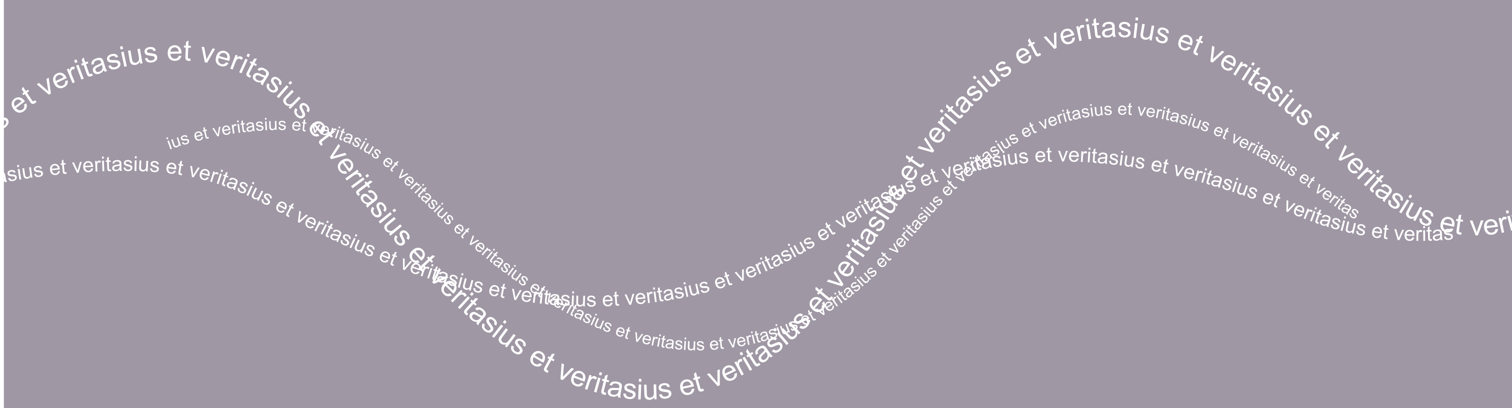
IUS ET VERITAS

LOS DERECHOS HUMANOS DURANTE LOS CONFLICTOS ARMADOS

63

EDICIÓN SESENTA Y TRES


ius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritas
sius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritas
s et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veri

Prohibida su reproducción total o parcial sin autorización de la Asociación IUS ET VERITAS.

IUS ET VERITAS

Coordinadores Generales:
Alonso Gurmendi Dunkelberg
Carlos Zelada Acuña

Créditos

Copyright© 2010 por la Asociación IUS ET VERITAS
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 99-4255
Carátula hecha por Giuliana Alexandra Iglesias Spelucin
Diagramación por Tarea Asociación Gráfica Educativa

La Revista se terminó de diagramar en diciembre de 2021 en los talleres de Tarea Gráfica Educativa.

La presente edición de IUS ET VERITAS es una Revista arbitrada, gestionada y editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. De esta forma, publica artículos de investigación jurídica, los cuales son sometidos a un procedimiento de revisión por pares a doble ciego.

IUS ET VERITAS es una revista miembro del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Estudiantiles (COLAPEJ).

La Revista IUS ET VERITAS está oficialmente indexada en el Catálogo de LATINDEX 1.0 y 2.0. Nuestros altos estándares de calidad son ahora reconocidos y acreditados en el Sistema Regional de Información para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. De esta manera, somos la primera Asociación de estudiantes de Derecho del Perú cuya revista está indexada.

Asimismo, contamos con la indexación oficial en Dialnet, portal de la Universidad de La Rioja. De esta manera, la calidad de la Revista IUS ET VERITAS queda acreditada por uno de los mayores portales bibliográficos de difusión de literatura científica a nivel internacional.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra, además, indexada en CLASE - Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades, base de datos de la Universidad Nacional Autónoma de México.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en VLEX, portal jurídico en español con ediciones en Argentina, Ecuador, España, Chile, Perú y Venezuela. Brinda información en más de 130 países en todas las áreas del Derecho.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en EBSCO, base de datos publicada por la empresa Ebsco Information Services.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en (REDIB) Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, la cual es una plataforma de agregación de contenidos científicos y académicos en formato electrónico producidos en el ámbito iberoamericano.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en (DOAJ) Directory of Open Access Journals, el cual es un directorio en línea que indiza y provee de acceso a revistas arbitradas y de reconocida calidad académica con contenidos publicados en acceso abierto.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en el catálogo (ALICIA) Acceso Libre a a Información Científica para la Innovación del Concytec.

Oficina de IUS ET VERITAS ubicada en Av. Universitaria 1801, San Miguel, Lima.
Segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Teléfono: 626-2000 anexo 5392 // Telefax: 626-2464
Correo electrónico: publicaciones@iusetveritas.com
Dirección electrónica: http://iusetveritas.com / http://ius360.com

Los interesados y las interesadas en colaborar con IUS ET VERITAS mediante sugerencias, comentarios o con la remisión de artículos pueden acercarse a nuestra oficina en el campus universitario o enviar un correo electrónico a publicaciones@iusetveritas.com.
No existe ninguna restricción con relación a la extensión de los trabajos, ni a su diagramación. Sin embargo, se recomienda una extensión de 7000 palabras en fuente Arial 11, a espacio simple. Agradecemos todo envío sin comprometernos a publicarlo.

La Asociación IUS ET VERITAS no se solidariza necesariamente con las opiniones vertidas por los autores y autoras.

*“Los logros de todo grupo
solo se consiguen con el
deseo de crecer, la empatía,
la confianza y el aspecto
humano de las personas”*

Enzo Daniel Mina Vargas

Equipo editorial

Editor General

Enzo Daniel Mina Vargas, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Comité Científico

Francesco Luiso, Università di Pisa (Toscana, Italia)
luisof@iol.it
Francesco Parisi, University of Minnesota (Minnesota, Estados Unidos)
parisi@umn.edu
Giovanni Priori, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
gpriori@pucp.edu.pe
Jorge Agudo, Universidad Autónoma de Madrid (Madrid, España)
jorge.agudo@uam.es
Kathrin Nitschmann, Hochschule Trier (Trier, Alemania)
k.nitschmann@umwelt-campus.de
Marianella Ledesma, Tribunal Constitucional del Perú (Lima, Perú)
mledesma@pucp.pe
Miluska Orbegoso, Universidad de la Américas Puebla (Puebla, México)
miluska.orbegoso@udlap.mx
Richard Epstein, University of Chicago (Illinois, Estados Unidos)
repstein@uchicago.edu
Roberto Romboli, Università di Pisa (Toscana, Italia)
roberto_romboli@yahoo.it
William Kovacic, George Washington University (Washington, Estados Unidos)
wkovacic@law.gwu.edu

Comité Editorial

Beatriz Franciskovic, Universidad Científica del Sur (Lima, Perú)
dfranciskovic@hotmail.com
Enrique Varsi, Universidad de Lima (Lima, Perú)
evarsi@er.com.pe
Eugenia Ariano Deho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)
eariano@pucp.edu.pe
José Antonio Ñique De la Puente, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)
jniqued@yahoo.es
Katherinee Alvarado Tapia, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (Lambayeque, Perú)
kathyalva0767@gmail.com
Lily Ku Yanasupo, Università degli Studi di Genova (Genova, Italia)
likuya@gmail.com

Equipo Editorial

Arantxa Silvana Mendoza Altuna, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
amendoza@iusetveritas.com
Carlos Andrés Loayza Ormachea, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
cloayza@iusetveritas.com
Massiel Jhadira Rodríguez Mendoza, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
mrodriguez@iusetveritas.com
Nicole Allison Navarro Torres, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
nnavarro@iusetveritas.com

Índice

Artículos

Sección Principal

El Alegato de Estado de Necesidad: Un marco jurídico digerible para la legítima defensa extraterritorial contra Actores No Estatales
The Plea of State of Necessity: A palatable normative framework for extraterritorial self-defense against Non-State Actors
Moisés Montiel Mogollón 15

La aplicación de los Convenios de Ginebra en ausencia de un conflicto armado: El caso de la dictadura militar chilena
The application of the Geneva Conventions in the absence of an armed conflict: The case of the Chilean military dictatorship
Catalina Fernández Carter 36

La implementación en el ordenamiento interno de obligaciones emanadas del Derecho Penal Internacional con especial énfasis en los crímenes internacionales: Una mirada a los procesos en Colombia, Perú y Venezuela
The implementation of International Criminal Law obligations – particularly international crimes within domestic systems: An overview of processes in Colombia, Peru and Venezuela
Juan Carlos Ospina
Michelle Reyes Milk
Andrea Santacruz Salazar 59

Persecución penal internacional de los crímenes cometidos durante el Paro Nacional en Colombia como salvaguarda de la democracia
International criminal prosecution of crimes committed during the National Strike in Colombia as a safeguard of democracy
Santiago Alberto Vargas Niño 83

El marco jurídico internacional de los niños soldado. Evolución y nuevos debates tras el Caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional
The international legal framework for child soldiers. Evolution and new debates after the Ongwen case before the International Criminal Court
Jorge Rodríguez Rodríguez 107

El uso de armas nucleares bajo examen: ¿Es legal su uso en situaciones de conflicto armado?
The use of nuclear weapons under review: Is their use legal in situations of armed conflict?
Alessandra Enrico Headrington 121

La protección de las mujeres en conflictos armados: Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional
The protection of women in armed conflicts: Reflections from the perspective of International Law
Carmela Sofía García Ganoza 135

El derecho a la educación y los conflictos armados: Cuando la violencia opaca la esperanza y el desarrollo
The Right to Education and Armed Conflict: When Violence Obscures Hope and Development
Dante Martin Paiva Goyburu 167

Sistemas de armas autónomas y DIH. Advertencia de un futuro cercano
Autonomous weapons systems and IHL. Warning of the near future
Melissa Macher Reyes 179

Sección General

Democracia, Constituição e Conflito: (Re) pensando articulações a partir do agonismo
Democracy, Constitution and Conflict: (Re) thinking articulations from the agonism
Rudinei Jose Ortigara 192

Las máximas de experiencia en la valoración racional de la prueba: Uso adecuado e inadecuado desde la perspectiva de género
Maxims of experience in the rational assessment of evidence: Proper and improper use from a gender perspective
Raquel Limay Chavez **208**

Los servicios públicos de telecomunicaciones y las exigencias ambientales para la instalación de su infraestructura
Public telecommunication services and the environmental requirements for the development of its infrastructure
Cyndel Caballero Fernández
Diego Morales Alferrano **224**

Breves notas en torno a la legitimidad para obrar activa de la Administración tributaria y el artículo 157 del Código Tributario
Brief notes on the standing to act of the Tax Administration and Article 157 of the Tax Code
Percy Enrique Bardales Castro **238**

Desafíos fiscales de la digitalización: Análisis del Impuesto español sobre servicios digitales desde una perspectiva internacional y europea
Tax challenges arising from digitalisation. Analysis of the spanish Tax on Digital Services from an International and European perspective
Antonia Jabalera Rodríguez **261**

Perspectivas del derecho fiscal comparado: Criptomonedas, transacciones y eventos impositivos. Tratamiento tributario en el Perú, problemas y recomendaciones
A view from comparative tax law: Cryptocurrencies, transactions and taxable events. Tax treatment in Peru, problems and recommendations
Luis Durán Rojo
Ernesto Pachas Luna **288**

Consejo Directivo:

Director Ejecutivo: Gino Leonardo Miguel Barco Hidalgo
Director de Publicaciones: Enzo Daniel Mina Vargas
Directora de Imagen Institucional: Katia Aurora Alfaro Valer
Directora de IUS 360: Sayra Celeste Gálvez Armas
Director de Eventos: Diego Armando Pozo Córdova
Directora de Desarrollo Social - Siembra: Yhajaira Yesenia Miranda Paria
Directora de Podcast y Multimedia: Karla Angela Romero Alegre
Director de Gestión Institucional: Christian Bryan Kcaleb Caichihua Bocanegra
Directora de Financiamiento: Andrea Valeria Atoche Cabrera
Directora de Cursos: Diana Vanessa Mori Tiznado
Director de Investigación Académica: Rubén Omar Ledesma Henostroza
Directora de Recursos Humanos: Jazmín Guevara Abanto

Publicaciones:

