying to give a brief explanation of these. Next, the treatment that has been given to the human rights of indigenous peoples in Mexico is now established, derived from adhering to Convention 169 of the International Labor Organization and, consequently, the creation of a framework Regulatory legal that, through secondary laws, has been concerned with attending and promoting respect for the fundamental rights of indigenous peoples.

The second part of the work focuses on identifying some of the fundamental rights that have been violated to indigenous peoples in Mexico, despite the existence of constitutional and secondary legislation, at the federal and local level, specifically in relation to the violation of indigenous territories and the lack of consultation of them by the State.

Finally, and despite the official, educational and social promotion of human rights with respect to indigenous communities, unfortunately inwardly, they are the same power structures of these groups, who violate the human rights of people, especially of the women, who play a miserable roll within the primary societies, contradicting the struggle for respect for their human rights from the outside.

Keywords:

Human rights; Community; Mexico; Population; Indigenous.

LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

En la sociedad mestiza latinoamericana, la referencia a una comunidad indígena nos remonta a considerar como tales a aquellos grupos autóctonos que, por su color de piel, condición social de pobreza extrema y por el uso de costumbres distintas al común denominador de nuestro grupo social conocido y predominante, se diferencian sustancialmente de ello; además, porque generalmente habitan en comunidades rurales o en cinturones de miseria en las grandes ciudades.

En efecto, las comunidades indígenas, tanto en México como en cualquier país latinoamericano, aparecen como grupos culturalmente distintos a la sociedad actual, cuya historia se ha hilvanado a partir de la aparición del mestizaje creado por la fusión de la raza española e indígena, y cuya cultura ha creado distintos usos y costumbres muy propios que la han convertido en la sociedad cultural predominante en la Latinoamérica de hoy, es decir, los grupos indígenas han quedado reducidos en número y en oportunidades dadas sus diferencias culturales con la gran sociedad mestiza que ocupa las oportunidades económicas, sociales, educativas, por su identidad con la cultura predominante.

En México, a los hablantes de una lengua o idioma distinta al español se los clasifica como grupo indígena, ello en el contexto nacional y, obviamente, descartando a los idiomas extranjeros distintos al español; en ese aspecto, se han identificado 68 agrupaciones lingüísticas, es decir, existen 68 diferentes agrupaciones indígenas que ocupan distintas regiones del territorio nacional, según el trabajo de investigación elaborado por el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INEGI) (Diario Oficial Federal,41;2008); por tanto, existen perfectamente identificados y localizados 68 grupos indígenas en México; ellos representan el 6.5% del total de la población (INEGI), por ende, representan una minoría en nuestro concierto poblacional, lo que los convierte en un segmento de la población muy vulnerable que no ha alcanzado aún la consideración social y económica que merecen, dada su condición de habitantes primarios del territorio de lo que hoy es nuestro país.

POLÍTICAS INDÍGENAS

En nuestro país, de manera evidente, las políticas públicas tendientes a apoyar a los pueblos indígenas se han diseñado y desarrollado de manera político-electoral y con un sesgo clientelar, es decir, con el propósito de crear reservas de simpatizantes del partido en el poder, en el ámbito federal y estatal, lo cual ha creado divisionismo e incluso más pobreza entre los grupos indígenas debido al trabajo político-partidista al que se les ha expuesto, ya que, si bien es cierto que la legislación ha reconocido el derecho de las etnias para aprovechar sus recursos naturales localizados en las áreas en las cuales se asientan, con exclusión de los recursos estratégicos para la nación, también es cierto que se han visto impedidos de hacerlo por la falta de recursos para explotarlos.

Es evidente que, en nuestro país, las políticas públicas dirigidas a los grupos indígenas siempre han tenido un carácter paternalista, e incluso populista, de tal forma que no se les ha educado para hacer uso de sus derechos de autodeterminación y exigir lo que por ley les corresponde porque han permanecido al amparo de la ayuda federal o estatal para paliar sus necesidades.

Es cierto que hubo épocas en las cuales se ha apoyado a ciertos grupos indígenas con infraestructura agroindustrial o ganadera, pero esos proyectos han fracasado por la falta de una política integral dirigida a protegerlos de los grandes consorcios que han causado su ruina, así como de una cultura diferente para la realización de los negocios"; y una política de apoyo para el florecimiento y consolidación de esos proyectos agroindustriales o ganaderos.

En conclusión, las políticas indigenistas en México, al parecer, no han dado los resultados que se requieren debido a que se observa atraso económico y social de todas las comunidades calificadas como tales.

LEGISLACIÓN APLICABLE

En el ámbito internacional, tenemos que el Estado mexicano, en el año 1990, ratificó el Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en materia de derechos de estas comunidades, ocurrido en el seno del organismo especializado en cuestiones relativas al trabajo de la ONU, por sus siglas en inglés denominado OIT (Organización Internacional del Trabajo), es el único instrumento internacional de carácter vinculatorio en relación con los derechos de las comunidades indígenas independientes.

No obstante, el legislador mexicano se ha visto influenciado para legislar en materia de derechos indígenas en la Carta de las Naciones Unidas, siendo una referencia indispensable para estimular el desarrollo de los derechos y garantías del hombre sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma, religión o condición social.

De igual forma, ha servido de guía para la legislación indígena, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual establece que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

También sirve de orientación el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), cuyo artículo 27 sienta las bases para que en los Estados donde existan minorías étnicas no se impida a los miembros de estas su derecho a la autodeterminación, como lo representa su propia vida cultural, religión e idioma.

Sin embargo, pese a todos los tratados en materia de derechos humanos de los que México es parte, no fue sino hasta la adhesión al convenio 169 mencionado con antelación que se dio pie para que nuestro país adoptara una política de protección y reconocimiento de los derechos de las etnias en nuestro país, pues en 1992 se adicionó un primer párrafo al artículo 4 de la Constitución Federal que reconoció la composición pluricultural de la nación mexicana, sustentada en sus pueblos indígenas.

En ese mismo sentido, y dando continuidad a la política de protección a los derechos de pueblos indígenas, en el año 2001, entre otras modificaciones, se adicionó un tercer párrafo al artículo 1 de la Constitución

Federal, relativo a la prohibición de toda discriminación motivada por origen étnico o nacional. Así mismo, en el artículo 2, se acogió el contenido del primer párrafo del artículo 4 constitucional, que en su primer párrafo contiene la definición constitucional de “pueblos indígenas”, definiéndolos como: «aquellos que descienden de poblaciones que habitaban el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas» (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2018).

El cuarto párrafo del mencionado artículo 2 de la Constitución define a las comunidades integrantes de un pueblo indígena como: «aquellas que forman una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres» (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2018).

Por otro lado, el quinto párrafo del artículo 2 de la Constitución establece la obligación de los Estados y de la federación para que tanto la constitución como las leyes generales reconozcan a los pueblos y comunidades indígenas. Además de ello, se agregaron los apartados A y B que, entre otras cosas, establecen el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la autodeterminación otorgándoles autonomía, pero, además, se sientan las bases rectoras bajo las cuales el Estado habrá de garantizar el cumplimiento de tales derechos.

En resumen, el apartado A del artículo 2 reconoce el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas, otorgándoles autonomía para crear sus propias estructuras sociales y de administración acordes con sus costumbres, facultándolos para delinear su propio marco jurídico interno con la única salvedad que este tendrá que ajustarse a la norma constitucional en materia de garantías individuales y derechos humanos, sin que esto sea óbice para la preservación de su identidad como comunidades autóctonas.

Así mismo, el apartado B del artículo constitucional en mención, establece las bases bajo las cuales la federación, Estados y municipios deberán promover la igualdad de oportunidades de los pueblos indígenas mediante la creación de instituciones y políticas públicas que garanticen la vigencia de sus derechos y el desarrollo de sus pueblos y comunidades.

En síntesis, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la norma rectora en materia de legislación mexicana para abordar el estudio de los derechos de los pueblos indígenas y, en materia federal, algunas leyes nos hablan del respeto y adecuación a procedimientos administrativos y judiciales para la atención a los indígenas y a los pueblos indígenas, como La Ley General de Desarrollo Social, Ley de Desarrollo Rural Sustentable, Ley General de Equilibrio Ecológico, Ley de Desarrollo Forestal Sustentable, Ley General de Educación, Ley Federal de Derechos de Autor, Ley agraria, Códigos penales, locales y federal, Código Nacional de Procedimientos Penales, Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Ley del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, entre otras. Asimismo, de los 31 Estados o entidades federativas, solo 21 de ellos contemplan una legislación indígena en apego al mandato constitucional.

Es pertinente aclarar a estas alturas que toda legislación dirigida a reconocer, organizar, coordinar, hacer respetar y desarrollar los derechos de los pueblos indígenas ha de observar los siguientes aspectos como derechos fundamentales de los pueblos indígenas: a) considerarlos sujetos de derecho, reconociéndoles personalidad jurídica y patrimonio propio; b) concederles un real derecho a la autodeterminación; c) respetar y hacer respetar sus sistemas normativos; d) reconocer, respetar y promover sus derechos culturales; e) delimitar sus territorios y reconocer sus derechos a sus tierras y recursos naturales; f) otorgarles derecho a ser consultados y a participar en las decisiones que puedan afectarles; g) reconocerles su derecho a participar en las decisiones políticas que puedan afectar a sus comunidades y al país en general; y g) legislar sobre sus procedimientos y coordinación con las autoridades municipales, estatales y federales en la procuración de justicia dentro de sus pueblos.

LOS DERECHOS HUMANOS DESDE EL EXTERIOR

Como se advierte de la simple lectura de la legislación constitucional que, en materia de política indígena aborda nuestra carta magna, la misma pretende que el Estado mexicano promueva, garantice, desarrolle y financie políticas públicas que permitan, en primer lugar, el reconocimiento y respeto a los pueblos indígenas, sus particularidades sociales, económicas, culturales y políticas como un acercamiento al reconocimiento de su autonomía y formas de autogobierno conforme a sus usos y costumbres; además, procurar el desarrollo de dichas comunidades al amparo de la legislación y de los presupuestos de los tres niveles de gobierno.

Sin embargo, la legislación lisa y llana dista mucho de la realidad, pues los pueblos y comunidades indígenas sufren constantemente de atropellos a sus derechos humanos, y de la falta de garantías constitucionales que los preceptos comentados con antelación les resguardan; es la población más vulnerada por los abusos de autoridad y por el atropello de sus derechos en general, siendo la discriminación en su propio país uno de sus males menores, pues la falta de educación y satisfactores materiales los hace vulnerables a la explotación de su trabajo y a su utilización clientelar en la política del país lo que los margina más de la sociedad mestiza a la que pertenecen.

El asentamiento de los pueblos indígenas en zonas de difícil acceso también dificulta su atención por parte de los programas oficiales, que no son sino paliativos temporales a su miseria. Los problemas de pobre alimentación, falta de acceso a servicios educativos, falta de fuentes de empleo y de infraestructura en sus comunidades coloca a los indígenas en una situación precaria.

El gobierno federal, quien es el que más se avoca a atender con programas de ayuda alimentaria y laboral a las comunidades indígenas, destina muy poco presupuesto para dichos programas y los vuelve insuficientes para las carencias que enfrentan; aunado lo anterior a la explotación de sus recursos naturales por empresas transnacionales que de modo alguno se preocupan por abonarles progreso a cambio de dicha explotación, y el

gobierno, al contrario, facilita las cosas a dichas empresas con reformas a las leyes a fin de que sus negocios transiten sin problema en los territorios indígenas.

Hambre, enfermedades, ignorancia, atraso económico y rezago comunitario son los problemas que enfrentan los pueblos y comunidades indígenas en México como resultado de su falta de acceso a empleos debidamente remunerados, a servicios de salud dignos, a la falta de escuelas y una educación de calidad, amén de la falta de presupuestos para atender los rezagos de nuestras poblaciones indígenas.

Es cierto, se han emprendido cruzadas para hacer frente a la situación comentada, sobre todo a partir de los años 80, sin embargo, ello no ha sido suficiente y los indígenas forman parte de los millones de pobres que enfrentan carencias ancestrales a diario, sin que ninguna autoridad ni política pública sea capaz de terminar con sus necesidades.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en México, establece que: "México, tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas" (CNDH, 2016, p. 14); lo anterior indica que nuestro país es originalmente indígena y que su desarrollo social y cultural se ha basado en su cultura milenaria, por lo tanto, la cultura mestiza, que representa a la mayoría de la población, se encuentra alimentada por su pasado indígena y que sus representantes, es decir, las etnias o restos de ellas que actualmente habitan el territorio nacional deben ser consideradas desde esa perspectiva, a fin de hacerles llegar todo el apoyo oficial y civil, en la búsqueda de la superación y logro de estadios materiales de bienestar y satisfacción, puesto que, actualmente, carecen de los servicios básicos en la gran mayoría de sus comunidades y, en lo personal, sufren de esas consecuencias, aunado esto a la discriminación que la propia sociedad civil les endilga.