Arantxa Silvana Mendoza Altuna
Carlos Andrés Loayza Ormachea
Massiel Jhadira Rodríguez Mendoza
Nicole Allison Navarro Torres

Imagen Institucional:

Giuliana Alexandra Iglesias Spelucin
Fernanda Mia Bustamante Tejada
Alexander Kevin Victorio Luque
Constanza Mercedes Hidalgo Pedemont
Fiorella Ivette Cordero Gutierrez
Valeria Cuadros Sobrino

IUS 360:

Raúl Sebastián Vergaray Merino
Diego Vizcarra Retis
Sebastian Leonardo Leyva Avila
Amanda Erin Regalado Romero
Vinda del Pilar Marotazo Troncos
Jano Jhair Nuñez Martinez
Francis Hershova Mollan Diego

Eventos

Andrea Luciana Muñoz Calderón
Milene Leonor Pariona Rojas
Marcelo Fernando Chávez Manrique
Arixa Tatiana Canales Ludeña

Desarrollo Social - SIEMBRA

Ximenna Stella Lagos Arzapalo
Bruno Antonio Marcos Noblecilla Marini
Julio Eduardo Aurelio Ramírez Llerena
Nayeli Sofía Nájera Chaca
Gonzalo Alonso Ugarte Gaita
Carla Alejandra Mercado Bazán

Podcast y Multimedia:

Daniella Elizabeth Arcasi Sosa
Zenayda Nayely Díaz Pérez
Maricruz Pasache Sosa
Valery Nicole Barriga Salvatierra

Gestión Institucional:

Diego József Martínez Saravia
Sofia Abigail Hurtado Alvarez
Fiorella Stephanie Terrazas Herrera

Financiamiento:

Valeria Virginia Elias Paulino
Alexandra Lucía Salvatierra Amaya
Maricielo Rodriguez Diaz

Cursos:

Astrid Maricela Bárraga Ochoa
Alessandra María Yanasupo Cabanillas
Marita del Pilar Alejos Mata
Fátima del Pilar Linares Vega
Jessica Isabel Valles Aguilar
Jean Harold Atencio Alania

Investigación Académica

Gladys Zulema Rios Torre
Piero Fernando Alvarado Cabana
Alissa Jackeline Olivares Mendoza
Nicol Huaynate Montano
Elizabeth Nicole Flores Veliz
Vanessa Maribel Vargas Becerril

Recursos Humanos

Ximena Michelle Diaz Angeles
Ivanna Sofia Fernández Luna

Editorial

IUS ET VERITAS: Una nación que nos pertenece a todos

Hay razones del corazón que la razón no entiende.
Manuel Puig

Debiste haber traído muchas cosas, pensó. Pero ahora no es tiempo de pensar en lo que no hiciste. Piensa en lo que puedes hacer con lo que tienes aquí.
Ernest Hemingway

Esto puede sonar cliché, pero realmente cuando uno ingresa a la asociación no se imagina que terminará ocupando el cargo de la dirección ejecutiva. Para mí IUS ET VERITAS ha sido una especie de viaje, como si hubiera navegado por varias islas que pertenecen a una misma nación.

Durante mi paso por IUS, tuve la oportunidad de pertenecer a cuatro comisiones. La comisión de Contabilidad fue la primera que me acogió y me enseñó esa combinación entre pasión y amor que nosotros llamamos mística. Luego, cuando formé parte de la comisión de Financiamiento, aprendí y pude desarrollar mis habilidades blandas, que me permitirían dar el siguiente gran paso. Me arriesgué, fundé y fui director de la nueva comisión de Podcast y Multimedia; junto con mi comisión impusimos las bases de la marca Pausa Legal, la cual es pionera en su rubro y actualmente es un referente para muchas asociaciones, organizaciones e instituciones dedicadas a la difusión de la cultura jurídica. Finalmente, creyendo ingenuamente que mi paso por IUS había culminado, decidí arriesgarme de nuevo y presidí la comisión de Recursos Humanos; tuve el gran reto de gestionar un grupo humano golpeado por la pandemia y la virtualidad, pero que gracias al esfuerzo y amor por IUS pudo seguir siendo una familia.

Ahora, que ocupo el cargo de la dirección ejecutiva, puedo confirmar que IUS es un espacio en el que puedes arriesgarte. Cada proyecto que tengas en mente puede ser realidad gracias a un motor que se enciende con el apoyo de los asociados y asociadas, y las ganas de sacar adelante lo que es tuyo, porque IUS nos pertenece.

El sentido de pertenencia es algo que nos caracteriza como IUSES. Si no luchas por lo que es tuyo, entonces ¿qué es lo que te mueve a seguir adelante? Ese mismo sentido de pertenencia, que no solo siento yo, sino toda la Asamblea, es lo que ha permitido que ahora seamos reconocidos como la primera y mejor asociación de estudiantes de Derecho del país. Ahora, estamos navegando mares internacionales y vamos en la búsqueda de conquistar otros países de la región.

No quiero dejar de mencionar el excelente trabajo que han realizado las personas que hasta ahora han ocupado el cargo de la dirección ejecutiva. Sin ellos, hoy la comisión de Género y Derecho no sería una realidad. Me siento orgulloso de poder confirmar que IUS es un espacio seguro y que siempre está atento y presto a ayudar, guiándose bajo una perspectiva de enfoque de género. Lo menciono porque, lamentablemente, en nuestro país no es fácil encontrar un lugar en el que puedas expresarte libremente, sin miedo y con el apoyo de tantas personas.

Finalmente, luego de dos años y medio de viaje me despido de IUS ET VERITAS, no sin antes agradecer a todos los amigos que hice y me apoyaron en los proyectos que implicaban un cambio; a los miembros del Consejo Directivo, de quienes estoy orgulloso por su dedicación y esfuerzo; y a la Asamblea 2021-2, que fue mi motor este ciclo.

El viaje recién empieza ¡IUSES, icen las velas!

Gino Leonardo Miguel Barco Hidalgo
Director Ejecutivo

Presentación

"Un gran trabajo conlleva una gran responsabilidad"
Adaptación de Benjamin Parker

Cada producto de IUS ET VERITAS involucra un trabajo en equipo y el aspecto humano detrás; por lo que estas líneas iniciales van dedicadas a cada una de esas personas que hicieron posible el que tengamos ahora esta Edición 63 de la Revista IUS ET VERITAS, la cual cuenta con una vigencia desde 1990 para el público lector y que, en esta oportunidad, podemos ofrecer, en acceso abierto, nuestra segunda edición monotemática que tiene como eje ''Los derechos humanos durante los conflictos armados''.

En primer lugar, quiero agradecer al Equipo Editorial conformado por Arantxa Mendoza, Carlos Loayza, Massiel Rodríguez y Nicole Navarro, quienes no solo han sido fundamentales en lograr los objetivos planteados desde un inicio en pro de la mejora de la calidad académica de la Revista IUS ET VERITAS y la publicación de esta Edición 63, sino también por haber sido un excelente grupo de trabajo que ha sabido complementarse por medio del aporte de ideas, debate y diversas soluciones a partir de la cooperación y empatía demostrada durante este periodo de tiempo.

En esta misma línea, en segundo lugar, quiero agradecer a las siguientes personas por su apoyo en cualquiera de sus formas para la mejora del trabajo de la Comisión de Publicaciones: Alexandra Sierra, Bruno Noblecilla, Christian Diaz, Constanza Hidalgo, Daniella Arcasi, Diego Martínez, Diego Pozo, Diego Vizcarra, Fernanda Bustamante, Fiorella Cordero, Gerardo Falcón, Gonzalo Jáuregui, Ikaro Izarra, Karla Romero, Katia Alfaro, Luciana Muñoz, Marcelo Chávez, Marcelo Manchego, Maricielo Rodriguez, Maricruz Pasache, Milene Pariona, Nayeli Nájera, Nayely Díaz, Nicole Baldeón, Nicole Barriga, Phyerina Ramos, Raúl Feijóo, Raúl Vergaray, Sayra Gálvez, Valeria Chávez, Vinda Marotazo y Ximena Díaz.

En tercer lugar, esta edición no hubiera sido posible sin el apoyo de los coordinadores Alonso Gurmendi y Carlos Zelada. El Equipo Editorial de la Revista IUS ET VERITAS les agradece no solo por el trabajo que involucra ser coordinadores del presente número y sus múltiples funciones, sino por su calidad humana y empatía mostrada con el Equipo Editorial.

En cuarto lugar, esta Edición 63 no hubiera sido posible sin la participación de cada uno y una de los autores y autoras nacionales e internacionales que colaboraron en la contribución de textos académicos y la confianza depositada en IUS ET VERITAS. Agradecemos de manera muy especial a Alessandra Enrico, Catalina Fernández, Moisés Montiel y Santiago Vargas por haber sido parte del Evento de Presentación de la Edición 63 de la Revista IUS ET VERITAS.

En quinto lugar, quisiera agradecer a las personas que conformaron el Comité Editorial de la Revista IUS ET VERITAS durante el año 2021 por su invaluable apoyo a todo el Equipo Editorial: Beatriz Franciskovic, Lily Ku, José Ñique y Katherinee Alvarado; y a las nuevas personas que formarán parte de este Comité durante todo el año 2022: Carmen Boldó, Enrique Varsi, Eugenia Ariano, Guillermo Boza, Jaime Pintos, José Ugaz, Mylai Burgos y Mônia Hennig.

Por último, quiero agradecer de manera especial a mis padres Milagros y Richard; y a mi hermano André por haber sido y seguir siendo personas importantes en mi formación y valores como persona e impulsarme a hacer mucho más. Asimismo, en este último párrafo de agradecimiento, quisiera agradecer a Alexia Taboada y Massiel Rodríguez por haberme permitido conocer a IUS ET VERITAS como un espacio en el que se pueden hacer muchos proyectos y conocer a maravillosas personas, a Anjana Meza por todas las enseñanzas y herramientas brindadas

para la mejora de este espacio, a Jessica Vásquez por haber sido una pieza fundamental en esta edición y su apoyo constante al Equipo Editorial como miembro extraordinaria y como una excelente persona; y a Giuliana Iglesias por impulsar muchas iniciativas que ahora son realidad en IUS ET VERITAS; por todo su apoyo y entusiasmo incondicional del cual siempre estaré agradecido.

Sin mayor preámbulo, presentamos esta Edición 63 de la Revista IUS ET VERITAS, la cual resulta ser única en muchos aspectos. Primero, lo que se busca con el presente número es tocar un tema tan relevante en estos tiempos y que no ha sido tocado de forma tan especializada por una revista conformada por una Asociación de Estudiantes de Derecho en nuestro país.

Segundo, esta edición intenta dar voz a autores y autoras de Sudamérica para que puedan visibilizar los distintos contextos y situaciones particulares, desde los países en los que se encuentran, sobre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación con los conflictos armados y los grupos en situación de vulnerabilidad a raíz de los mismos. Entre estos autores y autoras nacionales e internacionales se encuentran Alessandra Enrico, Andrea Santacruz, Carmela García, Catalina Fernández, Dante Paiva, Juan Carlos Ospina, Jorge Rodríguez, Melissa Macher, Michelle Reyes, Moisés Montiel y Santiago Vargas.

Tercero, esta Edición presenta nueve artículos que versan sobre el eje principal que son los derechos humanos durante los conflictos armados; pero también cuenta con una sección general, la cual tiene seis artículos de diversas ramas jurídicas como el Derecho Ambiental, Derecho Constitucional, Derecho Probatorio y Derecho Tributario con autores y autoras nacionales e internacionales como Antonia Jabalera, Cyndel Caballero, Diego Morales, Ernesto Pachas, Luis Durán, Percy Bardales, Raquel Limay y Rudinei Jose Ortigara.

Esperamos que disfruten leer cada uno de los artículos del presente número y que la calidad que siempre ha caracterizado a IUS ET VERITAS siga manteniéndose e incluso pueda mejorarse, así como en los demás productos de nuestra querida Asociación. La Revista IUS ET VERITAS siempre promoverá espacios para los debates, encuentros e investigaciones de diversas ramas del Derecho para todo público que quiera seguir apoyando esta noble causa que tenemos como Asociación y para las próximas generaciones, la cual es contribuir a la cultura jurídica y el trabajo humano detrás de la misma. Hasta siempre IUS ET VERITAS.

Enzo Daniel Mina Vargas
Director de Publicaciones

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.001

The Plea of State of Necessity: A palatable normative framework for extraterritorial self-defense against Non-State Actors(*)(**)

El Alegato de Estado de Necesidad: Un marco jurídico digerible para la legítima defensa extraterritorial contra Actores No Estatales

Moisés Montiel Mogollón(***)
Universidad Iberoamericana (Ciudad de México, México)

Abstract: The UN Charter law governing self-defense is inadequate to address emerging modalities of armed violence caused by non-State actors located in the territory of non-consenting third States. This paper offers an alternative grounded in the state of necessity as a circumstance excluding wrongfulness as per the law of State responsibility. The contention is that in integrating the rationale behind necessity as an excuse for non-performance of obligations and the conditions and processes under article 51 of the UN Charter, the law allows for an exercise of extraterritorial self-defense against non-State actors which safeguards the territorial State's sovereignty and the need for a legal alternative of defense for the defending State without toeing the line of aggression.

Keywords: Self-Defense - Non-state Actors - State responsibility - State of Necessity - United Nations Security Council

Resumen: El régimen de la Carta de la ONU que tutela la legítima defensa es inadecuado para lidiar con las modalidades emergentes de violencia armada causada por actores no estatales situados en el territorio de un tercer Estado que no consiente a intervención. Este artículo ofrece una alternativa basada en el estado de necesidad como excluyente de la ilicitud de acuerdo con el régimen de la Responsabilidad Internacional del Estado. La proposición es que, al integrar el razonamiento que soporta a la necesidad como excusa para el incumplimiento de obligaciones y las condiciones y procesos existentes en el marco del artículo 51 de la Carta de la ONU, el derecho internacional permite el ejercicio de legítima defensa extraterritorial contra actores no estatales que salvaguarda la soberanía del Estado territorial y la necesidad de una alternativa legal de defensa para el Estado atacado sin cruzar la línea de la agresión.

Palabras clave: Legítima Defensa - Actores no Estatales - Responsabilidad Internacional del Estado - Estado de Necesidad - Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

---

(*) Editorial Team note: This article was received on September 2, 2021 and its publication was approved on November 28, 2021.
(**) The author wishes to thank Santiago Vargas Niño and Alonso Gurmendi for their invaluable input in putting this piece together in record time, and also Ana Sofia Vargas for assisting in the research and, in general, for her unlimited patience. Views and mistakes are the author's own.
(***) LL.B. (Universidad Central de Venezuela), LL.M. (Fletcher School of Law and Diplomacy, Tufts University). Adjunct Professor of Treaty Law (Universidad Iberoamericana, Mexico) and Law of Armed Conflict (Universidad Panamericana, Mexico). Managing Partner at Lotus Soluciones Legales (Mexico City, Mexico). ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9042-4098. Email address: mmontiel@up.edu.mx.

1. Introduction

To the best of current knowledge (Haque, 2021) (Modirzadeh, 2021) there is no normative enshrinement of the right self-defense against non-State actors operating from the territory of a third-State without the need for consent of the territorial State (Paddeu, 2020)[1] that is generally accepted or free from contestation. As last February's Security Council Arria-formula meeting[2] made evident, the articulations of normativity are not enough in number or magnitude to show a customary extension of the right enshrined in article 51 of the UN Charter (Montiel, 2021), and State practice is far from general or consistent. The general position of States on this contention was aptly identified by prof. Modirzadeh as one of silence (Modirzadeh, 2021). The result of this is that the Charter law governing self-defense must be held to operate only among States for the time being.

Seeing as the joint reading of articles 2(4) and 51 of the UN Charter counterintuitively restrict self-defense to inter-State exchanges, and despite some ambiguous language by the UNSC on the issue[3] (Ziccardi, 2007), the fact of the matter is that self-defense against non-State actors in the territory of third-State runs counter to the prohibition on the use of force and is outside of the personal scope of application of article 51. However, if the law governing the use of force fates States with suffering attacks under these circumstances with their hands tied, then, binding as it may be, it becomes a hindrance in the performance of duties owed to citizens and an enabler of irregular threats which empties the text and spirit of the UN Charter and the core principles of modern international law.

Such a position would also be inconsistent with the expansive *caveat* included in article 4 of A/RES/3314 (XXIX), which could be reasonably interpreted to include -to borrow the language from A/RES/2625 (XXV) as the definition of aggression does- the inaction or toleration of irregular forces, armed bands, or mercenaries meaning to violate the territorial integrity of a third State. Also, the latter document upholds the duty of a State to refrain "from acquiescing in organized activities within its territory directed towards the commission of such [acts of civil strife or terrorist acts in another State], when the acts referred to in the present paragraph involve a threat or use of force" (UN, 1975). It is worth noting that the Annex to resolution A/RES/2625 (XXV) seems to be one of the likeliest candidates to be considered *jus cogens* and thus occupies a place of honor as far as norms go, as evidenced by the Fourth Report of the International Law Commission on Peremptory Norms of General International Law (ius cogens) on 2019 (International Law Commission, 2019), and, in any event, it is an indisputable expression of cornerstone principles of international law.

From the above observed, the onus seems to be on the territorial State to prevent and deter the attack by non-State Actors (NSAs going forward) upon the threatened State. This much can be easily inferred. However, this paper is not concerned with the duty of the territorial State to avoid irregular armed bands from inflicting damage on the territorial integrity or the political independence of third States. It attempts to deal with the question of resources available to the third State in question -the recipient of the attack- when the attack by NSAs is imminent or actual and the territorial State fails to carry out its duties to prevent the attack. Surely, the answer cannot be, as pointed above, that the would-be victim is powerless to preempt, halt, or repel the attack. But, then again, such an action appears to be at odds with article 51, which normatively excludes instances of self-defense against actors other than States.

What if the answer to this conundrum is not to be found on article 51 of the Constitution of the UN, but rather on a simultaneously older and newer regime?

This piece posits that the breach of obligations owed to the territorial integrity and sovereignty of the territorial State where non-State armed groups can be justified if the criteria of the state of necessity under the regime of State responsibility is met. While some authors opine that the regime of State responsibility is incompatible with the activity

(1) Notwithstanding some attempts framed as customary law, such as those of the Caroline and Gorostiza Standards, which will be discussed *infra*, especially in their allegedly normative dimension.

(2) Defined by the UN Secretariat as "very informal, confidential gatherings which enable Security Council members to have a frank and private exchange of views, within a flexible procedural framework, with persons whom the inviting member or members of the Council (who also act as the facilitators or convenors) believe it would be beneficial to hear and/or to whom they may wish to convey a message. They provide interested Council members an opportunity to engage in a direct dialogue with high representatives of Governments and international organizations - often at the latter's request - as well as non-State parties, on matters with which they are concerned and which fall within the purview of responsibility of the Security Council" (UN, 2021, par. 2).

(3) *See* UNSC Resolutions S/RES/1373 (2001) of September 28th 2001 and S/RES/1368 (2001) in their preambulatory clauses.

of the Security Council under the use of force regime, arguing that the declaration of unlawfulness of a conduct is materially different than the political assessment carried out by the Council (Tsagourias, 2011), there is no impediment for the UNSC to incorporate the examination of the operational requirements for the excuse of necessity into its discussions, a point which is discussed at large in this paper. This, in keeping with the logic of articles 24, 39, and 51 of the UNC, which recognize the organism's near-monopoly on peace and security issues and task it with receiving notifications of self-defense or any other situations concerning international peace and security, acting in accordance with its guarantor role. Additionally, the composition of the Council and its being bound by international law would allow incorporation of the requisites laid down by the ILC's 2001 Draft Articles on Responsibility of the State for Internationally Wrongful Acts (DARSIWA going forward) in assessing whether a state of necessity actually existed at the moment the counterattacks were carried out and if the breach is justified and thus not a violation of international peace and security (and therefore of international law).

In order to answer these questions, this paper is divided into three sections. The first one is concerned with analyzing the shortcomings of self-defense, as enshrined in the UN Charter, to address the question of how States should respond to attacks by NSAs on the territory of a third State that has not given its consent for intervention. In doing so, this section explores the limits of the inherence and non-constriction features of self-defense as included in the Charter. It also reviews the existing debate on the customary law on self-defense and the doctrinal discussions concerning different standards that enable self-defense against NSAs (with varying degrees of normativity) such as the unwilling/unable doctrine and the Caroline and Gorostiza incidents (and their ensuing doctrines), which have contributed to shape the customary understanding of the law of self-defense against NSAs.

The second section seeks to shed light on the institution of the state of necessity and the current state of the art concerning the doctrine to test its viability to exclude responsibility for instances of self-defense against NSAs. To that end, it dissects the conditions for the operation of the excuse as they have been codified by the International Law Commission in 2001 and its reception in international law. This part takes special note of the relevant *dicta* of the International Court of Justice which have substantially shaped the modern understanding of the exception of state of necessity with a view to provide insights into the correct interpretation of the requisites of essential nature of the interest at stake, gravity, and imminence of the threat that would then justify the breach and preclude wrongfulness. This with a view to posit the compatibility of the doctrinal and jurisprudential operation of said requisites with the conditions of proportionality and necessity that flow from article 51 of the UN Charter (Kretzmer, 2013).

The third section comprises the *pièce de resistance* of this work. It explores how should the claim of state of necessity operate (with due regard to the previously laid conditions) *in lieu* of the claim of inter-State self-defense at the UNSC, without discarding the same requirements of proportionality and necessity. It also analyzes the issues of the authority of the Council to entertain such a claim, based on its primary responsibility for the maintenance of international peace and security and its ability to declare any given occurrence as a threat to international peace and security and consequently act on it.

The presumptive conclusion of this piece is favorably oriented towards the legality (and convenience) of enabling the plea of necessity before the UNSC as a factor excluding wrongfulness when actions preliminarily constituting a breach of article 2(4) must be taken in order to halt, repel, or maybe even preempt an armed attack carried out by a NSA from the territory of a third State, provided that such a State is not allowing said actions but refuses to permit the attacked State to intervene, which leaves the originally attacked State short of legal options to defend its own territorial integrity and political independence.

The intention behind this proposition is to provide a normative framework, compatible with the law as it currently exists, that can move the discussion away from contentious and discretional standards with no normative traction, such as the 'unwilling and unable' doctrine, and to provide a modicum of certainty for the international community as to when exceptions to territorial integrity can be tolerated. In repurposing the UNSC by way of extension of its material capability to analyze instances of self-defense against NSAs in the territory of a third non-consenting State, the analysis and qualification of any given instance of use of force becomes simultaneously subject to legal and political scrutiny and may be held accountable if it exceeds the limits. At the same time, it constitutes an honest attempt to curtail seemingly unfettered conduct by States when conducting military operations in the territory of others.

As a forethought, last year, a much admired countrywoman took the law of

State responsibility out for a stroll in order to determine whether consent was "a defense or part of the definition of the prohibition of force" (Paddeu, 2020), even if the key point of that piece is only tangent to the discussion proposed here, her conclusion serves as the perfect starting point of this paper: any use of force which is inconsistent with the UN Charter system is illegal and consent (or necessity in this case) is a defense -or a justification- to exclude responsibility for the breach. Therefore, and in the interest of safeguarding the territorial integrity and political independence of the defending State, recourse must be had to already existing valid law if self-defense is to be claimed against NSAs in the territory of a third State without its consent, and the UN Charter and international law are to be upheld at all.

Additionally, this paper builds substantially on Terry Gill and Kinga Tibori-Szabó's paper of 2019, which outlined in exquisite detail the operation of necessity in the context of the customary law governing self-defense against NSAs in the territory of a third non-consenting State. In it, they claimed that "necessity (…) serve[s] as both the driver and the limiting function of the exercise of self-defense" (Gill & Tibori-Szabó, 2019). This paper aims to take up the call made by the authors to provide a normative framework susceptible of providing "some adjustments" to our current thinking about necessity in order to make it actionable in the existing Charter system governing the use of force and self-defense.