Por lo anterior, podemos afirmar que los derechos indígenas desde el exterior son formalmente plausibles, pero materialmente reprobables, puesto que no ha logrado coincidir la disposición legal con la realidad que viven nuestros hermanos indígenas, larga es la lista de explotaciones, humillaciones, necesidades y atropellos que colectiva y personalmente han

sufrido los pueblos indígenas. Se ha mencionado ya la falta de servicios educativos de calidad, falta de servicios de salud dignos, falta de apoyo a sus actividades productivas, falta de creación de fuentes de empleo remuneradas y, algo que ha sucedido últimamente con mayor énfasis, el despojo y ocupación de sus tierras y aguas con el pretexto de la instalación de empresas mineras, pesqueras, de turismo, de hidrocarburos, etc., que en nada les han beneficiado, cuando son ellos los propietarios primarios de dichos recursos naturales. Es rescatable lo expuesto por Lagunés Gasca (2012) en un artículo periodístico que habla sobre los proyectos que amenazan los territorios y existencia de los pueblos indígenas en diferentes lugares del país, sin que ellos fueran sometidos a consideración o consulta a partir de su diseño, tal y como lo establece la norma constitucional, lo que se traduce en una violación a sus derechos por parte del Estado (p. 31).

Lo asentado por Lagunés Gasca (2012) no es sino una triste realidad que campea en muchas partes del territorio nacional, las empresas transnacionales, con el visto bueno de gobiernos estatales y el federal, han allanado territorios indígenas sin la consulta previa que menciona; se ha tratado de verdaderas violaciones a sus derechos respecto a sus tierras y aguas, todo ello en aras de un interés público que disfraza el despojo de que son objeto diversos pueblos indígenas.

A manera de ejemplo, tenemos lo asentado por Godoy (2017), en reportaje especial de la revista PROCESO, al denunciar que en Ticul, una comunidad situada en el Estado de Yucatán, el proyecto Vega Solar 1, propiedad de la empresa estadounidense Sunpower Corporation, ganadora de la segunda subasta eléctrica del último septiembre organizada por el gobierno mexicano, construirá el parque fotovoltaico Ticul 1, de 740 megavatios/hora de generación eléctrica; dicho proyecto supone la destrucción de 640 hectáreas de selva.

Casos como los anteriores empiezan a abundar en el territorio nacional con la consecuente alarma para el resto de los pueblos indígenas, que ven violentados sus derechos sobre sus territorios ocupados ancestralmente.

Ahora bien, no solo los entes gubernamentales violan constantemente los derechos humanos de los pueblos indígenas y de sus integrantes, también la delincuencia organizada ha despojado y desplazado a muchos pobladores de las etnias en los estados de Guerrero, Oaxaca, Chiapas, Michoacán, merced a la violencia desatada contra la población civil que se resiste a sus prácticas de extorsión y de abusos constantes.

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL INTERIOR DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Un aspecto muy importante a considerar es nuestro concepto como sociedad mestiza respecto a la propiedad de la tierra, el papel de la mujer, los derechos de los niños y niñas, el valor otorgado a la familia y las consideraciones que, por razones de género, le corresponden a los hombres y mujeres. Puede suceder que nuestros conceptos y definiciones no coincidan con los que se manejan al interior de las comunidades indígenas, es decir, con base en el reconocimiento de su autonomía y autodeterminación, y al respeto hacia sus usos y costumbres, que representan su idiosincrasia, dicha declaración vaya dirigida a perpetuar o alentar la práctica de violación a los derechos humanos de los propios miembros de la comunidad, sean hombres o mujeres, niños o niñas.

En efecto, es conocido que bastantes etnias o grupos indígenas del país, sobre todo en la sierra de Oaxaca, Guerrero y la costa de Sonora, etc., le otorgan a la mujer un papel poco relevante en la vida de esas comunidades, de tal forma que se han documentado casos de venta de mujeres menores de edad, como lo indica Shaila Rosagel (2009) en un artículo publicado en el periódico Sonorense El Imparcial en mayo de 2004, donde refiere que la venta de niñas y mujeres Triqui es desde los 11 o 12 años, donde padecen la anulación de sus derechos humanos. De igual manera, los hombres Triquis, en uso de sus costumbres degradan a la mujer.

Como también lo expresó el periodista Oscar Rodríguez (2014) en el marco de los festejos del Día Internacional de la Mujer, donde organizaciones civiles condenaron que en Oaxaca siga habiendo violaciones graves a los derechos humanos de mujeres, como la venta de niñas indígenas.

Estableció que las organizaciones de derechos humanos, tanto de Europa, Latinoamérica, los Estados Unidos y Canadá, enviaron cartas de apoyo, a favor de la menor triqui que fue vendida por sus padres y anunciaron el inicio de una cruzada internacional a favor de la defensa de la mujer y en contra de la venta de niñas y mujeres, la cual es una forma de esclavitud moderna, perversa y silenciosa. (p. x).

Lo anterior expresa usos y costumbres que violentan los derechos humanos de las niñas y las mujeres en dichas comunidades indígenas; sin embargo, no solo este tipo de violaciones se presentan en las comunidades indígenas, existen otras de carácter político que vedan la participación de la mujer en la vida de sus comunidades, como fue el caso de Eufrosina Cruz, una indígena Zapoteca del estado de Oaxaca cuyo caso documentó el periodista mexicano Octavio Rodríguez Araujo a través de una publicación periodística en el diario La Jornada en el mes de noviembre del año 2008, en el que narra que, desde muy corta edad, Eufrosina decidió romper con el paradigma asignado por su comunidad a las mujeres, por lo cual decidió estudiar y trabajar; regresó como contadora pública a su pueblo natal en el año 2007, para posteriormente convertirse en candidata a un puesto de elección popular, el cual le sería arrebatado meses después por aquellos detractores (hombres) que no asimilaban que una mujer gobernara su comunidad, lo que dio muestra de la intolerancia y el machismo arraigado que existe en pleno siglo XXI.

Por lo comentado, la violación de los derechos humanos, sobre todo de las mujeres y niñas indígenas, se da en el marco de la práctica de los usos y costumbres de sus comunidades, en su totalidad dominados por los hombres, lo que nos da como resultado que a la mujer se le relegue desde pequeña en dichas comunidades en un rol que permite la violación y el abuso en su contra, impidiendo que acceda a mejores niveles de bienestar dentro de su propia comunidad dominada por los varones. También se han documentado violaciones de los derechos humanos de varones quienes, al amparo de usos y costumbres, son sometidos a castigos corporales crueles e inusitados.

Por lo asentado, es pertinente que el Estado se preocupe por llevar a cabo políticas públicas que, no obstante, promuevan el respeto a los usos y costumbres de los pueblos indígenas desde el exterior, y también se promueva el respeto a esos derechos humanos al interior de sus comunidades, de tal manera que se introduzcan prácticas educativas tendientes a transformar la ideología social de los varones, sobre todo, con respecto al papel de la mujer y el conocimiento y respeto a los derechos humanos entre ellos.

CONCLUSIONES

El tema de los derechos humanos de las comunidades indígenas tiene dos vertientes, la primera es el reconocimiento de sus derechos fundamentales, el respeto a los mismos, y la concientización de la sociedad y del Estado respecto al derecho ancestral de dichos pueblos a contar con el reconocimiento de todos nosotros, a sus usos, costumbres, su cultura, el derecho a su autodeterminación, a disfrutar sus tierras y territorios, a impartir justicia en el marco de sus normas jurídicas propias, a ser consultados cuando una decisión gubernamental o social vaya a tocar sus intereses, derecho a participar en la vida política en general y a coordinarse para la procuración de justicia con las autoridades civiles; es decir, a contar con dicho reconocimiento para decidir, como personas jurídicas, todo aquello que concierne a sus derechos como naciones primarias.

Por otra parte, es preocupante que, frente al respeto a los derechos humanos de las comunidades indígenas, pregonados y plasmados en el texto constitucional y en algunas legislaciones secundarias, exista violación de los mencionados derechos humanos al interior de dichas comunidades, al amparo de sus usos y costumbres, lo que obliga a repensar el tema de sus conductas sociales, sobre todo con relación a la mujer, repensar la práctica educativa en las comunidades indígenas con el fin de desarrollar otra ideología que permita superar prácticas sociales que vulneran los derechos humanos de sus miembros, es decir, fomentar los valores democráticos, de justicia, equidad y de acceso de todos sus miembros a mejores niveles de bienestar material y humano.

CONFLICTO DE INTERESES

Los autores declaran la inexistencia de conflicto de interés con institución o asociación de cualquier índole.

REFERENCIAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (27 de agosto de 2018). Diario Oficial de Federación. México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). (2016). El derecho a la identidad de las personas y los pueblos indígenas. México: CNDH

Godoy, E. (2017, febrero 21). México, cuestionado por violación a derechos de pueblos indígenas. *Proceso*. Recuperado de <https://www.proceso.com.mx/475204/mexico-cuestionado-violacion-a-derechos-pueblos-indigenas>

Lagunés Gasca, R. (2012, diciembre 27). La reforma constitucional en derechos humanos y los pueblos indígenas. *La Jornada*. Recuperado de www.jornada.unam.mx/2012/12/27/opinion.

México. Diario Oficial de la Federación, (2008).

ONU. Convenio Núm. 169 de la OIT. Pueblos indígenas y tribales. 1989

ONU. Carta de las Naciones Unidas. 1948

ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966.

- Rodríguez, O. (2014). La venta de niñas indígenas oculta en el manto de los usos y costumbres. *Oaxaca digital*. Recuperado de <http://oaxaca.me/la-venta-de-niñas-indigenas-oculta-en-el-manto-de-usos-y-costumbres>
- Rodríguez, O. (2014, marzo 7). Venta de niñas y mujeres en Oaxaca, es una esclavitud moderna. *Milenio*. Recuperado de <https://www.milenio.com/estados/venta-ninas-mujeres-oaxaca-esclavitud-moderna>
- Rodríguez Araujo, O. (2008). Eufrosina Cruz, una mujer emblemática. *La Jornada*. Recuperado de www.jornada.unam.mx/2008/11/27/index.php.
- Rosagel, S. (2009, mayo 22). Guarda huellas de la muerte [Mensaje de un blog]. Recuperado de <http://shailarosagel.wordpress.com/2009/05/22>
- Bailón, M., y Brokmann, C. (2011). *Los pueblos Indígenas de México y sus Derechos: una breve mirada*. Recuperado de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4759-los-pueblos-indigenas-de-mexico-y-sus-derechos-una-breve-mirada-coleccion-de-la-cndh>

LA RESPONSABILIDAD POR CUOTA DE MERCADO EN EL DAÑO AMBIENTAL. ¿UNA SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS AMBIENTALES?¹

RESPONSIBILITY FOR THE MARKET FEE IN ENVIRONMENTAL DAMAGE. A SOLUTION TO THE PROBLEM OF ENVIRONMENTAL NEGATIVE EXTERNALITIES?

*Pablo Andrés Estrada García**

Recibido: agosto 16 de 2019–Aprobado: septiembre 20 de 2019 – Publicado: diciembre 16 de 2019

Artículo de investigación

Forma de citar este artículo en APA:

Estrada García, P. A. (julio-diciembre, 2019). La responsabilidad por cuota de mercado en el daño ambiental. ¿Una solución al problema de las externalidades negativas ambientales? *Summa Iuris*, 7(2), pp. 309-325. DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3485>

Resumen

El presente artículo de investigación cuestiona la conveniencia y posibilidad de aplicar la responsabilidad por cuota de mercado (*market share liability*) en la imputación de daños ambientales en el ordenamiento jurídico colombiano. En primer lugar, se desarrolla el principio de contaminador-pagador y el problema de los recursos naturales desde una perspectiva económica. En segundo lugar, se explica el concepto de responsabilidad por cuota de mercado evidenciando la posibilidad de aplicación a otros supuestos no contemplados por la jurisprudencia anglosajona. En tercer lugar, haciendo uso de algunas herramientas del análisis económico del derecho, se señalan dos argumentos, uno a favor y otro en contra, de la posibilidad de aplicación de la responsabilidad

¹ Investigación elaborada en el marco del proyecto de investigación: La responsabilidad por cuota de mercado en el daño ambiental. Facultad de Derecho Universidad Católica Luis Amigó.

* Magister en Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia. Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros, UPB. Docente universitario, Universidad Católica Luis Amigó, Corporación Universitaria Lasallista, Institución Universitaria Salazar y Herrera. Abogado litigante y consultor de empresas. Contacto: abogadopabloestrada@gmail.com

proporcional en los daños ambientales. Y, por último, se concluye con la necesidad de realizar un estudio desde diferentes perspectivas que permita ponderar los intereses en juego.

Palabras clave:

Análisis económico del derecho; Daños ambiental; Internalización de externalidades.

Abstract

This research article questions the desirability and possibility of applying the responsibility for market share (market share liability) in the imputation of environmental damages in the Colombian legal system. First, the polluter-payer principle and the problem of natural resources are developed from an economic perspective. Secondly, the concept of responsibility for market share is explained, evidencing the possibility of application to other cases not contemplated by the Anglo-Saxon jurisprudence. Thirdly, using some tools of economic analysis of law, two arguments are pointed out, one in favor and one against, of the possibility of applying proportional responsibility in environmental damages. And finally, it concludes with the need to conduct a study from different perspectives that allows weighting the interests at stake.

Keywords:

Economic analysis of law; Environmental damage; Internalization of externalities.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta investigación es observar preliminarmente si la responsabilidad por cuota de mercado (market share liability), propuesta en principio para la responsabilidad por productos defectuosos en el derecho anglosajón, puede llegar a ser una solución para resolver el problema de las externalidades negativas ambientales. En consecuencia, en la presente introducción se va a desarrollar, en primer lugar: el concepto del principio contaminador-pagador y el problema de los recursos naturales desde la perspectiva económica, para después desarrollar el concepto de externalidad negativa ambiental y las formas tradicionales de internalización de la externalidad.