2. The inadequacy of Charter law governing the use of force to encompass self-defense against NSAs in the territory of a third State without its consent

When thinking about the law governing the use of force in international law, the rules appear to be self-evident. Outside of UN Security Council (UNSC or the Council going forward) authorization under a Chapter VII resolution or individual and collective self-defense, the use of force against the territorial integrity or political independence of another State, or in any manner inconsistent with the purposes of the UN is prohibited[(4)] (United Nations, 1945) and thus considered an internationally wrongful act under the label of aggression, pursuant to articles 2(4) of the UN Charter (UNC going forward), and article 5(2) of General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 1974 (United Nations, 1974) which is largely held to be reflective of customary norms (Drnas de Clément, 2002) and even of *jus cogens* rules (Torp Helmersen, 2014), which has recently been welcomed into the fold of international crimes under the competence of the International Criminal Court.

In fact, article 3 of A/RES/3314 (XXIX) singles out several actions which fall under the category of aggression. For example: invasion or attack of the territory of another State, bombardment or use of any weapons against the territory of another State, use of force exceeding the limits of authorization of the territorial State when it has consented to military presence of the attacking State's forces, or allowing a State's territory to be used by a different State for attacking a third State, just to name a few (United Nations, 1974). Upon revision a constant becomes manifest: these banned uses of force are all conceived as necessarily and exclusively between States.

The system, dating back to the San Francisco conference in 1945, was built by and for States. It has a clear state-centric dynamic embedded in it (Kotlik, 2017), reflective of the paradigm that governed international law at the time (Gill & Tibori-Szabó, 2019); the main (and almost sole) subjects of it were States. Individuals or private groups were held to have little or no agency in the legally-relevant exchanges governed by this branch of the law[(5)]. As a result, the UN Charter (UNC henceforth) system governing force does not take into account the organized used of armed violence carried out by or against non-State entities when it is not tolerated or allowed by the territorial State, which would then necessarily fall under the 'domestic matters of the territorial State' label to the chagrin of the threatened or attacked State.

(4) Without prejudice to exceptions created by regional agreements like NATO, or the OAS which largely follow the same logic with minor deviations. In the case of the Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance and its potential application to situations other than inter-State use of force. *See* Franck, T. (1970) "Who Killed Article 2(4)? Or: Changing Norms Governing the Use of Force by States". *American Journal of International Law, 64*(5), 809-837, however this point will be revisited later on in this paper.

(5) Except maybe in the realms of international criminal law, international humanitarian law and international human rights law, all of which were prominent features of the mid-20th century's legal landscape with the Nuremberg and Tokyo war crimes tribunals and their ensuing developments.

Since its inception, the UN's use of force system was conceived as a mechanism to sort out disputes between States that decided to renounce war as means of dispute settlement. Picking up where the Kellogg-Briand Pact left off, the San Francisco Conference of 1945 was inaugurated by President Truman to the following tune:

> (…) The essence of our problem here is to provide sensible machinery for the settlement of disputes among nations, Without this, peace cannot exist. We can no longer permit any nation or group of nations to attempt to settle their arguments with bombs and bayonets (Truman, 1945, par. 35).

This same spirit, which evidently guided the endeavors of the San Francisco Conference, is the reflection of the commitments made at Yalta and Dumbarton Oaks (Britannica, 2021). Notice, in the latter, articles 3 and 4 of Chapter VIII, section A, about pacific settlement of disputes among States. The intent to regulate was clear: uses of force between States should be banned by the future organization to replace the League of Nations. These commitments were the forebears of the current UNC use of force system. However, and after more than seven decades, the dynamics of the international arena have outgrown the material scope of application of the Charter's use of force system by and large.

Interstate armed conflict, whether aggressive or not, within the meaning of common article 2 of the 1949 Geneva Conventions, have increasingly become an exceptional situation. Much in the same way as isolated uses of force between States falling short of that threshold. This could be celebrated, partly, as a success of the UN system (if one feels obsequious) or as a consequence of a myriad other factors having to do with complex interdependence (Keohane & Nye, 2000). However, conflict remains a constant, even if it changes in formand parties. This observation highlights the apparent mismatch between Charter law governing the use of force and current reality, which now encompasses actors other than States.

Arguably, the reference in article 51 to the non-constriction of the inherent right of self-defense of States was designed to respect dimensions of operation outside of the scope of application of the article itself (Bethlehem, 2021). This would mean that the scope of customary self-defense at the time of the drafting of the Charter may have indeed exceeded that of only interstate uses of force[(6)]. However, as observed by Gill and Tibori-Szabó (2019), several authors argue that the limitation implied by the wording of article 51 UNC was deliberately intended to reduce the scope of action of self-defense even beyond the Charter(Tladi, 2013). As pointed out: "[o]ne of the controversies regarding the effect of the Charter on the pre-1945 right of self-defense concerns NSAGs and whether these groups can qualify as authors of an armed attack" (Gill & Tibori-Szabó, 2019, p. 475).

The question raised by the authors follows the logic of broadening the material and personal scope of application of article 51 to see whether the right of self-defense can encompass armed attacks by NSAs. Even with the diverging opinions of scholarly commentators on the matter, the application of interpretation methods enshrined in the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (VCLT) on articles 31-33 would seem to foreclose such attempt. The Charter is an international treaty signed by States and incapable of producing obligations outside of that personal scope. More to the point, the *travaux préparatoires* of the UNC are clear evidence that:

> [T]he drafter's primary objective was to regulate State behavior rather than address the dangers posed by NSAGs. Accordingly, during the drafting process, the principal discussions regarding article 51 centered on the concerns of Latin American States that the Charter and the powers of the Security Council did not supersede their regional arrangements for collective self-defense (Tibori-Szabó, 2011, p. 474).

Similarly, the personal scope of applicability of article 51 was not discussed during the San Francisco Conference. As Gills and Tibori-Szabó report, an earlier draft of the article included the precision that it referred to attacks by a State against any other member State, but it was later dropped without a reason on the record for it (2019). This silence, while in and of itself not terribly indicative of anything, allows for context to be brought to bear on account of the lack of literal or textual interpretations to be had. Thus, systematic interpretation forces the reader to address article 51 in the context of article 2(4) of the same document. In the latter, the use of force is prohibited among States, and it would stand to reason that, being the exception to article

(6) This idea certainly finds support in pre-existing doctrines and standards concerning uses of force against non-State actors in the territory of third States such as those laid out in the Rainbow Warrior case, or the Caroline and Gorostiza Incidents. The ensuing standards will be explored in more depth later on the piece.

2(4), article 51 would inexplicably have a wider *ratio personae* spectrum, this same reasoning is exhibited by authors such as Mary Ellen O'Conell (2013), and Rona & Walla (2013).

A State-centric reading of the result of the joint reading of articles 2(4) and 51 of the UNC, in line with the freedom principle enshrined in the PCIJ's *Lotus Case* (1927), would thus mean that if not explicitly prohibited, then the resort to self-defense against NSAs in the territory of a third non-consenting State would be lawful (Gill & Tibori-Szabó, 2019). However, upon close examination, this view doesn't hold. This is because any use of force conducted against a NSA will necessarily occur *on* the territory of a third State(7) and will then amount to a violation of article 2(4) UNC in prejudice of the territorial State unless an exception or justification can be proven.

This latter point also fits within a teleological reading of the UNC. The object and purpose of article 51 in the larger context of the UNC is evident from article 2 of the Charter, which lays out the principles of the Organization. The very object of the treaty is to preempt uses of force against the territorial integrity and political independence of member States. The discrepancy between the target of the attack (the NSA and not the State) and the effects, forcibly suffered by the territorial State, don't appear to be distinguishable, even if the case has been made by authors such as Trapp (Trapp, 2015)(8). The problem with using intentionality of targeting as a rationale for toleration is that it results impossible to ascertain from an objective model of responsibility, such as the one prevalent in international law.

One further avenue to analyze whether the use of force system of the UNC can cater to the situation under study is that of subsequent practice (under the VCLT as complementary and subsidiary method of interpretation) relative to UN Charter law (Gill & Tibori-Szabó, 2019). As is usual in these instance, scholarly commentary covers both positions. In the affirmative, authors such as Murphy (2002) and Antonopoulos (2008) posit that the pre-Charter customary admissibility of self-defense against NSAs in the territory of a third non-consenting State remains untouched and therefore, while separate from the UN's use of force system, the exercise of self-defense is legal. This is unconvincing insofar as it adds nothing to consider in the evolution of practice *surrounding* the UN Charter but rather just offers the existence of a parallel and unconstrained customary regime. Another shortcoming of this position is that it does not take into account the location of the NSA and covers only those attacks occurring in the territorial jurisdiction of the attacked State.

Another point to consider by those defending a parallel customary regime allowing for the claim of self-defense tantamount to that of article 51 UNC is the Charter's non-supersession clause located in article 103. In principle, this rule would preclude the possibility of change in the terms laid out in the Charter by any other international agreement which would then negate the legality of the so-called parallel customary regime if it runs counter to the exclusively inter-State domain of article 51. However, there is contention on whether article 103 UNC is applicable to customary law or whether it only applies to international agreements understood as treaties (Glennon, 2001) which would render this particular argument inconclusive, but still worth considering.

Regardless of the conclusion on the interpretive discrepancy of article 103 UNC, another line of defense that would go against the possibility of both the enlargement of article 51 UNC by way of practice and against the existence of a stand-alone customary permission. This would be the purported *jus cogens* nature of the prohibition of the use of force (Torp Helmersen, 2014). While the determination and effects of *jus cogens* rules are still hotly contested (ILC, 2016), one thing is clear: no norm of *jus cogens* character may be derogated from unless such modification comes from a subsequent peremptory rule. Naturally, this would apply squarely should the contending norm be found in a treaty (as per article 53 VCLT), which is notably not the case here, nevertheless it is still noteworthy that there is resistance by the normative establishment to accept changes to rules endowed with such superior character(9).

Building on this, the last few years have witnessed the resurgence of the so-called

(7) With the potential exception of uses of force carried out in *res communis* places such as the High Seas or Outer Space, which -on account of lack of regulation in one case, and lack of potentiality, in the other- are excluded from the analysis of this piece.

(8) The main point of this proposition is that self-defense against NSAs may be permissible to the extent that the territorial State itself is not targeted.

(9) In its 2019 report on peremptory rules of general international law of the ILC, the Special Rapporteur, Mr. Dire Tladi, has put forth the notion that jus cogens rules may not be derogated by contravening custom or desuetude. While the author remains unconvinced with the identification and operation of this special category of norms, it is noteworthy that institutions which do support it are convinced that these norms may not be derogated from under any circumstances.

'unwilling or unable' doctrine on the realm of *jus ad bellum*. While articulations along the same lines can be found as far back as 1970 by the Nixon administration in the US (Heller, 2019), 1976 by Israel on its Entebbe raid (O'Connell, 2019), or 1981, again by Israel, concerning its armed activities in Lebanon (Gill & Tibori-Szabó, 2019), it has become prominent in the post 9/11 world and especially in the context of the so-called 'War on Terror' that followed the invasion of Afghanistan. It also was (even if not mentioned out loud) the preponderant subject of the above mentioned Arria Formula meeting convened by Mexico on February 2021.

The 'unwilling and/or unable' proposition is built upon the premise that the territorial State has an active duty to prevent any damage caused to third States originating on its own territory, following on the ICJ's Corfu Channel Case (ICJ, 1949) recognition of the international obligation not to cause or allow harm to other States, which is also enshrined in A/RES/2625 (XXV) of 1970 as pointed out above. Thus, the doctrine posits that "a victim state has the right to engage in lawful extra-territorial self-defense when the host state is unwilling and/or unable to mitigate or suppress the threat posed by domestic NSAs" (Williams, 2013, p. 620).

The doctrine allegedly finds its pedigree as an update of the Caroline standard (DeLaurentis, 2021), although this genealogy is a bit doubtful (Heller, 2019). It originally posited that anticipatory self-defense against NSAs, in order to be lawful, should comprise "a necessity of self-defense, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation" (Webster, 1837). Precisely because of the immediacy of the action required and its overwhelmingness and gravity. The doctrine was held to be a lawful exception to the then-not so absolute prohibition on the use of force and went on to constitute the foundation of the customary law of self-defense in the pre-Charter era.

However, in trying to expand the material reach of application of the Caroline test to justify the 'unwilling and/or unable' doctrine, even if taking into account other relevant incidents like the Gorostiza standard which notoriously centered the discussion around the need to prove necessity before allowing extra-territorial self-defense (Gurmendi, 2020), the test of time has been unfavorable towards the exception. The paucity of general practice seems to belie the notion that it has attained customary character (Chachko & Deeks, 2016), much in the same way that the invocation of the exception has been all but consistent (Gill & Tibori-Szabó, 2019). Additionally, it is riddled with ambiguities which threaten international peace and security in the absence of clear regulation. The appreciation put forth by Sharma and Agarwal hits the mark when they comment that the *effet utile* of the doctrine is to circumvent the need to obtain the host state's consent. This can naturally threaten the international order absent a strict regulation (Sharma & Agarwal, 2020). The authors further posit that the doctrine -due to its inconsistent invocation and application- has failed to garner customary status (Sharma & Agarwal, 2020).

The 'unwilling and/or unable' doctrine presents a perfect example of why trying to artificially expand the limits of article 51 UNC is incompatible with the legal regime laid out by the treaty itself. The arguments put forth by States, such as France, Denmark, Egypt, Lebanon, Colombia, Uganda, or India, doubting the legality of the doctrine is highly telling (Chachko & Deeks, 2016) in that they situate Charter law as the starting point for any discussion on self-defense, which then complicates any attempt at enlarging the scope of application (personal and material) of article 51 UNC. These sentiments are echoed and expanded further by States such as Mexico (who convened the Arria Formula meeting), who have outright rejected the legality of the doctrine on the same basis (De la Fuente, 2021).

On the camp of those who argue against the legality of claiming self-defense in terms of article 51 UNC as a right to be exercised against NSAs located in the territory of a third non-consenting State, the arguments put forth by Kunz (1947), Stahn (2003), Kammerhofer (2007) and Orakhelashvili (2015) ring most persuasive. In sum, these authors support the conclusion that the use of force system built into the UN Charter was designed exclusively for inter-State exchanges of violence[10] and thus negate the possibility of self-defense being a feasible or legal claim in the particular instance of scrutiny of this paper.

(10) With the notable inclusion of instances of armed attack carried out by non-State actors only if attribution or substantial involvement of a State can be proven. This scenario has been the subject of ample discussion and has been endorsed by the International Court of Justice in rulings like the Nicaragua case (Nicaragua v. USA) and the Armed Activities case (DR Congo v. Rwanda). In both instances, the Court has found that if there is a sufficient level of control or involvement of the State in the activities of the armed group then the actions may be attributable to the State for determination of international responsibility.

In practice, the United Nations Security Council, tasked with qualifying the legality and correctness of instances of self-defense under article 51 UNC, has been less than receptive to claims of self-defense against NSAs in the rare opportunities when it has said anything at all. Resolutions S/RES/273 of 1969, S/RES/294 of 1971 dealing with this exact claim being put forth by Portugal or resolutions S/RES/265 of 1969, S/RES/313 of 1972, or S/RES/467 of 1980 concerning the alleged exercise of extra-territorial self-defense by Israel bear witness to the little sympathy the Council holds for this position. However, as will be noted below, the agency of the Council as a law-determining body remains contested and the politics that are an integral part of its operation make it difficult to ascertain whether the rejections is founded on politics or on law.

On a similar note, and (mostly) unburdened by the cloud of politics, the ICJ has also observed that it does not look kindly to the claim of self-defense under article 51 UNC when used against non-State actors. In the *Wall* advisory opinion and the *Armed Activities* ruling, the ICJ displayed discomfort with applying the right of self-defense to non-State attacks lacking a clear connection to a State (Arimatsu & Schmitt, 2021). This would confirm that, in the Court's opinion, the claim of self-defense under article 51 of the UNC is restricted to inter-State exchanges of force(11).

As shown above, and recognizing that the issue has warranted substantial discussion, it's safe to say that caution advises against the legality of claiming self-defense when the author of the attack is not a State. Much more so if the purported actions to repel, halt, or preempt the attack are to have effects or be carried out in the territory of a third State that has not consented to the action and regardless of whether the territorial State has complied with its duty to not tolerate or harbor NSAs hostile to the defending State.

That is, of course, a matter of law, which, as pointed out earlier, runs counter to logic and to the defending State's own right to the respect of its territorial integrity and political independence. As a matter of fact, the proposition that the defending State's hands are tied, and it is fated to suffer the attack out of respect for the territorial integrity of the territorial State is entirely antithetic to its legitimate expectations under article 2(4) UNC and also absurd.

The conclusion then, is that Charter law governing self-defense is largely inapplicable to situations where the author of an attack is not a State, but the offense still originates within the territory of another State and must be dealt with in its territory. However, all is not lost. There is law outside of the UN Charter (and compatible with it) that may be used for this exact purpose, without prejudice to the system of use of force contained inthe treaty. Enter in the ILC's Draft Articles on Responsibility of the State for Internationally Wrongful Acts article 25: the plea of necessity.

3. The state of necessity as a circumstance precluding wrongfulness under the law of State responsibility

As a forethought to this section, it should be noted that in the case under analysis, there is no adequate or materially coincident regulation (conventional, customary, or otherwise) that caters to the specific situation of exercising any type of self-defense against NSAs located in the territory of a third State that refuses permission to deal with the threat. As shown above, Charter law and its customary equivalent governing the use of force do not provide sensible alternatives to this situation. In absence of any regulation in primary rules, the default option(12) becomes the Draft Articles on the Responsibility of the State for Internationally Wrongful Acts (Crawford, 2019).

Furthermore, before addressing the proposition of the plea of necessity in the context of the DARSIWA as a more deft way to navigate instances of self-defense against NSAs in the territory of a third non-consenting State than conventional self-defense in the Charter context, it is useful to note (as detailed above) that diverse attempts have been made to provide frameworks to enable the practice. Most notable from the academic trenches is the discussion started by Daniel Bethlehem

(11) In the interest of precision, it must be annotated that the ICJ, in the Wall opinion and the Armed Activities Case, has only condemned instances of self-defense carried out against the State harboring the NSAs and not the NSAs themselves. However, this position could be held to reinforce the impossibility to separate the personal and territorial aspects of self-defense against NSAs in the territory of a third non-consenting State, as pointed out above. Additionally, the silence of the Court as to this specific situation (which it did not include as a lawful option) should be read in keeping with the integrity and superiority of the prohibition of the use of force in substantive terms.

(12) Especially since the articles restrict their applicability if the particular material regime contains any *lex specialis* dealing with declaration of responsibility.

and hosted by the American Journal of International Law of the so-called 'Bethlehem Principles' (Bethlehem, 2012). Suffice it to say that the best argument against Bethlehem's proposition is that it has failed to generate cohesion among States who find themselves attempting to justify their attacks on the territory of third States (even if bits and pieces of the argument appear sparsely every now and then in different doctrinal enunciations). The most cogent expression of the inadequacies of that proposition is that:

> [D]espite their constant invocation, the notions of necessity, imminence, and proportionality are fraught with conceptual ambiguity and are notoriously difficult to apply in practice. By relying heavily on necessity, imminence, and proportionality, Bethlehem imports these difficulties into his principles (Akande & Liefländer, 2013, p. 569).

The criticisms to this proposition are not exclusive to Bethlehem's principles. As noted above, neither State practice, expert commentary, nor even jurisprudence have so far come up with a regime well-suited and properly tailored to cater to this very particular situation. That is, presumably, the reason why exercises like the Arria Formula meeting convened by Mexico in February 2021 are simultaneously so useful and so problematic. The lack of clarity and precision ailing the components of self-defense, in the context of its invocation against NSAs, make it impractical and cumbersome and difficult to assess even after the fact.

This paper contends that self-defense (be it within the Charter context or without) is ill-suited to answer to the new realities affecting the current conventional and customary use of force dynamics. As observed earlier, this normative gap would force the conclusion that States are fated to suffer harm when the particular conditions studied here present themselves.

Within the very context of the ILC's Draft Articles, article 21 covers self-defense as a ground for exclusion of responsibility, but as it was mentioned before, that system is designed for inter-State instances of self-defense and therefore does not govern the specific case analyzed in this situation, this becomes evident in comment (5) of article 21 of the DARSIWA which claims that "(5) The essential effect of article 21 is to preclude the wrongfulness of conduct of a State acting in self-defense *vis-à-vis* an attacking State. (…)" (ILC, 2001). This occurs because the rules concerning self-defense in the Articles essentially copy the Charter system of self-defense. In fact, the reference to article 51 UNC is explicitly built into article 21 of the DARSIWA, as is the subjection to the requisites of proportionality and necessity under the UN Charter law.

As a matter of legal logic, claiming self-defense when the author of the attack is not another State creates issues of contradiction with article 2(4) of the UN Charter. If one State's right of self-defense is exercised, then there is a necessary infringement upon the right of territorial integrity of the territorial State. Simply put a defending State cannot repel, halt, or counter an attack launched by an NSA on the territory of a third State without exercising force in the territory of that State and therefore breaching its territorial sovereignty. This because the UN Charter bars self-defense against actors other than States. This flies in the face of Aristotle's logical non-contradiction principle, where two opposing premises cannot be simultaneously and entirely true. This is precisely why self-defense is designed as an exception to the right of territorial integrity of the territorial State (when it is itself the attacker) which has opened up to the infringement by virtue of its own violation of the other State's right to territorial integrity or political independence. The resemblance to countermeasures is, evidently, uncanny. This is because it is the aggression of the attacking State that gives way to the right of self-defense of the defending State. That is, however, not the case when attacker is not a State. The ILC espouses a similar logic in its commentated version of the Draft Articles. It goes on to say:

> (1) The existence of a general principle admitting self-defense as an exception to the prohibition against the use of force in international relations is undisputed. Article 51 of the Charter of the United Nations preserves a State's "inherent right" of self-defense in the face of an armed attack and forms part of the definition of the obligation to refrain from the threat or use of force laid down in Article 2, paragraph 4. Thus, a State exercising its inherent right of self-defense as referred to in Article 51 of the Charter is not, even potentially, in breach of Article 2, paragraph 4 (ILC, 2001, p. 24).

Read in the context of article 21 as a whole (especially in its' 5th and 6th comments), this exclusion of breach can only operate when the hostile act occurs amongst States. Given that self-defense is an exception to the unlawfulness of the use of force, such an exception may not be expanded absent the clear intent to do so on the part of States. To date, this issue is hotly contested as shown above, and no clear articulations of *opinio juris* sufficient in number seem to exist, as the coverage of February's Arria Formula has conclusively shown.

The inadequacies of self-defense under Charter law and its copycat in article 21 of the DARSIWA yield no useful answers to the question of self-defense against NSAs operating from the territory of a third non-consenting State. However, a sensible alternative may -as promised at the outset of this piece- be found in article 25 of the DARSIWA covering the plea of necessity. The article in question reads:

> Article 25. Necessity
>
> 1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:
>
> (a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and
>
> (b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.
>
> 2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:
>
> (a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or
>
> (b) the State has contributed to the situation of necessity (ILC, 2001, p. 80).

As observed by Arimatsu and Schmitt, "[n]ecessity is a core principle of international law that operates in diverse ways within different legal regimes. For example, it is a condition (the law governing the use of force), a foundational principle (international humanitarian law), a limitation (international human right law), and a legal defense (international criminal law)" (Arimatsu & Schmitt, 2021, p. 1182). Being a core principle of the normative system, its existence prior to its inclusion in the 2001 DARSIWA is pretty much uncontested by both the International Court of Justice and the ILC (Arimatsu & Schmitt, 2021) and by scholarly commentary at large. Evidence of its role in international law can be found as far back as Grotius, who wrote of its operation in the context of *jus in bello* (Boed, 2000), or -in the context of self-defense- in instances like the *Caroline* incident or the Gorostiza Pamphlet (Gurmendi, 2020).

In its modern sense, the ILC offers a definition of necessity in the context of justifications in the following way:

> (1) The term "necessity" (*état de nécessité*) is used to denote those exceptional cases where the only way a State can safeguard an essential interest threatened by a grave and imminent peril is, for the time being, not to perform some other international obligation of lesser weight or urgency. Under conditions narrowly defined in article 25, such a plea is recognized as a circumstance precluding wrongfulness (ILC, 2001, p. 24).

Note how, from the outset, necessity is presented by the DARSIWA as a negative formulation. This gives credit to its extremely exceptional nature (Paliouras, 2016) which has also been noted by the World Court on its *Gabcikovo-Nagymaros Project case* when it highlighted its very exceptional character (1997). The wording utilized by the Commission certainly confirms its last resort nature, not unlike the one that would be made under circumstances so grave that left no moment for deliberation and no choice of means. This exceptional nature is compatible with the *pacta sunt servanda* owed to third States and is precisely why it makes for a palatable way to navigate the situation presented in this paper.