Sin duda alguna, el hombre del siglo XX es artífice de una de las mayores transformaciones del planeta tierra, incluso los científicos han denominado este período geológico como el antropoceno. Y lo importante aquí no es que el hombre haya dejado huella, esa muesca ya era visible desde hace miles de años, tanto es así que los vestigios de la actividad humana quedarán para siempre grabados en todo el planeta como una cicatriz que atraviesa los estratos de la tierra que ni millones de eones serán suficientes para borrar. Lo verdaderamente trascendental es que en la historia de la tierra “nunca una sola especie ha cambiado por sí sola la ecología global” (Harari, 2016).

El hombre siempre ha tenido un interés especial en conocer el medio ambiente que le rodea², este conocimiento es esencial para la supervivencia de la especie en la tierra y, aunque antiguamente las fuerzas de la naturaleza podían destruir a la humanidad en solo una fracción de segundo, hoy en día, desafortunadamente, los roles se han invertido y es la humanidad la que puede destruir a la naturaleza con igual rapidez. Es por esto que la capacidad destructiva del uso de energía térmica, química y eléctrica,

² Como lo señalan los profesores White & Preston (1997): “Las palabras ecología y economía derivan interesantemente de la misma raíz griega Oikos, que significa literalmente casa. Mientras la economía trata principalmente de comprender el comportamiento humano en las instituciones sociales y la teoría de la elección, la ecología es la ciencia o estudio de todos los otros seres vivos y sus relaciones con otros organismos y su ambiente. Sin embargo, a pesar de que la ecología y la economía son disciplinas claramente separadas, muchos de los procesos y conceptos dentro de los dos, son muy similares, incluyendo el uso de los recursos, la transformación material, el crecimiento poblacional y la competencia. A pesar de las similitudes entre el sistema natural y el sistema social, esta dicotomía se ha mantenido tanto en la academia como en la cultura popular y como resultado se ha oscurecido las similitudes en estas dos escuelas de pensamiento” (p. 25).

fruto de los avances tecnológicos de la era industrial, supuso una serie de nuevos riesgos para la salud y el medio ambiente que no permiten acudir a un criterio de imputación de resultados sustentados en la culpa³.

Es de anotar que, en temas relativos a la protección del medio ambiente, se ha acudido a la regla de derecho él que *contamina, paga*; en la doctrina foránea también se ha denominado como *polluter pays principle*. Aunque en sus orígenes la regla, más que un criterio de imputación de daños, se trató de un principio de atribución de costes (cost-allocation), en la actualidad, se ha convertido en una verdadera regla de imputación de daños ambientales, donde la causalidad es el único fenómeno de imputación.

Desde la perspectiva económica, la mayoría de los recursos ambientales son bienes “comunes”, es decir, son libres desde el punto de vista de su utilización, pero rivales desde el punto de vista del consumo, esto significa que cada persona puede acceder a ellos de manera gratuita e irrestricta (sin exclusión), mientras que el uso del bien por parte de una persona impide o reduce la capacidad de otra persona más para usarlo o disfrutarlo (rivalidad). Es por esto que, ante la ausencia de mecanismos eficientes de internalización de costos ambientales, las personas tenderán a la sobreexplotación⁴, pues las consecuencias negativas se distribuyen entre toda la comunidad, mientras las utilidades del uso desmedido permanecen en su haber.

³ Se puede afirmar que el criterio de la culpa es insuficiente para la imputación de resultados con el uso de nuevas tecnologías por la previsibilidad de los daños que puedan ocasionarse. Si no se puede prever, no se es culpable, y solo puede saberse de los verdaderos riesgos de una nueva tecnología cuando esta es implementada por un gran número de personas.

⁴ Mediante una exposición sencilla, Hardin (trad. en 1995) explica la profundidad del concepto de la siguiente manera: “La tragedia de los recursos comunes se desarrolla de la siguiente manera. Imagine un pastizal abierto para todos. Es de esperarse que cada pastor intentará mantener en los recursos comunes tantas cabezas de ganado como le sea posible. Este arreglo puede funcionar razonablemente bien por siglos gracias a que las guerras tribales, la caza furtiva y las enfermedades mantendrán los números tanto de hombres como de animales por debajo de la capacidad de carga de las tierras. Finalmente, sin embargo, llega el día de ajustar cuentas, es decir, el día en que se vuelve realidad la largamente soñada meta de estabilidad social. En este punto, la lógica inherente a los recursos comunes inmisericordemente genera una tragedia. Como un ser racional, cada pastor busca maximizar su ganancia. Explícita o implícitamente, consciente o inconscientemente, se pregunta, ¿cuál es el beneficio para mí de aumentar un animal más a mi rebaño? Esta utilidad tiene un componente negativo y otro positivo. 1. El componente positivo es una función del incremento de un animal. Como el pastor recibe todos los beneficios de la venta, la utilidad positiva es cercana a +1. 2. El componente negativo es una función del sobrepastoreo adicional generado por un animal más. Sin embargo, puesto que los efectos del sobrepastoreo son compartidos por todos los pastores, la utilidad negativa de cualquier decisión particular tomada por un pastor es solamente una fracción de -1. Al sumar todas las utilidades parciales, el pastor racional concluye que la única decisión sensata para él es añadir otro animal a su rebaño, y otro más... Pero esta es la conclusión a la que llegan cada uno y todos los pastores sensatos que comparten recursos comunes. Y ahí está la tragedia. Cada hombre está encerrado en un sistema que lo impulsa a incrementar su ganado ilimitadamente, en un mundo limitado. La ruina es el destino hacia el cual corren todos los hombres, cada uno buscando su mejor provecho en un mundo que cree en la libertad de los recursos comunes. La libertad de los recursos comunes resulta la ruina para todos [cursivas añadidas]”.

De igual forma, en economía el concepto de bien común se encuentra asociado al de externalidad. Se denomina entonces externalidad al impacto de las acciones de una persona sobre el bienestar de las otras, en consecuencia, si el impacto es adverso a la sociedad, se denomina externalidad negativa, por el contrario, si el impacto la beneficia, le llamaremos externalidad positiva (Mankiw, 2011).

Desde la perspectiva anterior, los daños ambientales son típicamente externalidades negativas, esto significa que, para internalizar la externalidad, debe igualarse el costo privado de producción con el costo social⁵. Tradicionalmente se han utilizado dos mecanismos diferentes para la internalización de la externalidad, de un lado, según la corriente pigouviana, a través de los impuestos, y del otro, según el pensamiento coaseano, mediante la negociación de las partes involucradas. Ahora bien, puede agregarse que donde los costos de transacción son apreciablemente altos, y estos impiden que las partes involucradas en ellos puedan obtener de manera negociada una solución eficiente, el mismo Coase (1960) establece la necesidad de que el sistema jurídico asigne los derechos del modo que conduzca a la situación más eficiente, este postulado es conocido como el Corolario al Teorema de Coase. En ese sentido, puede concluirse que los sistemas de responsabilidad civil, incluyendo el de responsabilidad ambiental, desde el punto de vista netamente económico, sirven como mecanismo subsidiario del mercado, pues buscan simular las asignaciones que este haría en relación con los beneficios, riesgos y costos asociados a las transacciones (Pinzón Camargo, 2010).

⁵ De acuerdo con la explicación de Cobo Villa (2013): “Por tanto aquí se reúne dos conceptos: eficiencia en la empresa ($CM_g=IM_g$) y eficiencia social ($CM_g=P$). Para que estos dos criterios se cumplan debe cumplirse que el coste marginal se iguale al ingreso y al precio ($CM_g=IM_g=P$). Sin embargo, esta condición puede no lograrse principalmente por la morfología del mercado, el único mercado en que el precio es igual al ingreso marginal es la competencia perfecta, en este modelo todos los agentes son precio-aceptantes sin posibilidad de alterarlos de forma individual. Pero incluso de esta manera no es posible garantizar la eficiencia porque podría darse el caso de que los precios no sean relevantes, en estos casos la actividad de las empresas genera ineficiencias en la distribución de los recursos con que cuenta una economía. Así nos encontraríamos en una situación en el mercado que no es eficiente (fallo de mercado) y se requeriría la actuación de Estado para solucionarlo. En economía es clara la noción de que el comportamiento de un individuo puede afectar al bienestar de otro. Un cambio en el comportamiento no tiene por qué alterar la eficiencia del mercado si este cambio se manifiesta a través del sistema de precios. Cuando la actividad de un agente (individuo o empresa) influye directamente en el bienestar del otro de modo que no aparece reflejado en los precios del mercado el efecto recibe el nombre de externalidad (porque el comportamiento del agente afecta directamente al bienestar de otro agente que es “externo” a aquel). A diferencia de lo que ocurre con los efectos que se transmiten a través de los precios, las externalidades actúan de manera negativa sobre la eficiencia económica. En este escenario los precios han perdido relevancia para juzgar la eficiencia social ya que los precios relativos no se corresponden con los costes marginales relativos. Existen externalidades cuando los costes privados no igualan a los costes sociales, generando niveles de producción que no son socialmente óptimos y generando así una ineficiencia económica”.

La responsabilidad por cuota de mercado resuelve un problema de imputación de la responsabilidad por productos defectuosos. De esta manera puede afirmarse que, extrapolando la responsabilidad por cuota de mercado a los daños ambientales, esta actuaría materialmente como un mecanismo de internalización de la externalidad negativa ambiental.

Así las cosas, el desarrollo del presente texto entonces contendrá cuatro apartes: el primer aparte consiste en la introducción; en un segundo aparte se expondrá lo relacionado con la responsabilidad por cuota de mercado; finalizado este, en un tercer aparte, se estudiarán un argumento a favor y otro en contra de la adopción de esta teoría utilizando las herramientas del análisis económico del derecho; y, por último, en el cuarto aparte, se presentarán las conclusiones.

LA RESPONSABILIDAD POR CUOTA DE MERCADO (MARKET SHARE LIABILITY)

En el acápite anterior se analizaron, de manera general, los presupuestos económico-jurídicos de la responsabilidad por daños medioambientales; de igual manera se ofrecieron algunas notas características de las externalidades negativas ambientales y las formas tradicionales de internalización. Ahora es importante señalar los problemas de imputación de los daños ecológicos desde la teoría de la responsabilidad civil y cómo la responsabilidad por cuota de mercado (market share liability) puede llegar a ser una alternativa de solución a estos problemas de vinculación⁶.

Desde la óptica de la responsabilidad civil, los daños ecológicos tienen dos características primordiales que hacen difícil realizar la imputación de responsabilidad a un agente determinado. Por un lado, sin duda alguna, es el largo período de latencia de los daños ambientales, es decir, el lapso entre la contaminación y la observación de sus efectos, y por el otro,

⁶ La causalidad o el nexo de causalidad en la teoría de la responsabilidad civil, es sin duda, uno de los problemas más oscuros planteados por la responsabilidad civil (Starck, 1947, p. 438). En principio, la causalidad hace alusión a dos conceptos, que si bien están relacionados entre sí no son equivalentes, pues la presencia de uno no determina la existencia del otro. De una parte, se encuentra el relacionado con la causalidad material, la cual permite identificar el encadenamiento de eventos que se sucedieron para hacer posible la existencia de un daño, y de otra parte el aludido de la causalidad jurídica (imputación), la cual permite señalar entre los agentes intervinientes en el proceso causal, aquel que debe responder por los perjuicios producidos.

cuando son varios agentes contaminadores los que afectan simultánea o sucesivamente un mismo ecosistema, los efectos sinérgicos y acumulativos de los actos de polución.

El caso *Sindell vs. Abbott Laboratories* (1980), uno de los casos de responsabilidad por productos defectuosos que ha dado lugar a una de las más interesantes teorías de la imputación del daño en la responsabilidad civil, comparte con los daños ambientales las características anteriormente señaladas: un número extenso de víctimas, un largo período de latencia y una pluralidad de agentes responsables. Los hechos juzgados se resumen de la siguiente manera: un grupo de empresas farmacéuticas dedicadas a la fabricación, promoción y comercialización del estrógeno sintético dietilestilbesterol (DES), un medicamento utilizado para disminuir el riesgo de aborto en las mujeres embarazadas y vendido sin fórmula médica entre 1941 a 1971, fueron demandadas por las hijas de las madres que tomaron el estrógeno, debido al desarrollo del adenocarcinoma vaginal de células claras y otras formas de cáncer asociado a la exposición del estrógeno in utero.

El problema principal del adenocarcinoma de células claras es que solo puede ser diagnosticado con certeza cuando los fetos expuestos al estrógeno sintético nacen y alcanzan la pubertad entre los diez y doce años, y dado que el dietilestilbesterol (DES) era un medicamento genérico (pues más de trescientas empresas farmacéuticas lo fabricaban con la misma fórmula), no se podía establecer con certeza cuál medicamento de las empresas demandadas había consumido la madre de la víctima. Aunque pareciera ser esta situación un caso más de causalidad alternativa o de "culpa anónima", es decir, cuando el daño pudo haber sido producido por varias personas, pero el demandante desconoce cuál de ellas fue⁷, la realidad es que las circunstancias fácticas obligan a hacer un análisis diferente.

⁷ Como en el ejemplo típico de clase donde dos tiradores con idénticas armas disparan hacia un arbusto donde se cree que hay un animal de caza, uno de los proyectiles impacta una persona que se encontraba escondida detrás de ellos y el otro se pierde en la tierra, sin poderse determinar de cuál de las dos armas provino el disparo fulminante. Es evidente, que solo uno de los disparos fue la causa de la muerte, por lo que el daño debe atribuirse solo a uno de los cazadores.