From its debut in classical law systems and to this day, the state of necessity is indicative of the general unlawfulness of the action taken in the specific context in a logic akin to that of justifications or excuses (Paddeu, 2020). However, recourse to it is justified insofar as it seeks to protect a more valuable interest than the one being harmed. Boed writes in this context that:

> [W]hen a threat to self-preservation arose, it was considered justified to take any steps necessary to preserve one's existence, even if such steps would have been unlawful had they been taken in the absence of a threat to self-preservation (Boed, 2000, p. 4).

As observed by the same author, "the balancing test in the provisionally adopted text of article 33 of the ILC's Draft Articles on State Responsibility is designed to weigh inconsistent interests of two States (…)"[13] (Boed, 2000, p. 3), from there it follows, that the drafters of the articles identified the norms of State responsibility as flexible in deference to essential interests of States without necessarily making them trump cards that would void of content and binding character the obligations of the State *vis a vis* each other.

(13) *See* also *Report of the International Law Commission on the Work of its Twenty-Seventh Session,* U.N. Doc. A/10010/Rev.1 (1975), 51-59, U.N. Doc. AICN.4/SER.AI1975/Add.1; *Report of the International Law Commission on the Work of its Thirty-Second Session,* U.N. Doc. A/35/10 (1980), 26- 34, U.N. Doc.AICN.4/SER.A/1980/Add.1.

Its outstanding character has to do with its linkage, in classical times, to the innate right of self-preservation which is natural to every State. In fact, Boed (2000), goes on to note that Hugo Grotius himself accounts for the recognition of the right to self-preservation as far back as roman law, and that it was later picked up by the social contract writers such as Locke, Hobbes, and Rousseau. Thus, the historical logic behind the state of necessity is not to remove the unlawfulness of the action taken, but rather to shift the discussion towards the necessity that justifies the illegality in a particular factual context. As a consequence of this shift in the terms, responsibility for the trespass cannot be exacted by the aggravated party because of the extraordinary nature of the threat or harm caused to the State claiming the operation of necessity. This is consistent with the nature of international law as a system of voluntary self-limitation (Jellinek, 1880) enshrined in the Lotus Principle (PCIJ, 1927).

However, not every whim of the State can fall under this normative exception and the reach of necessity has been narrowly defined ever since its Grotian inclusion. Rodick identifies six conditions in the writings of the seminal scholar for the exception of necessity in the context of inter-State warfare: (1) absence of criminal intent, (2) existence of real danger to vital interests, (3) temporal imminence, (4) proportionality, (5) consideration to the equities involved, and (6) duty to effect reparations whenever possible (Rodick, 1928). Much of these still permeate the ILC's modern conception of the state of necessity and resonate with the doctrinal requisites imposed on self-defense -as an exercise of the fundamental right to self-preservation of the State- under the aegis of article 51 of the UN Charter, even if they're not legislated into the requisites.

It is precisely because of this higher normative threshold that it seems to offer a framework that is simultaneously respectful of the legitimate expectations of the territorial State to have its rights under article 2(4) UNC respected while enabling a non-condemning alternative for the defending State when an attack by a NSA physically situated in the territory of the 'attacked' State occurs. In raising the bar by demanding a stricter scrutiny of the existence of necessity, the defending State need not be hopelessly subject to attacks by NSAs without being able to see to its own essential interests in the face of an uncooperative territorial State. In the same train of thought, it should be noted that the ILC's 5th comment under article 25 references the *Caroline* incident and qualifies it not as self-defense, but rather as a clear-cut case of the operation of the state of necessity (ILC, 2001) which is exactly the claim put forth by this piece.

3.1. The conditions for operation of article 25 of the DARSIWA

The forcible conclusion (or perhaps the cause) of the very existence of the state of necessity as a circumstance that precludes wrongfulness, is that it safeguards "the most important of these fundamental rights of States [which is] that of existence, which involves the rights of self-preservation and defense" (Hershey, 1927, p. 231). This is perfectly aligned with the ontology of the exception in that it seeks to protect essential interests of the State that may run counter to its obligations and in detriment of the rights of other States. In order to achieve this, necessity requires a balancing of protected rights against those that would suffer from the breach.

This is precisely the *quid* of the issue, as observed by Boed, "the balancing test in the provisionally adopted text of article 33[(14)] of the ILC's Draft Articles on State Responsibility is designed to weigh inconsistent interests of two States (…)"[(15)] (Boed, 2000, p. 4), from this it follows, that the ILC drafters meant to codify a flexible regime, simultaneously mindful of the most important interests of States without negating the efficacy of international obligations.

Fenwick describes the difficulties of the balancing test in writing that "[t]he conflict of international rights thus resulting is governed by a few general principles of law, which are, however, so vague as to leave it an open question in many cases whether the right of one has justified a breach of the right of the other" (Fenwick, 1965, pp. 142-143). This is exactly applicable, letter by letter, to the current law governing self-defense and even more so to the question of whether self-defense is admissible *vis a vis* non-State actors in the territory of a third non-consenting State, with one minor *caveat*: the defense of essential interests of the State, like survival, is not understood in the context of the law of

(14) Now article 25.
(15) *See* also Report of the International Law Commission on the Work of its Twenty-Seventh Session, U.N. Doc. A/10010/Rev.1 (1975), 51-59, U.N. Doc. AICN.4/SER.Al1975/Add.1; *Report of the International Law Commission on the Work of its Thirty-Second Session,* U.N. Doc. A/35/10 (1980), 26-34, U.N. Doc.AICN.4/SER.A/1980/Add.1.

responsibility as a right[16], but rather as a way to evade the responsibility that accompanies the breach of obligation (Ago, 1980).

Ago's conclusion that self-preservation is -operationally- an excuse rather than a right is seemingly backed by judicial practice (Cheng, 2006) and by a noteworthy lack of substantial State protest.

Notwithstanding the rough edges in its definition, at least there's widespread agreement on the requirements necessary for the plea of necessity to operate. These are laid out in article 25(1)(a) of the DARSIWA and are composed of (1) the essential nature of the protected interest, (2) the gravity of the harm threatened or inflicted, and (3) the need of immediate action.

From among these three requirements, the first one poses severe challenges in terms of interpretation. The ILC itself declined to provide a definition or a metric of comparison as to what constitutes an 'essential' interest (ILC, 2001). This lack of definition ought to be interpreted as a deference to the subjective classification of the State, and as a function of the difficulty to agree on a fixed set of situations meriting such a classification. The preference for the case-by-case analysis of each scenario lends credence to the idea that the nature of 'essential' of the interest is context-dependent and should be thus assessed. This deference to the State is not, however, without limits. The ILC has opined that "[t]he extent to which a given interest is essential depends on all the circumstances and cannot be prejudged. It extends to particular interests of the State and its people, as well as of the international community as a whole" (ILC, 2001). In other words, while the burden of proving the essential nature of the interest is on the claimant of the necessity, the analysis of whether the interest is fundamental must be carried out in light of the context and circumstances surrounding the situation.

The dangers in this position are manifold. It opens the door for pronouncing virtually anything as an essential interest and therefore negating the extraordinary character of the plea of necessity. Regardless, the very fact that the essential nature of the interest ought to be demonstrated in order for the claim of necessity to hold, provides a much stricter standard than that of the law governing self-defense, where any armed attack satisfying a minimal degree of gravity will warrant lawful retaliation[17]. This is already a first positive for necessity as a normative framework to complement the law governing the use of force in the UNC context. Precisely because of its exceptional nature and the need for an interest above mere topical allegations of sovereignty to be demonstrated, it offers -at least- a chance for differentiated and strict scrutiny where self-defense cannot. Additionally, the fact that the argument for the essential character of the interest ought to be put forth after the unlawful act does not, at all, subtract from the usefulness of it. By any metric, if the essential nature of the interest threatened or attack is not proven, then the justification fails and the action is outright illegal, with the necessary consequences ensuing, much as it can happen when a claim of self-defense under article 51 UNC is brought to the UNSC.

As to the second and third requisites codified by the ILC, namely that of the gravity and imminence of the peril, the Commission went on to add that:

> Whatever the interest may be, however, it is only when it is threatened by a grave and imminent peril that this condition is satisfied. The peril has to be objectively established and not merely apprehended as possible. In addition to being grave, the peril has to be imminent in the sense of proximate (ILC, 2001, p. 83).

While these conceptual contributions from the ILC surely are useful in ascertaining the limits of operation of the state of necessity, they contribute little to actually defining what gravity and imminence are. The exact legal meaning and import of those two words is the subject of several rivers' worth of ink courtesy of scholarly writing and then some more brought by international jurisprudence[18].

If self-defense claims under article 51 of the UN Charter may be used as a mirror for the operation of the plea of necessity when it concerns response to armed attacks by NSAs (and the contention here is that they can to a certain extent), then to look for orientation on

(16) Which it may very well be, if seen as a function of delegated sovereignty as suggested by modern contractualists (Dobos, 2011) and also as a consequence of the designation of self-defense as an inherent right under article 51 of the UN Charter. That point is, nevertheless, besides the scope of this article since the operation of the regime of State responsibility characterizes this right as an excuse to evade responsibility and not as a ''clash of rights''.

(17) As occurs with virtually any letter addressed to the Security Council concerning an article 51 notification where mention to the events that triggered the exercise of self-defense are typically never discussed and, at best, barely mentioned in passing.

(18) Specifically on the subject of imminence, the very existence of incredibly robust volumes of results for any search for "preventive self-defense" or "anticipatory self-defense" bear witness to the diverging views concerning the necessary temporal threshold of a threat in order for measures to be available to the threatened State.

the requisites of gravity and imminence the emphasis should be put on the proxy concepts of necessity and proportionality because of their intimate relationship. The rationale behind the likening of these requisites flows from the notion that the gravity and imminence of the peril provide the metric to assess the necessity and proportionality of the response in a sort-of symbiotic normative relationship. If the peril or threat is minor or trivial, then any armed response to it will necessarily be disproportionate. If the threat cannot be objectively assessed to exist, then the response is unnecessary(19).

As the ICJ observed in the *Wall* opinion, under the UN Charter any armed attack by another State triggers the right of self-defense (ICJ, 2004). Regardless of this the Court has occasionally analyzed whether the original use of force constituted a grave violation of article 2(4) giving way to the exercise of self-defense and accordingly qualified the necessity and proportionality of the defensive force employed. By doing this, the Court has provided -maybe without actively meaning to- a judicial standard to qualify both the gravity and (to a lesser extent) the imminence of the peril that would then trigger the right of self-defense (or the plea of necessity here). Note that in the *Oil Platforms case* the ICJ was unpersuaded by the US' arguments concerning the *obiter* on the use of force and ended up finding that the US' actions were neither necessary nor proportional under the circumstances as appraised by the Court, which surprisingly enough, engaged in a scrutiny seemingly more akin to the plea of necessity under the DARSIWA than that of self-defense, As hinted by Taft, the Court seemed to suggest that unless a minimal threshold of gravity is evident in the use of force, then self-defense will not become an option because it would be unnecessary and disproportionate (Taft, 2004). Similar conclusions were reached by the Court in the *Armed Activities on the Territory of the Congo* case, it found that the preconditions for the exercise of self-defense were not satisfied and, in consequence, it was not tasked with analyzing whether Uganda's actions were necessary or proportionate (Damrosch, Henkin, Murphy, & Smit, 2009).

On the specific issue of imminence, the ICJ understood in *Gabckicovo* that the temporal scope need not be materially and temporally immediate but rather proximate or objectively foreseeable (ICJ, 1997). As the ILC noted, the clear establishment of the objective existence of the peril based on reasonably available evidence at the time of the infringing measure is enough to open the way for the claim of necessity (ILC, 2001).

As is evident, the analytical framework of the factual test needed to ascertain the validity of the claim of necessity is actually fairly stringent, albeit highly context-dependent. The best proof of the exceptional nature of this justification is to be found precisely in its application by the international judiciary and arbitral tribunals. As noted by the Commission in its 14th commentary to article 25 there is ample evidence of the claim of necessity being submitted to international tribunals in order to elude responsibility (ILC, 2001) and, consequently, a display by those many judicial and arbitral instances of a very rigorous scrutiny of the factual underpinnings that uphold the validity of the claim (Paliouras, 2016).