Es claro entonces que si al caso anteriormente descrito se le hubiesen aplicado a rajatabla los principios e instituciones del derecho de daños, tendría que concluirse o bien que los demandantes no probaron el nexo de causalidad entre el daño por ellos padecido y el hecho generador, que es un tema sustancial y de la estructura de la responsabilidad, o bien que no es posible identificar concretamente al agente responsable, por lo que no habría legitimación en la causa por pasiva, que es un asunto procesal relacionado con los presupuestos procesales de la pretensión.

En el common law, el derecho vigente no proviene de un acto estatal, como la expedición de una norma por parte del legislativo o de la promulgación de un decreto reglamentario por conducto del ejecutivo, sino que los jueces deben acudir al precedente judicial para deducir la regla de derecho vigente, en otras palabras: "(...) los jueces deben extraer el fundamento de sus sentencias de otras sentencias pronunciadas en casos similares por otros jueces y, en última instancia, de los antecedentes más remotos (...)" (Aftalion, Vilanova y Raffo, 1999). El jurista de tradición anglosajona no tiene por ende un cuerpo normativo⁸ que estipule claramente los eventos en los que puede o debe aplicar la responsabilidad por cuota de mercado. Sin embargo, la doctrina legal anglosajona ha identificado una serie de supuestos fácticos que deben presentarse para que pueda ser aplicada la teoría en estudio.

El primero de los rasgos característicos que se analiza normalmente por parte de los juristas anglosajones, en la responsabilidad por cuota de mercado, es el de la perfecta fungibilidad de los productos. Pero, ¿qué significa perfecta fungibilidad? Desde el punto de vista económico-jurídico, la fungibilidad es un concepto asociado a la sustituibilidad, es decir, a una categoría imaginada por un grupo social que agrupa una serie de individuos que comparten características físicas, económicas, funcionales y cualquier otra que lo haga intercambiable unas por otras⁹ (Ternera Barrios, 2011). Debe entenderse entonces que, en el caso del estrógeno sintético dietilestilbesterol (DES), la fungibilidad se definió como "intercambiabili-

⁸ Lo más similar a un cuerpo normativo son los Restatements of the Law, las compilaciones de casos realizadas por el American Law Institute.

⁹ Por eso hoy cambiamos casas por bit-coins, millas por viajes o puntos por productos, porque la sociedad les asigna a datos electrónicos valor en el imaginario colectivo, y esto los convierte en fungibles a pesar de su inexistencia en el mundo fenomenológico.

dad funcional” (Rostron, 2004), esto quiere decir que, en el caso en comento, todas las drogas fabricadas por las empresas farmacéuticas con este componente activo utilizaron la misma fórmula y los dispensaron en las droguerías indistintamente, pues se trataba verdaderamente de un medicamento genérico y la composición química no fue patentada por nadie.

Los tribunales americanos también han asociado el término de fungibilidad con el de indistinguibilidad física, lo cual significa que cada fabricante elabora una versión del producto que es indistinguible del resto (Rostron, 2004). Las dificultades de las anteriores definiciones es que la fungibilidad termina dependiendo del parámetro que se asuma para comparar; en otros términos, significa que depende necesariamente del mercado relevante¹⁰ del que hagan parte y del que se pretenda analizar. Por ejemplo, si tomamos como mercado relevante los productos lácteos, serían sustitutos los quesos, la mantequilla y la leche (todos pertenecen a la categoría de lácteos), sin embargo, como puede observarse en sus respectivos procesos de producción, difieren sustancialmente, por lo que pueden ser fungibles como lácteos, mas no por proceso de producción.

Haciendo un análisis más detallado del caso en estudio, puede decirse que todos los productos fabricados con la misma fórmula química comparten, a su vez, otra especie de fungibilidad, esto es, que todos los productos son “igualmente defectuosos” (Rostron, 2004, p. 6). El estrógeno sintético dietilestilbesterol (DES) no es un producto defectuoso per se (de hecho, en algunos tipos de cáncer inoperables (como el de próstata y el de mama) se recomienda su utilización). El producto se vuelve defectuoso cuando es utilizado como antiabortivo porque, en estos casos, se ve seriamente comprometida la salud de las niñas que están por nacer. Lo que nos lleva a concluir que, en responsabilidad por productos defectuosos, la fungibilidad debe asociarse más al concepto de *uniformidad del riesgo* que al de *sustituibilidad*. Así pues, como lo señala el profesor Ruda González (2003) “(...) es que todas las unidades del mismo producto gene-

¹⁰ La Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana (Petit, 2008) lo define así: “En forma más simple, el ‘mercado relevante’ es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares, lo que le otorga una doble dimensión: De productos o servicios y geográfica o territorial. En esa tesitura, para que exista mercado relevante es necesario que un conjunto de bienes o servicios iguales o similares estén al alcance del consumidor en un territorio lo suficientemente extenso como para que el consumidor esté dispuesto a obtener la mercancía o servicio en algún punto de ese espacio geográfico, en el tiempo en que aquél esté dispuesto a esperar para satisfacer su necesidad.”

ran el mismo riesgo de sufrir el daño, de modo que cuantas más unidades haya puesto en circulación un fabricante, más habrá aumentado el riesgo de que alguien lo consuma (...).”

Ahora bien, si lo que en realidad caracteriza la responsabilidad por productos defectuosos es la uniformidad del riesgo, es posible entonces ampliar su aplicación a productos no fungibles, siempre que se identifique el riesgo uniforme que los comprenda. Significa lo anterior que la responsabilidad por cuota de mercado es una especie de responsabilidad existente dentro de una categoría más amplia denominada “responsabilidad por cuota proporcional” (Theory of Proportional Share Liability) (Rostron, 2004). Este principio de uniformidad del riesgo puede ser perfectamente extrapolado a la responsabilidad por contaminación ambiental, cuando múltiples agentes económicos realicen vertimientos al medio ambiente de idénticas sustancias químicas. Significa lo anterior que lo fungible de la responsabilidad ambiental son los residuos contaminantes que se vierten al ambiente.

Son múltiples los ejemplos de contaminación a los cuales puede ser aplicada la responsabilidad por cuota de mercado, o de una manera más técnica, por cuota de polución. Entre ellos se destaca la lluvia ácida, la extracción de recursos naturales no renovables, la contaminación por herbicidas, la contaminación por material particulado y, en general, a cualquier alteración o modificación desfavorable en el medio ambiente o en alguno de sus componentes. De esta manera, lo más importante será determinar que las actividades o procesos productivos involucrados generen el mismo tipo de vertimiento en el ambiente y que este se encuentre asociado al daño ambiental que se pretenda analizar.

UN ARGUMENTO A FAVOR Y OTRO EN CONTRA DE LA ADOPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR CUOTA DE POLUCIÓN

En el aparte anterior examinamos la responsabilidad por cuota de mercado, a través del estudio del caso más icónico de responsabilidad por productos defectuosos que le dio origen a la teoría; de igual forma, estu-

diamos de qué manera los presupuestos materiales de aplicación podían ser traslapados a la responsabilidad por daño ambiental mediante el desarrollo del concepto de *responsabilidad por cuota de polución*, esta última como una de las especies de responsabilidad proporcional. En este punto es importante señalar un argumento a favor y otro en contra de la aplicación de la responsabilidad ambiental por cuota de polución, utilizando algunas herramientas del análisis económico del derecho. No sin antes señalar que es perfectamente viable aplicar la responsabilidad proporcional en el ordenamiento jurídico colombiano.

Es absolutamente claro que, desde la normativa colombiana, cuando un daño ambiental es ocasionado por dos o más agentes contaminadores, la responsabilidad entre ellos frente a las víctimas es solidaria e ilimitada. Así lo dispone el artículo 2344 del Código Civil cuando establece:

si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2355. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso (Código Civil, 1887).

Sin embargo, el artículo transcrito consagra dos excepciones a la responsabilidad solidaria, la primera consagrada en el artículo 2350¹¹ del Código Civil, la cual obliga a distribuir la reparación o indemnización ocasionada por la ruina de un edificio en proporción al porcentaje de dominio sobre el bien, y la segunda consagrada en el artículo 2355¹² del Código Civil, la cual impone como obligación mancomunada entre los habitantes de una misma parte del edificio la reparación o indemnización con ocasión de los daños causados por objetos que caen o se arrojan de la misma parte de la edificación.

¹¹ Artículo 2350 del Código Civil: “El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto. Si el edificio perteneciere a dos o más personas pro indiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio.”

¹² Artículo 2355 del Código Civil: “El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola. Si hubiere alguna cosa que, de la parte de un edificio, o de otro paraje elevado, amenace caída o daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa, o que se sirviere de ella, y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción.”

Haciendo referencia los dos supuestos normativos de división de la responsabilidad, uno se encuentra asociado al derecho real de dominio, y el otro a una situación fáctica del hecho generador, por lo que, en el ordenamiento jurídico colombiano, no es desconocida la solución de imputar a un grupo de personas que comparten ciertas características comunes —la responsabilidad de un daño—, siempre que exista una razón de peso suficiente que justifique su división. De igual forma, también se puede encontrar fundamento normativo en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que establece “dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

Ahora bien, cuando los daños sean de difícil estimación, y los daños al ambiente cumplen con dicha característica, el juez aún puede otorgar una reparación *ex aequo et bono*. Lo anterior, significa que, en la responsabilidad por cuota de polución, donde existe un grupo homogéneo de actores contaminantes, podría perfectamente distribuirse la reparación o indemnización en razón de su participación en el acto de contaminación, sin estar-se contrariando el ordenamiento jurídico.

Según el modelo de demanda judicial propuesto por Chayes (1976), las relaciones jurídico-procesales se caracterizan, entre otras cosas, porque la demandad es bipolar, es decir, el proceso está organizado como una competencia entre dos individuos, o al menos de dos intereses diametralmente opuestos, donde el ganador lo obtiene todo (pp. 1282-1283). Esto significa que la reparación en la responsabilidad civil sigue usualmente la fórmula todo o nada (all or nothing approach). Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, el problema de la aproximación todo o nada es la generación inadecuada o excesiva de incentivos que reduzcan el riesgo de daño (Shavell, 2004). Así las cosas, cuando el agente contaminante realiza vertimientos de pequeñas cantidades de desechos tóxicos, no tendrán ningún incentivo para no hacerlo o para realizarlo de manera técnica o adecuada para el ambiente.

Dado lo anterior, es preferible una aproximación proporcional de la responsabilidad por cuota de contaminación¹³ debido a que, de esta manera, se obtienen socialmente los incentivos adecuados para la mitigación del riesgo de daño ecológico y se disminuyen los niveles de emisión de sustancias contaminantes. En este sentido, el profesor Faure (2009) señala que “la ventaja, desde el punto de vista de la eficiencia, es que el causante del daño está expuesto con precisión al exceso del riesgo que causó” [The advantage from an efficiency point of view is the injurer is precisely exposed to the excess risk which he caused] (p. 258)¹⁴, por lo que no se obtienen comportamientos oportunistas (Free Riders) de consumo o sobreexplotación de bienes ambientales.

Sin embargo, podría argumentarse, en contrario, que el efecto en los incentivos solo goza de validez si nos encontramos frente a múltiples agentes solventes e identificables pues, al realizarse un análisis más refinado, tendría que considerarse que los agentes contaminantes insolventes o difícilmente identificables no tendrían incentivos suficientes para invertir en prevención o en disminuir sus niveles de actividad. Esto se evidencia con mayor claridad cuando se analizan procesos industriales en economías extractivas, es decir, aquellas relacionadas con la obtención de flujos externos de riqueza a partir de la explotación de un recurso natural. Aquí el empresario, con la intención de maximizar, preferirá la mayor extracción en el menor tiempo posible, es decir, tratar de extraer la mayor cantidad de recursos posibles antes de que la actividad sea clausurada por la autoridad competente, por ende, los incentivos para la no contaminación o para la explotación sustentable no se generarán.

Adicionalmente, se crítica la adopción de un sistema de responsabilidad por daño ambiental sustentado en el principio de proporcionalidad en el que los costes “terciarios” (Calabresi, 1984), es decir, los costos ne-

¹³ En este sentido señala el doctrinante español Ruda González (2006): “A favor de dicha aplicación se encuentra posiblemente la consideración de que la responsabilidad por cuota de mercado supone un cambio de paradigma frente a la responsabilidad civil tradicional. Frente al modelo clásico de litigación uno contra uno, introduce la idea de que debe obtenerse un resultado ajustado no tanto frente a una víctima individual, como frente a un colectivo de víctimas. Ya no es preciso verificar un nexo causal individual sino una mera probabilidad estadística de nexo causal, como evidencia el que el fabricante de- mandado no pueda exonerarse mediante la prueba de que no fabricó la concreta unidad del producto que causó el daño a la víctima. De la responsabilidad basada en la imputación individual se pasa así a una especie de responsabilidad colectiva por la creación de un peligro y, al mismo tiempo, de la justicia conmutativa a la justicia distributiva. Por ello, el efecto positivo de la regla es –en teoría– tan grande, casi milagroso, que parece mentira que no se haya adoptado antes” (p. 356).

¹⁴ Traducción propia: “...When there is a 40 percent chance, as was the case in our example, that the harm was caused by the tort, the victim will be awered 40 percent of his loss.

cesarios para administrar el sistema de responsabilidad o para imputar la responsabilidad a los intervinientes son prohibitivos, debido a la gran cantidad de información que se requiere para distribuir los daños entre los agentes contaminadores.

CONCLUSIONES

En el desarrollo del presente artículo se ha evidenciado el problema de los recursos naturales desde la perspectiva económica y cómo los mecanismos de internalización de las externalidades negativas ambientales funcionan bajo el principio de contaminador-pagador. En el mismo sentido, se demostró que la responsabilidad por cuota de mercado es un mecanismo eficiente para resolver un problema de imputación en la responsabilidad por productos defectuosos, que bien puede ser aplicada a la responsabilidad por daños ambientales. Posteriormente, se estableció una línea argumentativa tendiente a sustentar la aplicación de la responsabilidad proporcional ceñida a la cuota de polución de cara al ordenamiento jurídico colombiano. Finalmente, con las herramientas del análisis económico del derecho, se dio un argumento a favor de la adopción de la responsabilidad por cuota de polución desde la óptica de los incentivos a la prevención y disminución de los niveles de actividad, y un argumento en contra, desde el incremento de los costos terciarios de los daños.

Es claro entonces que los resultados preliminares del estudio de la responsabilidad por cuota de mercado o de polución en la responsabilidad por daño ambiental son inconclusos, por lo que es importante realizar un análisis pormenorizado que tenga en cuenta las herramientas del análisis económico del derecho para determinar la viabilidad de su adopción en el ordenamiento jurídico colombiano.

Lo que sí se demostró en el presente artículo de investigación es que la responsabilidad proporcional no es una solución desconocida en la normativa colombiana, y que es perfectamente adoptable, siempre que existan razones de peso que la justifiquen. Se piensa entonces que las razones

de peso pueden ser sustentadas desde los estudios de análisis económico del derecho, desde la filosofía de la responsabilidad civil o desde cualquier enfoque que permita ponderar los intereses en juego.

CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara la inexistencia de conflicto de interés con institución o asociación de cualquier índole.

REFERENCIAS

- Aftalion, E., Vilanova, J. y Raffo, J. (1999). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Calabresi, G. (1984). *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Ariel.
- Coase, R. H. (1960). The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*, III, 1-44. Recuperado de <http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>
- Cobo Villa, M. (2013). *Economía Ambiental y Costes Ambientales Externos. Protocolo de Kyoto y mercado de derechos de emisión de CO2*. Santander: Universidad de Cantabria.
- Chayes, A. (1976). The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, 89(7), 1281-1316. doi: 10.2307/1340256
- Colombia. Código Civil Colombiano. 1873.
- Descongestión en la Justicia. Ley 446 de 1998. Congreso de Colombia.

- Faure, M. (2009). Environmental liability. En M. Faure. *Tort Law and Economics* Vol. 1, (pp. 247-286). Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Harari, Y. N. (2016). *Homo Deus. Breve historia del mañana*. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial.
- Hardin, G. (1995). La tragedia de los comunes, H. Bonfil Sánchez (trad.). *Gaceta Ecológica*, (37). Recuperado de <http://www.arschile.cl/moodldata/2/Mod4/TragediaComunes.pdf>
- Mankiw, N. G. (2011). *Principios de Economía*. México: Cengage Learning.
- Petit, M. J. C. T. (2008). Yoli de Acapulco, S.A. de C.V., A 479/2006. Suprema Corte de Justicia de la Nación 18 de junio de 2008.
- Pinzón Camargo, M. A. (2010). *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Rostron, A. (2004). Beyond Market Share Liability: A Theory of Proportional Share Liability for Nonfungible Products. *UCLA Law Review*, 52(151), 151-215. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1017077
- Ruda González, A. (2003). La responsabilidad por cuota de mercado a juicio. *Indret*, (147), 1-34. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/147_es.pdf
- Ruda González, A. (2006). *El Daño Ecológico Puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*. Girona: Universitat de Girona.
- Shavell, S. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press.

Sindell v. Abbott Laboratories, 607 P.2d 924, 26 Cal. 3d 588, 163 Cal. Rptr. 132 (California Supreme Court 20 de March de 1980).

Starck, B. (1947). *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et peine privée*. París: L. Rodstein.

Terner Barrios, F. (2011). *Bienes*. Bogotá D. C.: Universidad del Rosario.

White, J. W., & Preston, K. P. (1997). Ecological Systems. En N. Mercurio. *Ecology, Law and Economics: The Simple Analytics of Natural Resource and Environmental Economics* (pp. 25-70). Maryland: University Press of America.

DESAFÍOS NORMATIVOS EN MATERIA DE AVANCES BIOMÉDICOS: UNA RELACIÓN NECESARIA ENTRE LA MEDICINA, LA INGENIERÍA Y EL DERECHO EN COLOMBIA¹

NORMATIVE CHALLENGES ON BIOMEDICAL ADVANCES: A RELATIONSHIP NEEDED BETWEEN MEDICINE, ENGINEERING AND LAW IN COLOMBIA

*Paula Andrea Vieira Ceballos**

Recibido: septiembre 6 de 2019–Aprobado: octubre 9 de 2019 – Publicado: diciembre 16 de 2019

Artículo de investigación

Forma de citar este artículo en APA:

Vieira Ceballos, P. A. (julio-diciembre, 2019). Desafíos normativos en materia de avances biomédicos: una relación necesaria entre la medicina, la ingeniería y el derecho en Colombia. *Summa Iuris*, 7(2), pp. 326-351. DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3486>

Resumen

Un requisito fundamental para la experimentación en el ámbito biomédico es que sea lícita, es decir, que el objeto perseguido, el fin de la acción y las circunstancias sean acordes a los derechos humanos y la norma.

Así, la competencia del congreso es señalar estas reflexiones axiológicas preponderantes y elaborar normas sancionables para salvaguardar la vida, la integridad personal, honra y dignidad, y limitar aquellos extremos que puedan quedar a la libre interpretación. De manera que es de vital importancia el diálogo entre la labor legislativa con

¹ Investigación elaborada en el marco del proyecto de investigación: Desafíos normativos en materia de avances biomédicos: una relación necesaria entre la medicina, la ingeniería y el derecho en Colombia, presentado en la facultad de Derecho de la USTA Colombia.

* Abogada, Universidad Santo Tomás. Investigadora de la Universidad Santo Tomás. Medellín-Colombia. Contacto: paulavc97@gmail.com

la ciencia para lograr el amparo del ser humano y su entorno, así como fomentar el desarrollo de la investigación científica, siempre y cuando esta sea beneficiosa para la humanidad.

Entre tanto, algunas innovaciones han incursionado en el quehacer médico, sin contar con regulación jurídica, lo cual representa desafíos normativos en cuanto a las posibilidades de emprender nuevas alternativas sobre el cuerpo, situación que conlleva a que las relaciones entre la ciencia y la sociedad no estén reguladas en su totalidad.

Esta propuesta de investigación se enmarca en un tipo de corte cualitativo, pues se pretende el análisis de información documental, esto es, constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal, que proporcione información para desarrollar la pregunta problema que se plantea de la siguiente manera: ¿En qué forma los avances biomédicos representan un desafío constitucional contemporáneo en Colombia?

Palabras clave:

Desafíos normativos; Regulación jurídica; Ser humano; Biomedicina.

Abstract

A fundamental requirement for experimentation in the biomedical field is that it be lawful, that is, that the object sought, the purpose of the action and the circumstances be consistent with human rights and the norm.

Thus, the competence of the congress is to point out these preponderant axiological reflections and elaborate sanctionable norms to safeguard life, personal integrity, honor and dignity, and limit those extremes that may remain for free interpretation. So it is of vital importance the dialogue between legislative work with science to achieve the protection of human beings and their environment, as well as to encourage the development of scientific research, as long as it is beneficial for humanity.

In the meantime, some innovations have dabbled in the medical task, without legal regulation, which represents normative challenges in terms of the possibilities of undertaking new alternatives on the body, a situation that leads to the relationship between science and society not are fully regulated.

This research proposal is framed in a type of qualitative court, since the analysis of documentary information is intended, that is, constitutional, legal, jurisprudential and doctrinal, that provides information to develop the problem question that is posed as follows: How do biomedical advances represent a contemporary constitutional challenge in Colombia?

Keywords:

Regulatory Challenges; Legal regulation; Human being; Biomedicine.

INTRODUCCIÓN

En el devenir del tiempo y el progreso de la civilización se han evidenciado avances tecnológicos que no solo limitan la mente y la capacidad fugaz del ser humano, sino que, de otro modo, lo ponen en peligro; la premisa de Hobbes (trad. en 1981) según la cual “El hombre es un lobo para el hombre” significa en el contexto actual cómo la mente humana, en proceso de innovación, le coloca en un estado de alerta, pues en este núcleo, la medicina, la ingeniería² y el derecho inician una controversia irregular donde, en última instancia, el derecho armonizado con la norma debe limitar la propia capacidad del hombre de emprender nuevas alternativas sobre su cuerpo.

Fuentes (2006), señala que el problema biomédico comienza en el siglo XX donde se verifican importantes avances médicos como el descubrimiento de los antibióticos, el perfeccionamiento de la cirugía, los primeros anticonceptivos químicos y la ‘reanimación’ como disciplina totalmente nueva.

En consecuencia, la medicina incursiona sobre un crecimiento febril de nuevas posibilidades y mejoramiento de la salud humana, tanto mental como física y reproductiva; el problema nace cuando el campo de lo experimental desconoce fronteras y límites que permitan salvaguardar al hombre mismo, encaminándolo a un problema de dominio y manipulación de la vida humana, cualidades muy concretas de la cosa y los bienes en el derecho.

Es importante tener en cuenta al hombre como una totalidad unificada, entendido como un principio clásico no solo dentro del derecho, sino propio de la bioética.

Asegura Fuentes (2006) en su texto *Principios fundamentales de la Bioética* que el hombre el hombre es una unidad substancial de alma y cuerpo, oponen a este aserto todos los reduccionismos, es decir, todas

² Entiéndase ingeniería para esta investigación, en palabras de Elizari Basterra (1991), como “aquella ciencia capaz de modificar y crear elementos que se aplican sobre el cuerpo humano para aliviar enfermedades, buscar alternativas de solución a diversos problemas médicos y modificación genética del mismo”, entre ellas; la ingeniería biomédica, ingeniería genética – biotecnológica y nanotecnológica.

aquellas teorías que “reducen” la naturaleza del hombre ya sea negando el alma o reduciendo todo a la materia: el hombre es sólo cuerpo, un mero conjunto de tejidos y órganos; pero también involucrado en este contexto el evolucionismo craso como reduccionismo material, es decir, reducir el cuerpo a mera apariencia.

Estos tres conceptos son claros y de ahí parte la concepción de tomar al hombre como cosa, cuerpo, cadáver y propia apariencia, de manera que la aplicación formal y literal de dicho precepto por parte de profesionales de la salud termina exceptuando al ser humano de un respeto propio a derechos como la vida, la integridad, la honra y la dignidad que consagra de manera especial y predominante la Constitución de 1991.

Así entonces, el cuerpo humano es un elemento fundamental de la persona y, por tal razón, no es cosa; en palabras de Velásquez Jaramillo (2014), “El cuerpo humano no se considera cosa, porque es la envoltura física de la persona” (p. 6), de manera que en la actualidad se perfeccionan innovaciones biotecnológicas que demuestran lo contrario, pues avances como la criogenia, la fecundación in vitro, el alquiler de vientres y la incurción de la ingeniería nanotecnológica en la medicina son algunos ejemplos fácticos de cómo el ser humano llega a cosificarse para obtener beneficio de sí mismo y de la ciencia.

Como indica Mazzinghi, la ciencia tiene tendencia a desorbitarse y no encuentra la guía imprescindible que la sabiduría debe constituir para su avance. El científico suele ser un hombre muy preocupado por profundizar el conocimiento de la pequeña parcela de saber que cultiva, pero muy mal dotado para relacionar ese saber con los grandes temas del hombre, porque con frecuencia le falta, a fuerza de especializarse, una visión general de lo humano. El sentido de nacer, vivir y morir permanece oculto para él. (1991).

Bajo este entendido, el Derecho como disciplina reguladora e integradora de las relaciones humanas e institucionales, unido a la bioética como corriente de pensamiento, deben regular los procesos que lleven a cabo la biotecnología, la ciencia, la medicina y la técnica cuando de manipular la

vida se trata. Así como hay evolución y desarrollo de la ciencia y la técnica, debe existir transformación psicológica, normativa y emocional adecuada, capaz de afrontar el nuevo el entorno y los nuevos avances.

DESARROLLO

PROCESO DE DIGNIFICACIÓN DE LA EXPERIMENTACIÓN HUMANA

El nazismo avanzó por Europa dejando una mancha de odio y violencia, el poder del Tercer Reich imperó en cada esquina de la antigua Europa y los campos de concentración recibieron cada vez más prisioneros judíos. El ángel de la muerte, Josef Mengele, trabajó en determinar el destino de los judíos que llegaron al territorio y así elegir los mejores ejemplares para experimentos sobre seres humanos; la conducta exorbitada de este médico nazi se encaminó en la constante búsqueda de la perfección de la raza aria. En los campos de concentración mostraron al mundo el aspecto más cruel y devastador de la medicina.