The ICJ -again in the Gabcikovo-Nagymaros Project case- provided useful theoretical insights in order to check whether the plea of necessity (as codified by the ILC) could apply to any given situation. It wrote:

> In the present case, the following basic conditions (...) are relevant: it must have been occasioned by an "essential interest" of the State which is the author of the act conflicting with one of its international obligations; that interest must have been threatened by a "grave and imminent peril"; the act being challenged must have been the "only means" of safeguarding that interest; that act must not have "seriously impair[ed] an essential interest" of the State towards which the obligation existed; and the State which is the author of that act must not have "contributed to the occurrence of the state of necessity". Those conditions reflect customary international law (ICJ, 1997, paras. 51-52).

If with the enunciation put forth by the ILC, the Court seems to develop pretty much the same standards in a more articulated and demanding way. The requisites for the claim of necessity to hold, according to the Gabcikovo bench are (1) the threat or harm to an essential interest of the State, (2) the existence of grave and imminent peril, (3) the lack of less harmful alternatives, (4) the lack of prejudice or harm to the essential interests of the State to which the original obligation was owed, and (5) the lack of contribution to the peril by the claimant of necessity. These,

(19) It would be intellectually dishonest, however, to simply lump both sets of requisites together without disclaiming that the threshold for the application of UNC article 51 is the occurrence of an armed attack by another State, which is exactly the very requisite that this piece seeks to elude to avert the defenselessness of the attacked State when the author of the attack is a NSA.

do not diverge greatly from the ones included in article 25 of the DARSIWA except for the lack of a less damaging option. In this context, the difference does not warrant too much explanation because if there were a less harmful option, then the claim of necessity (be it under the DARSIWA or under the standard set by the ICJ) would be precluded from operation because the infringement was not really necessary. As noted by the ILC, the course of action taken must be the only way available to safeguard the imperiled interest. The plea of necessity would then be excluded if there are other legal means available, even if they may be more costly or less convenient as long as they are lawful (ILC, 2001).

3.2. The compatibility of article 25 of the DARSIWA with the UN Charter's article 51

Article 55 of the DARSIWA is clear in indicating that the articles exist without prejudice to special regimes and become inapplicable in the face of *lex specialis*. The ICJ has upheld this maxim in both the *Tehran Hostages case* in regards to diplomatic law and in the *Gabcikovo-Nagymaros Project case vis à vis* treaty law. Article 25 of the DARSIWA itself curtly states that "necessity cannot be invoked if the primary rules exclude the possibility of invoking necessity". The latter, of course, is not the case here. Even if article 51 UNC restricts self-defense to armed exchanges between States, there is no explicit exclusion of the invocation of the state of necessity. In fact, necessity is contained within the very terms of reference that States claim before the Council in exercising their right of self-defense.

Rules of conflict like article 55 DARSIWA only become applicable when there *is* a conflict of norms. Namely, when the content and purpose of rules is contradictory or would lead to opposing results. That is far from the case with the state of necessity and the Charter norms on self-defense. Since one looks at the responsibility of State in safeguarding essential interests, and the other caters to the admissibility of actions which would *prima facie* constitute a breach of interstate peace and security (and thus, legality), there is no conflict evident between the purposes and texts of the norms.

In support of this, the so-called 'Vienna rules' (Bjorge, 2018) contained in articles 31-33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties allow for the harmonized interpretation of "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties" in article 31(3)(c). Hence, the application of article 51 UNC need not exclude (nor should it) the invocation of necessity under the terms of the DARSIWA since they're not incompatible and the former does not explicitly exclude the latter.

Even more so, the welcoming of the state of necessity into the fold of Charter-governed self-defense via the UNSC would cater to an actual need of the international community by bridging the gap created by the exclusive interstate nature of article 51 UNC and allowing for self-defense against NSAs under the watchful eye of the Council, which can then ensure both the conformity with international peace and security and, by way of consequence, with the *jus ad bellum*.

In this same train of thought and to quote Schachter referring to the potential expansion of article 51 of the UNC, it is true that States exhibit significant reluctance to "approve uses of force under expanded conceptions of self-defense (…). Such reluctance is evidence of a widespread perception that widening the scope of self-defense will erode the basic rule against the unilateral recourse to force" (Schachter, 1991, p. 171). However, and as pointed out several times in this piece, the alternative to expanded interpretations or lateral solutions (like the state of necessity) does not in and of itself threaten to erode the prohibition against the use of force, but rather to update it to modern needs arising out of the ever-changing nature of conflict.

To avoid the risks highlighted by Schachter, the responsibility of scrutinizing the validity of the claim of the state of necessity as a stand-in for self-defense in the case where authorship of the attack rests on a NSA in the territory of a non-consenting third State should be entrusted to institutions capable of answering in real time (or as close as possible to) and which have the authority to produce qualifications on the legality and legitimacy of a given use of the plea of necessity. The first of these requirements is a direct function of the immediacy built into the attack itself and the need for defense without delay, which is hardly accommodating with the parsimonious times the international judiciary takes in adjudicating claims. The second requirement proposed goes to the need for a body capable of simultaneously analyzing both the legal and political dimensions of the actions taken when the attack and the response present themselves. It is for this reasons that this paper suggest that no better alternative may be found throughout international law than the United Nations Security Council.

4. Operationalizing the state of necessity as an analogue of article 51 of the UN Charter

Arguably, the main aim of the UN Charter was to establish "an institutional framework regulating the use of force by substituting unilateral uses of force with collective ones when certain situations of necessity, as defined by the system, arise" (Tsagourias, 2011). But, as noted earlier, the right of self-defense was left explicit in the text of the agreement in recognition of the fundamental importance attached to the ability of the State to preserve itself (Waltz, 1959). However, and as shown above, this conventional iteration of the right of self-defense was built on the notion that the only legally relevant uses of forces would be those conducted between States.

This is perhaps the reason why Tsagourias argues that "[w]hen a state for examples uses force in self-defense, it asserts a right; it does not need to invoke necessity in order to justify its right of self-defense as such" (2011, p. 29) without pondering that the right of self-defense as enshrined in art. 51 UNC only covers interstate uses of force and condemns to illegality those not encompassed under the three exceptions to the prohibition of article 2(4). Since self-defense against NSAs in the territory of a third non-consenting State is not included in the exceptions to the prohibition on the use of force, then it becomes necessary to find a legal path to safeguard the essential interest of the attacked State.

The state of necessity could constitute the legal foothold necessary to allow for such exercises of self-defense if the requisites laid out in article 25 of the DARSIWA are met (which would not be terribly difficult, as incidents like the *Caroline* or *Gorostiza* have shown).

However, the typical processes associated with adjudication of responsibility such as bilateral claims commissions or recourse to judicial or arbitral settlement would belie the imminence of the situation that triggers the illegality, and thus condemn the claim to epiphenomenality. In this context, the first argument for proposing the UNSC as an ideal venue for airing such claims is one of efficiency: The reporting duties stemming from article 51 UNC and State practice provide the perfect vehicle for alerting the Council when force is used against an NSA in the territory of a third State that has not consented such an action (regardless of its position *vis à vis* the NSA). The best proof of this is that States are already doing it even if the legality of the use of force is still up for debate, as the recent Arria Formula Meeting of February showed.

There are many counters to the argument of using the UNSC as an ideal venue for the examination of whether necessity justifies the attack against the territorial integrity and sovereignty of the territorial State from which the NSA operates. Kelsen points out the root of the most prevalent ones by noting that the UNSC's role "is not to maintain or restore the law, but to maintain or restore peace, which is not necessarily identical with the law" (Kelsen, 1950, p. 294). Tsagourias follows him in pointing out that the measures adopted by the UNSC "can be coercive or non-coercive, but they are not equivalent to legal consequences as in the law of state responsibility" (Tsagourias, 2011, p. 30). Thus, the most pervasive arguments against the idea of this paper lie within the realm of the 'political character' of the decisions of the UNSC. These will be addressed by offering one simple rebuttal: politics -such as those of the UNSC- don't exist in a vacuum, much less so in international law where all ability is derived from State concession. Even while being preeminently political in its' daily operation, the Council is bound by international law and its *par excellence* a venue where the currency is law (even if it serves as a dressage for politics) (Johnstone, 2003). The Council constantly makes legal, and it seems a disservice to artificially separate 'peace and security' from 'rule of law'.

In those few instances where the Council has in fact reprimanded uses of force for being aggressive, such as the Israeli bombing of the Osirak reactor, its answers are deeply embedded in legal terms and cause legal consequences. In the majority of cases where it has been silent, its inaction cannot and should not be equated with tolerance or legality (that is precisely where its political nature shows itself). It is this very fluidity that has enabled the Council to procure a measure of success in its task, but it by no means signifies that it is precluded from carrying out legal analyses and assigning consequences to illegal conducts. In short, politics and law can and do mix, even if they mostly don't at the seat of the Council, which by no means entail that they can't. As an example of this, note how the Council has the power to qualify a use of force as aggressive under the terms of the UN Charter and aided -among others- by the definition of aggression. Is that not, perchance, a most pure form of legal determination of responsibility as a consequence of a juridical qualification of any given action?

4.1. The role of the UNSC in qualifying the validity of the exception

If then, the claim of state of necessity is legally feasible in order to exempt a State from responsibility when it conducts attacks against a NSA in the territory of a non-consenting third State, the next pressing question is about the logistics of such a claim: would the UNSC be legally competent to determine the existence and validity of the alleged state of necessity plea?

The most tempting and straight-forward answer would be that the State who has suffered the injury to its sovereignty and territorial integrity (assuming it is an unwilling host of the NSA and that it refuses to invite the originally attacked State to intervene on its behalf) should have recourse to judicial settlement as stated in article 33 of the UNC. However, if viewed from the perspective of the State suffering the attack carried out by the NSA, this makes little sense both in temporal and logistical terms. Firstly, it would lack *jus standi* to make any claims (not being the aggravated party on account of being unable to show harm caused by another State); secondly, the institution of proceedings before international tribunals is anything but expedite (which would then render pointless the situation of urgency and imminence of the attack), and lastly, it completely ignores the likely reticence of the defending State to have its actions submitted to judicial scrutiny (Gomez & Montiel, 2021). Without prejudice to the submission of the case to the international judiciary once the dust has settled, there is another instance that offers a much faster and equally legal setting to analyze the potential claim of necessity in using force against the territorial integrity of the third State: The United Nations Security Council.

In its *Nicaragua* ruling, the ICJ affirmed without controversy that any measures taken under article 51 must be immediately reported to the Council (ICJ, 1986) and that it is tasked with determining the conformity of the instance of self-defense with the law governing the use of force between States. The same is stated by article 51 *ejusdem* in its second sentence. However, as noted at the outset of this work, the exercise of self-defense against NSAs (as differentiated from interstate use of force) seems to be outside of the scope of activity of article 51 (hence the need to have recourse to the law governing State responsibility). The reason for this is that NSAs are not States and therefore any armed attack would fail, by reason of its authorship, to meet the threshold required by article 51 (Gill & Tibori-Szabó, 2019) which would therefore theoretically negate any obligation of reporting to the Council on the part of the defending State.

However, this interpretive syllogism is not entirely faithful to the truth of State practice. As Lewis, Modirzadeh, and Blum have identified, there is ample practice in the context of the UNSC of informing the Council when measures are carried out under self-defense against non-state actors to the tune of some 118 instances since the year of 1951 and until 2018 which have involved instances of self-defense against NSAs or States and NSAs jointly (Lewis, Modirzadeh, & Blum, 2019). This has become especially recurrent in the context of the invasions of Iraq and Afghanistan in the early 2000's and later on with the measures taken to combat the so-called Islamic State of Syria and the Levant (ISIL/Daesh), it is also a constant for Israel as a function of its refusal to recognize Palestine as a State and thereby treating its government as an NSA.