Como indica Camarasa (2009), la especialidad de este galeno nazi era la genética y arrastraba desde tiempo atrás una obsesión: los gemelos. Lo que atraía de un modo irracional a Mengele era la capacidad que hay en nuestros cuerpos para procrear seres idénticos, replicantes, espejos humanos. Por esta razón, elegía a algunos de los prisioneros para esterilizarlos y otros para abrirlos en la mesa de disección y explorar dentro de sus órganos en busca de la clave de la vida. Muchos de esos prisioneros morían en las camillas abiertos en canal, desangrados y con sus corazones palpitando al aire libre. Eran los cobayos humanos del Monstruo, como también se le llamaba a Mengele en los tres campos de concentración.

No deja de asombrar cómo el tema de los gemelos idénticos guarda en sí mismo una concentración mística no solo del cuerpo, sino también del alma; las estrellas Cástor y Pólux, Rómulo y Remo, Artemisa y Apolo, el dualismo que involucra el alma a la que se refería (Platón, trad. en 1872) y, en general, aquellos gemelos que el ser humano lleva en sí mismo, las dos caras de una moneda que aluden a la identidad. De esta manera, la

Alemania Nazi buscaba la generación de una raza idéntica, fuerte y perfecta que incursionaba en el intento de la experimentación fría y calculadora que compartían la medicina y la ciencia de los años 1940.

Posteriormente, con la aparición del Código de Núremberg (1947), se obligó a formular respuestas a las atrocidades cometidas en nombre de la investigación médica por parte del régimen nazi durante la Segunda Guerra Mundial; fue el comienzo de las regulaciones que protegen a los sujetos humanos que eran sometidos a la investigación científica.

A la luz de los nuevos crímenes internacionales, específicamente “el crimen de guerra y crímenes de Lesa humanidad”, el Tribunal Internacional Penal Militar de Núremberg condena alrededor de 20 médicos nazis a la máxima pena de muerte. Menguele logró salir prófugo de los juicios. En este orden de ideas, el Tribunal de Núremberg no solo se dedicó al juzgamiento por agresiones a alrededor 1700 víctimas judías infectadas de paludismo, tuberculosis, inyecciones intravenosas de veneno, congelación, etc., sino que además creó el código de Núremberg como aquel primer intento de dignificar la experimentación en seres humanos a través de los siguientes principios:

- I. Es absolutamente esencial el consentimiento voluntario del sujeto humano.
- II. El experimento debe ser útil para el bien de la sociedad, irremplazable por otros medios de estudio y de la naturaleza que excluya el azar.
- III. Basados en los resultados de la experimentación animal y del conocimiento de la historia natural de la enfermedad o de otros problemas en estudio, el experimento debe ser diseñado de tal manera que los resultados esperados justifiquen su desarrollo.
- IV. El experimento debe ser ejecutado de tal manera que evite todo sufrimiento físico, mental y daño innecesario.
- V. Ningún experimento debe ser ejecutado cuando pueda ocurrir la muerte o un daño grave, excepto, quizás en aquellos experimentos en los cuales los médicos experimentadores sirven como sujetos de investigación.

- VI.** El grado de riesgo a tomar nunca debe exceder el nivel determinado por la importancia humanitaria del problema que pueda ser resuelto por el experimento.
- VII.** Deben hacerse preparaciones cuidadosas y establecer adecuadas condiciones para proteger al sujeto experimental contra cualquier remota posibilidad de daño, incapacidad y muerte.
- VIII.** El experimento debe ser conducido solamente por personas científicamente calificadas.
- IX.** Durante el curso del experimento, el sujeto humano debe tener libertad para poner fin al experimento si ha alcanzado el estado físico y mental en el cual parece a él imposible continuarlo (Código de Núremberg, 1947).

Como se ha explicado, los anteriores permitieron vislumbrar la primera luz universal de dignificación del hombre a través del reconocimiento de derechos supremos como la vida, la integridad personal y la dignidad humana; además, la prohibición de ser sometidos a tratos degradantes, crueles e inhumanos, la regulación de los procedimientos médicos y la prohibición de ser tomado como cosa, o un fin experimental en el mundo de la intervención médica; y en el avance de las generaciones y la tecnología, evitar excesos en la intervención biomédica.

INCURSIONES MÉDICAS Y CIENTÍFICAS INVASIVAS POSTERIORES A LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL Y SURGIMIENTO DEL INFORME BELMONT COMO SEGUNDO INTENTO DE DIGNIFICAR LA EXPERIMENTACIÓN SOBRE SERES HUMANOS

El profesor Jorge Luis Hernández Arriaga (1999), de la Universidad de Guanajuato, describe los siguientes casos experimentales con incursión posterior a la Segunda Guerra Mundial: Caso Willowbrook. En este sentido, la Escuela Estatal de Willowbrook es una institución para personas con 'alteraciones mentales'. En 1954, un grupo de investigadores deseaba saber la historia natural de la hepatitis viral, para modificar o prevenir la infección. Para lo anterior, seleccionaron a un grupo de niños con síndrome

de Down o retraso mental de esa institución, a los cuales se les administró un extracto de virus de hepatitis obtenido de heces de personas enfermas. El argumento de los investigadores para llevar a cabo el estudio era que de cualquier forma los niños tarde o temprano adquirirían la hepatitis y además estarían vigilados por los médicos investigadores, lo que incluso, en opinión de ellos podría ser benéfico (p. 18).

Otro caso de interés particular es el de Brooklyn's Jewish Chronic Disease Hospital, el cual muestra que el estudio de metástasis en judíos con enfermedades crónicas se diseñó con la finalidad de analizar si el desarrollo de metástasis tumorales se debía a la presencia misma del cáncer o al debilitamiento general del paciente. Hasta entonces se sabía que personas sanas no desarrollan cáncer, ya que rechazan las células tumorales. Para ese fin, se seleccionó un grupo de judíos ancianos con diversas enfermedades crónicas. Nunca se les dijo que el proyecto consistía en administrarles células neoplásicas, ya que, en opinión de los investigadores, se les angustiaría innecesariamente. Autoridades de Nueva York declaran que los investigadores no tienen relación de médico-paciente con los sujetos, así que no aplicaba el privilegio terapéutico (Hernández Arriaga, 1999, p. 19).

Particularmente en el caso Tuskegee, en palabras de Pence (1995), señala que en casos clásicos de la medicina ética manifiesta que el estudio de sífilis en la ciudad de Tuskegee en 1942 causa revuelo en la comunidad de los EEUU al considerar a los afroamericanos como seres carentes de derechos humanos, así entonces fueron utilizados por grupos médicos y biológicos como sujetos de experimentación de la sífilis y el comportamiento de la evolución de dicha enfermedad, de esta manera a los 399 participantes fueron engañados al haberseles dicho que tenían 'la sangre sucia' y que el examen en la espina dorsal que se les hacía con el fin de medir el progreso de la enfermedad, era un tratamiento. Cuando surge la penicilina se puso disponible al público entre 1943 y 1945, ninguno de los sujetos de Tuskegee fue tratado con la cura, puesto que la bandera de la investigación implicaba el conocimiento de la diseminación de la enfermedad hasta que produjera la muerte.

En este punto es importante, poner a consideración el informe Belmont, toda vez que después del revuelo que causa la medicina y la biología en el mundo, y en especial el caso Tuskegee, que apunta a garantizar el progreso de la unidad científica y en su línea argumentativa, el avance de la búsqueda por mejorar las circunstancias de salud del ser humano, EEUU publica el Informe Belmont (*Belmont Report*) en el año 1979 (Department of Health, Education, and Welfare, 1979) que buscará en primera medida el prototipo ajustado al código de Núremberg para asegurar que la investigación sobre seres humanos se ejecute bajo los principios de autonomía, justicia y beneficencia; en palabras propias del informe, en esta formulación se identifican tres principios o juicios prescritos generales que son relevantes para la investigación con sujetos humanos. Otros principios pueden también ser relevantes. Estos tres, sin embargo, son amplios y se formulan a un nivel de generalización que ayude a los científicos, a los sujetos, a los revisores y a los ciudadanos interesados a entender los temas éticos inherentes a la investigación con sujetos humanos. Estos principios no siempre pueden ser aplicados de modo que se resuelvan, sin dejar dudas, problemas éticos particulares. El objetivo es brindar un marco de análisis que guíe la resolución de los problemas éticos, que surgen de la investigación con seres humanos (Department of Health, Education, and Welfare, 1979).

De esta forma surge otro planteamiento para la dignificación de los seres humanos en el mundo de la tecnología y la medicina, nacen luces universales que propenden por la protección ínfima de la vida, la integridad y la dignidad como valores fundantes de todo el desarrollo o progreso mundial en favor de los seres humanos y, por su puesto, de su reconocimiento progresivo como sujetos de Derechos Humanos.

EVOLUCIÓN EN EL MANEJO DE LA CIENCIA Y TECNOLOGÍA SOBRE EL SER HUMANO DESDE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA UNESCO

Los Estados Miembros de la Unesco en 1993 crearon el Comité Internacional de Bioética (CIB), que reúne a varios expertos de todas las disciplinas y regiones del mundo para que formulen recomendaciones sobre temas delicados en relación con la bioética. A petición de los Estados Miembros, el Comité Internacional de Bioética participó en la redacción de reglas que pudieran ofrecer a todos los países una serie de principios de referencia en materia de bioética.

En 1997 la Conferencia General de la UNESCO aprueba la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, a la que siguió en 2003 la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos. Dada la creciente importancia de la bioética en el plano mundial, los Estados Miembros de la UNESCO han aprobado en fechas recientes (octubre de 2005) la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.

En 1998, la creación por los Estados Miembros de la UNESCO de la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST) los anteriores en la búsqueda constante del reconocimiento íntegro de la protección de los derechos humanos en el mundo.

Buscan evitar que los procedimientos que involucren médico-paciente y/o científico-paciente trasciendan a hechos experimentales extremos que conlleven a prácticas de utilitarismo sobre los mismos. En este orden de ideas, dichos pronunciamientos permiten que se retomen, se estudien y se reformen prácticas a la luz de los principios universales, evitando la discrecionalidad de los Estados para que, finalmente, estos propicien una protección especial al ser objeto de estudio.

VALORES CONSTITUCIONALES Y JUSTIFICACIÓN PRELIMINAR SOBRE LOS VACÍOS NORMATIVOS EN EL CAMINO DE LA EVOLUCIÓN CIENTÍFICA, MÉDICA Y JURÍDICA

En el proceso evolutivo, el hombre es un ser que ha logrado una capacidad de raciocinio, y esto le hace diferente a los demás seres en tanto es capaz de trascender en sus actos, dar sentido y significado a los mismos y valorarlos. Los actos del ser humano no se cobijan bajo un marco meramente biológico y es aquí donde nacen precisamente los derechos humanos y, dentro de estos, la vida, pues se debe entender, tal y como lo señala la jurisprudencia internacional en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la vida implica mucho más que el mero hecho de respirar, pues el derecho a la vida desde su condición ontológica comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de esta arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna (párr. 161).

Las sociedades evolucionan y, debido a esto, subsiste dentro del quehacer profesional de la salud un interés fuerte por tomar la vida como primer intento de dominio a través de la experimentación y patrimonialización del cuerpo.

Todo adelanto científico y todo progreso de la ciencia buscan garantizar la supervivencia del hombre y hacer más amable su estadía en la tierra, sin embargo, a partir de su inadecuada utilización, se aprecian dos corrientes que hacen crítico el avance; la utilización de la ciencia y de los desorbitantes avances científicos por medio de la ingeniería, la medicina y la biomédica que otorgan la oportunidad de transformar sustancialmente el proceso de nacer, enfermar, sanar y morir; por otro lado, la prudencia, disciplinas como el derecho y la bioética que buscan evaluar con mesura todos estos procesos que deben frenar el quehacer de la ciencia con el fin de lograr una mayor comprensión de la realidad de los derechos humanos y la exaltación de la dignidad humana.

Para solucionar problemas médicos y curar al hombre, que es entendido como el fin último de la medicina, es preciso a veces experimentar con el hombre. Así ha progresado la medicina. Pero el término de experimentación necesita ser precisado para que el hombre no llegue a ser considerado como un objeto de dicha disciplina. En palabras de Gómez Pérez (1996), experimentación es cualquier intervención quirúrgica o terapia farmacológica, suficientemente conocidas pero que se le aplican a la persona como último remedio desesperado para hacer de la muerte otro modo inevitable, así entendida, la experimentación medica no presenta dificultad moral alguna, con tal de que se obtenga el consentimiento, al menos implícito del enfermo (pp. 115-116).

Se puede decir que las más graves e imponentes intervenciones médicas son, en este sentido, las experimentaciones. Estas actuaciones en casos extremos han traído como consecuencia, en muchas ocasiones, la salvación del enfermo, en ocasiones la cosificación del ser humano y el progreso de la medicina y la ciencia.

En sentido estricto, experimentación médica o simplemente científica es

toda operación, mediación, acción u omisión, programada y realizada en sujetos sanos con riesgos altos para su integridad física, psíquica e incluso para su vida, con el fin de comprobar hipótesis científicas, genéticas o biomédicas. Hoy estas intervenciones de carácter estricto son útiles y necesarias. Hasta donde es posible y no controvierta principios universales a favor del hombre (Gómez Pérez, 1996, pp. 115-116).

Cabe resaltar que, según la *Encyclopedia of Bioethics*, “la bioética es la herramienta adecuada para la reflexión y el estudio sobre temas de trascendencia” (Reich, 1978, p. 19). Por ser ciencia al igual que el derecho, su metodología recurre necesariamente al encuentro de diversas disciplinas de estudio. Por otra parte, la función del legislador es destacar estas reflexiones de valores sociales dominantes y transformarlos en normas de conducta sancionables para proteger la vida y regular todos aquellos extremos que pueden quedar a la libre interpretación o mala praxis de la sociedad.

Es de vital importancia la interacción de la labor legislativa con la bioética, lograr la protección del ser humano y su entorno, así como promover el desarrollo de la investigación científica siempre y cuando esta sea de beneficio para la humanidad.

Sobre esta línea argumentativa se desprende que el ordenamiento jurídico colombiano tradicional, en materia de protección al ser humano, es insuficiente ante las innovaciones científicas, genéticas, biomédicas y de otro tipo que giran en torno al mismo. Estos problemas han de tratarse a corto plazo, sin encontrar regulación expresa en diversos sectores del ordenamiento jurídico, que presenta un atraso en cuanto a las posibilidades de emprender nuevas alternativas sobre el cuerpo humano, situación que conlleva a que las relaciones entre ciencia y sociedad no estén en su totalidad normativizadas. Sin embargo, en medio del desarrollo tecnológico y biomédico, no puede permitirse tal omisión pues, inclusive, desde la interpretación de la carta política de 1991 y los tratados internacionales sobre derechos humanos, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1948) como una postura jurídica que limita el comportamiento humano y protege los derechos concentrados en la dignidad humana.

Los procesos de iniciar la vida, permanecer en ella o, incluso, atrasar la muerte reduciendo a cosa el propio cuerpo asombran al mundo y amenazan la esfera de lo jurídico, pues el respeto por la dignidad humana como principio fundamental del ordenamiento jurídico colombiano inicia con el respeto al cuerpo, que no puede convertirse en instrumento al servicio de la ciencia o a otros fines. En este campo, la premisa “El fin justifica los medios” significa que investigadores genéticos y biomédicos llegan al fin que necesitan sin reflexionar cuan inmoral o ilegal puedan llegar a ser los medios que utilizan al ser humano en este contexto.

Sobre estos puntos se analiza la normatividad aplicada a diversos casos presentes ya en el país; en sus principales normas concebidas no limita, restringe o penaliza de una manera concreta, completa, elocuente y sin lagunas las actuaciones propias de clínicas y laboratorios, quienes laboran en estos lugares y quienes permiten la experimentación con la vida humana. En este orden de ideas, la constitución política, bajo el bloque de constitucionalidad, prohíbe todo tipo de actuaciones que denigren la vida del ser humano.

Bajo esta perspectiva, es necesario resaltar, tras el Informe Belmont de 1978, que existe un principio en la bioética³ donde se exalta la dignidad humana en su defensa, a su tenor “no todo lo que es técnicamente posible es moralmente admisible” (Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos, 1979). Aquí se interpreta correctamente que la libertad de investigación tiene límites restrictivos en cuanto al manejo de la persona humana, entendiendo que el avance y progreso de las ciencias de la salud es la propia defensa y promoción de la vida, no su manipulación y lenta destrucción a sabiendas de que los grandes avances biotecnológicos, que hoy se han hecho globales, se desorbitan por un deseo desorientado de hedonismo y avaricia. El derecho, por su parte, no se contrapone al avance y al desarrollo científico, sino que vela, por medio de regulaciones prácticas, para que estos sean puestos al servicio del hombre y no el hombre se coloque al servicio de estos para ser convertido en un objeto de su propia destrucción.

PRINCIPALES AVANCES BIOMÉDICOS CONTROVERSIALES Y SU MODERNO IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

FECUNDACIÓN IN VITRO

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica.

Un primer ejemplo que transforma radicalmente los procesos de nacer se presenta mediante la fecundación in-vitro, que controvierte significados en la aplicación de los criterios al nasciturus. A partir de la premisa anterior, surge entonces el disenso en la comunidad internacional para determinar cuándo inicia la vida.

³ Para la Comisión Nacional de Bioética, la Bioética es “la rama de la ética aplicada que reflexiona, delibera y hace planteamientos normativos y de políticas públicas para regular y resolver conflictos en la vida social, especialmente en las ciencias de la vida, así como en la práctica y en la investigación médica que afectan la vida en el planeta, tanto en la actualidad, como en futuras generaciones” (CONBIOÉTICA, 2016).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpreta el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (vida)⁴ observando el alcance de los términos *persona*, *ser humano*, *concepción* y, en general, para lo anterior, realiza una interpretación sistemática, histórica, evolutiva, del objeto y fin del tratado.

Concluye entonces la Corte IDH:

en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la convención americana, la concepción en el sentido del mismo artículo tiene lugar en el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual, antes de este evento no puede aplicar el artículo 4 de la convención, además, es posible concluir que *la protección del derecho a la vida no es absoluto*, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general⁵.

De conformidad con lo anterior, no puede entenderse que el cigoto es tratado en ocasiones con criterios de utilidad y beneficio, con cálculos de eficacia y costo, lo cual implica un trato injusto de cualquier ser humano por suponer una desigualdad de valor entre la persona que produce y el producido; además, la manipulación de los embriones fecundados se evidencia en la medida en que son congelados, usados para experimentación, guardados como material de recambio y, en caso de que los embriones implantados sigan un desarrollo defectuoso, deben ser abortados.

En este orden de ideas, verifíquese el artículo 134 del Código Penal Colombiano, Ley 599 del 2000 en el que se indica que

el que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

⁴ARTICULO 4.1 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

⁵ Subrayado y cursivas fuera del texto original

En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título.

Por lo anterior, un sector de la doctrina forense, uno de cuyos exponentes es el autor Juan Guillermo Jiménez Moreno, ha discrepado en la

falta de precisión con la que el Congreso ha legislado al establecer, como medio de protección del Derecho a la vida, sanción penal para conductas realizadas sobre gametos, cigotos y embriones que no están anidados en el útero y, en consecuencia, no han completado el proceso de concepción que, de acuerdo con la teoría interpretativa de la corte interamericana de Derechos Humanos, da origen a la vida (Jiménez Moreno, 2001, p. 40).

Pero otros pensadores consideran que el amparo de la vida se explica en tanto el bien jurídico tutelado es la célula germinal humana, el preembrión o el embrión humano y se busca conservar el patrimonio hereditario del ser humano. En palabras del profesor Martínez (2008, p. 681), y como lo reafirma Lavié (1995), “también hay vida biológica en los espermatozoides y en la ovulación” (p. 40).

Acatando la última conclusión, que es la adoptada por el Congreso Colombiano, debe destacarse que la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 ha manifestado que la protección al derecho a la vida, por medio de las normas penales, admite diferentes grados, razón por la cual se sancionan con menor severidad los atentados contra el que está por nacer (conocido jurídicamente con la expresión “*nasciturus*”) frente a las agresiones contra la persona humana, en el entendido que de ésta se predica su existencia desde el nacimiento (artículos 90 y 93 del Código Civil).

Ahora bien, para el código penal colombiano, el término *tráfico* consiste en cualquier actividad que genere lucro; por inferencia se entiende que conlleva a la prohibición de cualquier forma de comercio y/o enajenación de gametos, cigotos o embriones humanos.

La prohibición tiene fundamento en el respeto de principios axiológicos enmarcados en la honra, la dignidad humana y los bienes jurídicos de “vida e integridad personal” (agregar los datos necesarios de la cita) ya que se ha considerado que el cuerpo y/o “las partes de una persona viva no puede ser asimilado a las cosas” (Velásquez Jaramillo, 2014); en con-

secuencia, no es posible su comercialización ni su instrumentalización. Los gametos, cigotos y embriones no son bienes comerciales y, por tanto, cualquier negociación con ellos sería nula, por recaer sobre objeto ilícito⁶.

Acorde con la interpretación que ofrece la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, sería impreciso hacer la interpretación en favor del artículo 134 del Código Penal colombiano que acoge el legislador colombiano y la Corte Constitucional en sentencia C-355 de 2006. En este orden de ideas, no se puede entender la vida como valor absoluto, pues debe existir anidación para hablar de vida en sentido estricto, entonces, ¿cuál es el bien jurídico que se protege en el inciso segundo del tipo penal? Ahora bien, ajustándonos a los parámetros del legislador colombiano, es necesaria la regulación urgente de los bancos de semen, embriones, gametos, óvulos y espermatozoides y los médicos tratantes; asunto que implica, entre otras cosas, la onerosidad de mantenimiento, adquisición y sometimiento a procedimientos como la fecundación in vitro.

En efecto, las clínicas que ofrecen servicio de asistencia en fertilidad incurrir en actividades que generan lucro. Así pues, por inferencia se entiende que es una forma de comercio y la norma penal se queda corta en determinar la actividad de estos establecimientos, pues prohíbe, entre otros aspectos, la adquisición de gametos, cigotos o embriones a cualquier título⁷.

Desde otro punto de vista, es necesaria la pronta regulación desde el campo civil de la fecundación in vitro, pues son apenas evidentes los vacíos normativos que a partir de esta soluciónen problemas con respecto a la impugnación de paternidad, el estado civil de la mujer receptora de los embriones, también sobre la protección de los datos y confidencialidad del donante, la onerosidad o gratuidad de este tipo de actividades que han de enmarcarse bajo un contrato, hoy eminentemente atípico, determinar normas que abarquen la posible responsabilidad civil de mencionados bancos de semen y los médicos tratantes, pues se trata de una realidad apremiante que involucra a las personas que acceden a dicho servicio en problemas jurídicos faltos de solución e interpretación.

MATERNIDAD SUBROGADA

Muchos de los ejemplos controversiales en los que se reduce al hombre se presentan en la maternidad subrogada. Desde los tiempos de Abraham se ha manifestado este fenómeno, y basta colocarlo en evidencia de la siguiente manera:

Dijo Sara a Abraham: «Ya que Yahveh me ha hecho estéril, toma a mi esclava por mujer a ver si por medio de ella tendré algún hijo» (Génesis 16:2).

En este capítulo bíblico se demuestra cómo Sara decidió entregarle su esclava a su esposo Abraham para que le dejase descendencia. En efecto, Abraham tiene relaciones sexuales con la esclava de Sara y le concede un hijo, Ismael.

Según la tradición judía, el hijo de la esclava es hijo de Sara y no de quien concibió, pues Sara configura como la dueña de la esclava. Este fenómeno se conoce actualmente como maternidad subrogada.

En materia de regulación colombiana, según la sentencia T-968/2009 la maternidad subrogada ha sido definida como

el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste. En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, *se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto* (Corte Constitucional, Sentencia T-968/09).

En materia civil conviene distinguir que, en el negocio jurídico y en las obligaciones, la maternidad subrogada es considerada como un contrato cuyo fin último es la subrogación del vientre que permita la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja contratante. Sin embargo, la idea de negociar con un ser humano convierte en cosa tanto al contratante

como el ser humano producido, que ha de tomarse en este contexto con criterios de utilidad, lo que implica negociar con la vida, es decir, incursionar una causa y un objeto ilícitos en el contrato de alquiler de vientre, lo que en últimas conllevaría a la nulidad del contrato y, a partir de este, a la generación del caos jurídico entre las partes contratantes.

Según la sentencia T- 968/09, la doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

Para contextualizar dichos problemas biomédicos es necesario llegar a la posibilidad de verificar cómo en algunos centros de fertilidad en la ciudad de Medellín⁸. y por supuesto en diversas partes estratégicas del país, ofrecen los diversos tipos de procedimientos biomédicos mencionados (fecundación in vitro, creación de niños probeta y maternidad subrogada), que permiten sacar provecho del hombre para un único fin: negociar con la vida del que está por nacer. Es inútil ocultar esta situación en el medio porque cuentan con una clientela no solo de carácter nacional (Colombia), sino de índole internacional que asegura el crecimiento del negocio y una normatividad que, en última instancia, permite de cierta manera hacer casi todo lo que es factible. Por otra parte, sus archivos y bancos de datos están protegidos por cualquier incursión de investigadores ajenos a la propiedad. De esta manera se protegían también los científicos nazis de la opinión pública en la puesta en práctica de su programa de regeneración de la raza aria y exterminio de judíos.

⁸ En el mes de septiembre del año 2017 tuve la oportunidad de visitar un importante centro de investigación y fertilización en la ciudad de Medellín. Para efectos del artículo, no público su nombre por cuestiones éticas. Dentro de este centro se protegen de cualquier incursión de investigadores pues, al presentarme como investigadora, me negaron todo tipo de entrevistas, estudios e incluso el conocimiento profundo sobre sus prácticas. Al conocer la voluntad negativa de estos centros, decidí enviar a una persona como paciente, de manera que, a partir de ahí, es posible ir conociendo más profundamente sus procedimientos.

PROCESOS PARA RETRASAR LA MUERTE

Tan importante como el inicio de la vida es la terminación de esta. Desde momentos primitivos se ha buscado la posibilidad de atrasar los procesos de enfermedad y muerte trayendo a las esferas de lo actual avances biomédicos que permiten retrasar estos procesos de manera extraordinaria. Respecto a lo anterior, existen dos posturas que han suscitado controversia tanto en el mundo jurídico como asombro en la audiencia científica y genética. La eutanasia y los avances como la criopreservación del cuerpo humano demuestran la periódica conquista del derecho fundamental a la muerte digna para sujetos enfermos terminales con una condición difícil de vivir.

Mediante la sentencia C-239/1997 se hace un pronunciamiento sobre la situación de la eutanasia despenalizándola en ciertas situaciones y dándole paso a esta para que las personas que sufran alguna enfermedad incurable o estén en un caso terminal puedan pedirla, plantea la corte que con respecto a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, el deber estatal de proteger la vida cede frente al consentimiento informado del paciente, que desea morir en forma digna, en este caso el derecho fundamental a vivir en forma digna, implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar su vida cuando no está en condiciones y padece intensas aflicciones, equivale no solo a un trato cruel e inhumano, sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral.

Al margen de lo anterior, surge el posible nacimiento en el país a corto plazo de congeladores que conserven el cuerpo humano hasta la fecha que se designe en el posible contrato, criogenia o criopreservación.

Para ilustrar un poco sobre este avance que pronto ahondara las esferas clínicas del mundo, basta con explicar de manera detenida este procedimiento, que no solo se aplica con las personas declaradas legalmente muertas, sino que también funciona para personas que, estando en proceso de muerte, aún estén vivas; de manera que la compañía de preservación criogénica es informada y esta envía un equipo con la intención de mante-

ner la sangre fluyendo por el cuerpo, que es envuelto en hielo e inyectado con varios químicos para reducir la formación de coágulos sanguíneos y daños al cerebro.

Cuando el cadáver llega a las instalaciones criogénicas se enfría apenas por encima del punto de congelación del agua. Se le sustrae la sangre que se reemplaza con una solución para preservar los órganos.

A las venas y arterias les inyectan una solución crio-protectora para intentar reducir la formación de cristales en órganos y tejidos cuando el cuerpo sea enfriado a -130°C . El paso final es colocar el cuerpo en un contenedor que es sumergido en un tanque de nitrógeno líquido que se mantiene a -196°C .

Los últimos datos disponibles revelan que unas 150 personas tienen sus cuerpos guardados en estos tanques de nitrógeno líquido en Estados Unidos, mientras que unas 80 sólo tienen sus cerebros o sus cabezas conservadas. Más de mil personas han dejado instrucciones para que al morir una de esas empresas criogénicas preserven sus cuerpos (Cooperativa, 2013).

Los procesos de atrasar la muerte como el campo específico de la crioconservación del cuerpo necesitan una regulación urgente en todos los posibles estadios del derecho, de manera que, desde la globalización, el mundo ha de interconectarse y dichos avances no toman un tiempo prolongado en ahondar las esferas científicas de nuestro país. En el debate de este avance biotecnológico aún no se suscitan fallas, pues la primera persona crio conservada no ha sido despertada, o mejor aún, devuelta a la vida, de modo que es imposible determinar el alcance de posibles daños que dicho avance biotecnológico produzca en el ser humano y su entorno.

La capacidad fulminante del hombre de reducir a cosa el propio cuerpo asombra al mundo y amenaza la esfera de lo jurídico en Colombia, pues el respeto por la dignidad humana como principio fundamental del ordenamiento jurídico colombiano inicia con el respeto al cuerpo, que no puede convertirse en instrumento al servicio de la ciencia o a otros fines desnaturalizados. En este campo, la premisa de Nicolás Maquiavelo "Si necesitara

derramar sangre de alguno, hágalo con la justificación conveniente y por causa manifiesta” (Maquiavelo trad. en 1997, p. 75) más conocida como “el fin justifica los medios” significa que investigadores genéticos y biomédicos llegan al fin que necesitan sin reflexionar cuán inmoral o ilegal pueden llegar a ser los medios que utilizan al ser humano en este contexto.

CONCLUSIONES

Como se ha expuesto, el Código Civil y el Código Penal colombiano suscitan vacíos sobre cada una de las actuaciones propias de clínicas y laboratorios, quienes laboran en él y quienes permiten la experimentación-negociación con la vida humana. En este orden de ideas, la norma ha de buscar modificaciones o interpretaciones bajo un corto plazo razonable que, a luz de la jurisprudencia, hablen precisamente de la protección de los derechos humanos bajo un contexto nuevo, un contexto tecnológico que apremia el mundo globalizado de una manera eminente que, a la luz del bloque de constitucionalidad, prohíba todo tipo de actuaciones bajo el análisis tecnológico y biotecnológico que pongan en peligro la garantía de los derechos humanos del ser humano.

Así entonces, la persona no es algo, sino que es alguien víctima de su propio avance, por lo tanto, el derecho a la protección de la dignidad humana es fundamental en temas tan delicados como este, pues la construcción de una comunidad social propiamente avanzada no solo la constituyen sus avances innovadores, sino también el conocimiento civilizado sobre el respeto a la humanidad, ya que ella es la célula fundamental de la construcción social.

En efecto, cabe recordar la jurisprudencia de la corte constitucional de Colombia en la sentencia T-881/02 que define la naturaleza de la dignidad humana en los siguientes términos: El referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu

(entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida).“Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre ‘dignidad’.

La intangibilidad del cuerpo y del espíritu se refiere a la no manipulación de estos que, en última instancia, denigra de alguna manera la integridad física y *psíquica*, pues la persona humana, aun siendo nasciturus, se opone a la concepción de cosa o animal pues es un ser humano dotado de derechos que le permiten llevar una vida estable y fuera de la concepción de bien que le obstaculicen su vida y le deshonren como sujetos de derecho cuya protección la engloba de manera preminente la constitución política actual.

Las conclusiones apuntan a la comprensión de una necesidad reguladora que abarque las normas civiles, penales y, por supuesto, constitucionales, enmarcadas así bajo el reto que apremia la sociedad global actual ante las nuevas tecnologías, de manera que la norma ligada a la jurisprudencia y las demás fuentes del derecho se enfoquen en impartir una nueva regulación y a subsanar vacíos que cobijen los problemas actuales y que suscitan la cosificación del hombre.

Como se ha visto, a corto plazo se introducirán en el mercado médico y tecnológico avances que colocarán en la mira tanto el cuerpo como la mente humana y, posteriormente, se desglosarán problemas jurídicos a los que el estado social de derecho debe buscar pronta solución. Es evidente entonces que, a partir de algunos enunciados normativos, se configuran vacíos de ciertos avances biomédicos que, de una manera u otra, colocan en peligro la estabilidad del ser humano y su protección jurídica.

De esta manera se concluye que prácticas como la fecundación in vitro, la maternidad subrogada y la criogenización del cuerpo humano son realidades que permean y permearán nuestra sociedad de manera clandestina y poco abierta pues, en aras de hacerse de manera terapéutica, abusan de la ciencia para someter al ser humano a un modo experimental que conlleva prácticas inadmisibles. Aquí se configura especialmente un reto para el derecho procesal constitucional de indagar sobre un pensa-

miento moderno, pues aquí se genera un nuevo escenario de litigio constitucional, civil y penal que solicita de manera urgente una pronta modernización jurídica.

CONFLICTO DE INTERESES

La autora declara la inexistencia de conflicto de interés con institución o asociación de cualquier índole.

REFERENCIAS

Camarasa, J. A. (2009). *El ángel de la muerte en Sudamérica*. Bogotá: Norma.

Cooperativa. (1 de septiembre de 2013). *La verdad sobre la criogenia, la vida después de la muerte congelada*. Recuperado de <http://www.cooperativa.cl/noticias/sociedad/ciencia/la-verdad-sobre-la-criogenia-la-vida-despues-de-la-muerte-congelada/2013-09-01/151318.html>

Corte Constitucional Colombiana. (2005). Sentencia C-555/05. Bogotá D.C. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-555-05.htm>

Corte Constitucional Colombiana. (2014). Eutanasia. Sentencia T-970/14. Bogotá D.C. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>

Corte Constitucional Colombiana. (2015). Sentencia T-274/15. Bogotá D.C. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-274-15.htm>

- Corte Constitucional Colombiana. (2002). Principio de dignidad humana, Sentencia T-881/02. Bogotá D.C. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-669/14. Bogotá D.C. ORecuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-239/1997. Bogotá D.C. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-968/2009, Bogotá D.C. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-881/2002. Bogotá D.C. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>
- Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- Department of Health, Education, and Welfare. (18 de abril de 1979). Informe Belmont. PRINCIPIOS Y GUÍAS ÉTICOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS SUJETOS. E.E.U.U. https://www.hhs.gov/ohrp/sites/default/files/the-belmont-report-508c_FINAL.pdf
- Fuentes, M. Á. (2006). *Principios fundamentales de bioética*. San Rafael, Argentina: Editorial Colección textos de estudio.

- Gómez Pérez, R. G. (1996). *Ética*. Madrid, España: Magisterio S.A.
- Hernández Arriaga, J. L. (1999). *Ética en la investigación biomédica*. México D.F.: Manual Moderno.
- Hobbes, T. (1981). *El Leviatán* Iniciales del nombre del traductor y Apellidos (trad.). España: Publicaciones Cruz O S.A.
- Jiménez Moreno, J. G. (2001). *Aproximación a la manipulación genética*. Editorial Leyer.
- Lavié, H. Q. (1995). *Los derechos humanos y su defensa ante la justicia*. Bogotá DC: TEMIS.
- Maquiavelo, N. (1997). *El príncipe* (2da Ed.). Iniciales de los nombres y Apellidos completos del traductor (trad.). Santa fe de Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- Martínez, J. F. (2008). *Manual de derecho penal*. Bogotá: Leyer.
- Pence, G. E. (1995). *Classic Cases in Medical Ethics*. New York: McGraw-Hill.
- Platón. (1872). *Timeo*. Inicial de los nombres, Apellidos (trad.). Madrid: Patricio de Azcarate.
- Reich, W. T. (1978). *Encyclopedia of bioethics*. Nueva York: Free Press.
- Velásquez Jaramillo, L. G. (2014). *Bienes. Adaptada al Código General del Proceso, al nuevo estatuto de registro, a la ley de garantías mobiliarias y al Código de Extinción del Dominio*. Bogotá D.C: TEMIS.

ÍNDICE ACUMULADO VOL. 7

VOL. 7 N°1 (ENERO-JUNIO)

Presentación

La asistencia humanitaria y la responsabilidad de proteger

Eyder Bolívar Mojica

Presentation

Humanitarian assistanship and responsibility to protect

Eyder Bolívar Mojica

Editorial

El reconocimiento de los derechos humanos al agua y al saneamiento básico por las Naciones Unidas

The recognition of human rights to water and basic sanitation by the United Nations

Valter Moura do Carmo, Álisson José Maia Melo

ARTÍCULOS RESULTADO DE INVESTIGACIÓN

ESTUDIOS DE DERECHOS HUMANOS

La resocialización del sancionado ¿un derecho fundamental? 21

The resocialization of the punished a fundamental right?

Jorge Luis Barroso González, Yanelys Delgado Triana

La suplencia de la queja y el juicio de amparo: desde la perspectiva del sistema penal acusatorio mexicano 57

The supply of the complaint and the amparo judgment: from the perspective of the mexican accusatory penal system

Adriel Córdova Pimentel, Álvaro Coronado Gutiérrez

Oscar Coronado Rincón, Joseph Fernando Rodríguez

Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada o por sustitución en el marco de la teoría del negocio jurídico en Colombia	78
Legal nature of maternity subrogated or by substitution within the framework of the legal business theory in Colombia	
<i>Gustavo Andrés Lobo Garrido</i>	
Legislación ambiental en Colombia, ayer, hoy y desafíos	97
Environmental legislation in Colombia, yesterday, today and challenges	
<i>Auxilio Palacio Lopera</i>	
El <i>cherry-picking</i> en los presupuestos participativos: un acercamiento a sus factores determinantes	114
The cherry-picking in participatory budgeting: an approach to its determining factors	
<i>Juan Camilo Puentes Sánchez</i>	
Medios alternos de solución de conflictos para upstream en la industria de los hidrocarburos. Caso México	140
Alternative means of conflict solution for upstream in the hydrocarbon industry. Case Mexico	
<i>Iván Lázaro Sánchez</i>	

VOL. 7 N°2 (JULIO-DICIEMBRE)

Presentación

Protección jurídica de niños, niñas y adolescentes en materia de derechos humanos

Legal protection of children, girls and adolescents in human rights

Eyder Bolívar Mojica

Editorial

La responsabilidad internacional de los Estados

The international responsibility of states

Natalia Barbero

ARTÍCULOS RESULTADO DE INVESTIGACIÓN ESTUDIOS DE DERECHOS HUMANOS

Justicia transicional en Ecuador: la justicia más allá de la justicia 238

Transitional justice in Ecuador: the justice beyond justice

Jeny Vargas Yangua

Dicotomías entre la seguridad y los derechos humanos, a partir de la
justicia transicional en Ecuador 269

Dicotomies between security and human rights, from the transitional justice in
Ecuador

Diego Peñafiel Valencia

Los pueblos indígenas en México y sus derechos humanos 294

Indigenous peoples in México and its human rights

Francisco Javier Valdez Valenzuela, Manuel Raymundo Valdez Domínguez, Álvaro Coronado Gutiérrez

La responsabilidad por cuota de mercado en el daño ambiental ¿Una solución al problema de las externalidades negativas ambientales? 309

Responsibility for the market fee in environmental damage. A solution to the problem of environmental negative externalities?

Pablo Andrés Estrada García

Desafíos normativos en materia de avances biomédicos: una relación necesaria entre la medicina, la ingeniería y el derecho en Colombia 326

Regulatory challenges on biomedical advances: a relationship needed between medicine, engineering and law in Colombia

Paula Andrea Vieira Ceballos

Universidad Católica Luis Amigó

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Transversal 51A N° 67B - 90. Medellín, Antioquia - Colombia

Tel: (574) 448 76 66

www.ucatolicaluisamigo.edu.co