It could then be argued at face value, and pending a conscientious review of concurrence of State practice and *opinio juris*, that a customary obligation may exist or is -at the very least- in formative period, which extends the duty of reporting measures taken under article 51 even if the target is not directly another State (with the ensuing vicious circle question of whether it really is an article 51 report or something else). As pointed out by the ILC, the practice of International Organizations and of member States within them can -in principle- constitute acceptable practice in determining the existence of rules of customary law (ILC, 2018). This is further supported by the near-monopoly the UNSC holds over international peace and security and its 'primary' responsibility in the maintenance of it. As a consequence, even if it is not mandatory, the practice of reporting instances of self-defense to the Council should be analyzed from the lens of material reality and the primacy of State practice, as observed by the ICJ in the *Continental Shelf case* concerning Libya and Malta (ICJ, 1985). From this it follows that States *can* notify the Council (even if they're not explicitly obligated to) of any measures taken under the aegis of self-defense against NSAs in the territory of a third non-consenting State.

If they can do so in respect of article 51 measures, would itnot be the same hold largely true if the allegation were not one of self-defense but of a permissible violation of article 2(4) UNC excused by the state of necessity in the *supra* referenced terms? The argument here is that they are in fact allowed to do so as a function of identity in nature

and purpose of the claim in a teleological reading. As noted earlier, article 51 is an exception (inherent and inalienable as it may be, but exceptional nevertheless) to the prohibition on the use of force against the territorial integrity and political independence of the aggravated State, therefore, the legal usefulness of claiming self-defense is to exclude the possibility of labelling the measures as incurring in the use of aggressive force. The same rationale applies for claiming the existence of a state of necessity to justify the adoption of measures that would otherwise violate article 2(4) UNC.

The effect of the validity of such a claim is precisely the erosion of unlawfulness of the action, in the intelligence that the preservation of essential interests of the State is at play here and thus warrants the commission of a *prima facie* unlawful act. The conclusion is that it would be arbitrary and senseless to distinguish between a claim of force being used in self-defense under article 51 UNC and one of state of necessity made under article 25 of the ILC's DARSIWA since these two are motivated by almost identical circumstances (armed attack by another State and armed attack by a NSA), seek to safeguard the same essential interests (even if the threshold required by article 51 UNC is lower in that any armed attack by another State warrants self-defense and the claim of state of necessity would require demonstration of the specific essential interest in jeopardy), and have the same effect (exempting the classification of the measures taken as violations of article 2(4) UNC).

Thus far, it is evident that States *can* report to the UNSC the measures adopted against the armed attack carried out by an NSA justified under a state of necessity, because they do. It has also been shown that the Council is competent to receive such a notification since the activity falls squarely under the category of 'international peace and security', but then the most important question arises: does the UNSC possess the power to qualify the validity and legality of such actions?

Even with respect of *de jure* article 51 communications, the Council rarely responds officially to self-defense notifications. Bearing in mind that if the UNSC reaches the conclusion that a particular instance of self-defense fails to conform to the parameters emanating from article 51, the forcible conclusion would be that such an action constitutes a breach of article 2(4) UNC. However, nowhere in the law are declarations of responsibility automatic or self-executing, and the law governing the use of force is no exception. In this context, the UNSC would have to formally declare the existence of a breach of international peace and security as indicated by article 39 UNC and then proceed to declare responsibilities and/or award reparations. Nevertheless, this is seldom the case with the UNSC. In most instances, the Council opts for silence, in some other select ones it has chosen non-condemnatory language ordering the re-establishment of the previous *status quo*, and only exceptionally has it outright qualified an action carried out under the shadow of article 51 UNC as illegal. As noted by Sievers and Dawn this variable practice pursuant to article 51 is compounded by the fact that the UNSC typically avoids determinations as to the self-defense nature of an action reported to it (Sievers & Daws, 2014). However, the fact that it doesn't qualify does not entail (by and large) that it can't.

The practice of the UNSC in dealing with communications concerning self-defense has been mostly of silence (Lewis, Modirzadeh, & Blum, 2019), with the notable exception of S/RES/487 (1981) dealing with the Israeli preventive strike against the Osirak reactor in Iraq and a handful of others. Thus, it is safe to conclude that the Council rarely qualifies the legality of allegations of self-defense (Kerr, 2012). This silence can be read in several ways. On the one hand, given its mandate to monitor and uphold international peace and security, the silence of the Council when presented with an article 51 communication can be read as a conclusion of lawfulness (Quigley, 2003) much in the same logic that silence creates acquiescence under certain circumstances. It has also been posited that silence can amount to mere toleration without necessarily conveying acceptance or lawfulness (Orakhelashvili, 2015), or alternatively one could argue that no legally relevant effect should be deduced from the inaction of the Council (Montiel, 2021) as "a handful of States cannot speak for all States, and it is improper to infer agreement from silence" (Glennon, 2001, p. 75). Regardless of this, article 51 UNC calls for an *ex post* control of the conformity of the measures adopted by the defending State and it is patent that the Council *can* and *should* answer as a matter of law. This is the exact same holding of the ICJ in its *Nicaragua* ruling, later upheld in the *Oil Platforms Case* (ICJ, 2003), in which the Court found the UNSC to be competent to determine lawfulness of the whose justification is sought on the basis of self-defense. In this intelligence, the answer is almost obvious, even if the Council is not a judicial organ, it is required by the Charter to analyze the conformity of any action taken under article 51 UNC with the law governing self-defense and use of force in general.

More to the point, if the Council is tasked

with receiving article 51 UNC communications and qualifying the legality of the use of force therein exerted, possesses the competence to declare the existence of a breach of international peace and security, and has the primary responsibility for the maintenance of international peace and security as per article 24 of the UNC, alongside with the power to adopt any decisions it deems necessary for the restoration of international peace and security (such as declaring the illegality of any given use of force), then the doctrine of implied powers as put forth by the ICJ in its Advisory Opinion concerning *Reparations for Damages Suffered in the Service of the United Nations* (ICJ, 1949) would force the conclusion that the Council needs to have such a power in order to carry out its responsibilities effectively[20].

Nevertheless, authors such as Klabbers have argued against such a notion claiming that the UNSC is inherently political in nature and should not be deemed to have the power to determine juridical situations (Klabbers, 2015). This conclusion seems to run counter to the *bona fide* interpretation of the UN Charter and the relevant *dicta* of the ICJ concerning the law governing the use of force. The fact that it is a political body in nature need not necessarily compromise the legitimacy of juridical determinations the Council may reach in qualifying the legality of self-defense, it may even enrich it by virtue of 'the power of the better argument' (Johnstone, 2003) and because the of political counter-weights present in the Council under the guise of technical arguments based in the law.

This goes to show that the Council can in fact determine the legality of measures taken under article 51 UNC. If the same test of identity applied a few paragraphs ago is applied here, there is no reason why the Council would be precluded from entertaining a debate on the legality of measures adopted against an armed attack of a NSA justified in a state of necessity. It would, after all, be an act susceptible of constituting breach of article 2(4) of the UNC and would therefore merit the Council's attention with a view to determining whether or not such use of force is aggressive. This in turn, falls under the purview of the Council without the need of any further analysis.

Solid evidence for this possibility, is provided by article 2 of A/RES/3314 (XXIX) which states that "the Security Council may, in conformity with the Charter, conclude that a determination that an act of aggression has been committed would not be justified in the light of other relevant circumstances". While the cited text is in the negative, it does reveal that the Council may look to external circumstances (such as the existence of a state of necessity) in determining whether a given use of force constitutes an act of aggression under article 2(4) of the UNC. In fact, it is this same article 2 of the definition of aggression resolution of the General Assembly that utilizes the language of justification to preclude illegality (bearing in mind that aggression is clearly illegal under Charter law and a breach of a myriad of international obligations), and thus signals to the compatibility of the regime of excuses in analyzing uses of force as per the DARSIWA.

Nor does it warrant further scrutiny the question of whether the Council may analyze the validity of the claimed state of necessity on the part of a State countering an attack by an NSA. The UNSC has no fixed parameters (other than necessity and proportionality) to determine whether the use of force in self-defense is legal or not, but can -and always does- look to the UN Charter, and general international law for guidance. In this context, it is especially noteworthy that necessity is already built into the criteria for assessing the legality of measures adopted in self-defense, as was held by the World Court in the *Oil Platforms case* (ICJ, 1986), what the here proposed solution would entail is merely providing a more structured scrutiny of the necessity requirement in order to preclude the wrongfulness of the use of force against the territory from where the NSA operates.

The notion entertained here is, of course, one concerned with possibility and competence of the Council. A different one -and perhaps more pressing- is whether the Council (and the member States of the UN) *will* entertain such claims. The answer to such a question would necessitate member States bringing the claim forth and seeing if, in being demanded a determination, it will oblige. There is nothing to suggest that the practice of the UNSC wouldn't evolve to meet such requirements if pressed to by the membership of the Organization in the search for a viable alternative to being fated to suffer damage as a consequence the unwillingness or inability to foresee this modality of violence back when the UNC was being drafted.

(20) Also note how the Council occasionally dabbles in quasi-judicial exercises with the Al-Qaeda Sanctions Committee and in would-be normative practices when it issues thematic resolutions like s/res/1882 (2009), none of which have been met with protest from Member States, which would then offer the reasonable assumption that such a behavior from the Council is -at least- not *ultra vires*.

5. Conclusions

As reality has shown, the particular mode of political violence that occurs when NSAs use the territory of a third State (with or without its toleration) to launch armed attacks against another State is not a new phenomenon and is, presumably, here to stay. An international law which fates the attacked State to such suffering is not one particularly coherent with the principle of sovereign equality and also one that fails to recognize that the State, and its sacred duty to protect its territory and people, are at the center of the normative order. Therefore, it stands to reason that the law would -by omission or lack of foresight- bind States to suffer such attacks without remedy.

This article has shown that, unless clear indicated otherwise, the law governing the responsibility of the State for internationally wrongful acts is applicable to the rules governing self-defense (in the context of the use of force regime) when the author of the attack is not a State but an NSA. Additionally, the identity in object and purpose (and requisites of operation) of both regimes would render arbitrary any attempt to bar the application of the state of necessity to the situation where an NSA attacks a State from the territory of a third State that fails to honor its duty to prevent damage from its territory to the defending State.

The realization that -although theoretically constrained by the interstate dynamics of the UN Charter- the UNSC has near-absolute monopoly on the scrutiny of the use of force by States should caution that attempting to divert such a competence is an exercise in wishful thinking. The powers and attributions of the Council have grown over the years because the realities of politics and law have demanded it (and because States rarely protest the decisions of the Council because it acts on delegated authority from all the members of the UN). After all, the Council is little more than the voice of its members (Hurd, 2018) and its politicized application of the law is -to the chagrin of many observers- an inescapable feature of the use of force system. In this context, the argument against allowing the Council to examine the claim of necessity when defending against the attack of an NSA from the territory of a third non-consenting State on the grounds of its political nature would certainly raise questions as to why such an examination is not questioned when the participants of the exchange of violence are only States.

As annotated above, Schachter (1991) cautioned against licentious interpretations of self-defense that could have the effect of eroding the prohibition on the use of force, in the way that doctrines like the 'unwilling or unable' do. Arguably, this concern reflects the need for strict rules that are not easy to bypass via semantic sleight of hand on the part of war-prone States. The proposition of this paper seeks to uphold the spirit of Schachter's advice. In importing the rules governing the plea of necessity and incorporating them into the analytical toolkit of the UNSC, far from attempting to erode the prohibition against the use of force, the aim is to strengthen it and to update it so that it may better serve its real purpose: guaranteeing international peace and security in a way that is respectful of the sovereignty of all States involved without imposing undue burdens upon them. The idea is to use already existing law to fill the *lacunae* that may be filled, as is the case here.

In a system, such as international law, which has its origin in the freedom of States there is a severe difference between self-limitation in the interest of peaceful coexistence and a shackle impeding the defense of the population and territory of the States themselves on account of a normative oversight of seven decades ago. The claim of the plea of necessity arbitered by the UNSC is a legally coherent attempt to turn the latter into the former in a way that is respectful of existing law and cautiously deferential to national sovereignties.

Bibliographic references

Ago, R. (1980). *Addendum to the Eight Report on State Responsibility, UN Doc. A/CN.4/318/ADD.5-7.* Yearbook of the International Law Commission.

Akande, D. & Liefländer, T. (2013). Clarifying Necessity, Imminence, and Proportionality in the Law of Self-Defense. *American Journal of Intenrational Law, 107*, 563-570.

Arimatsu, L. & Schmitt, M. (2021). The Plea of Necessity: an oft overlooked response option to hostile cyber obperations. *International Law Studies*, 1172-1198.

Bethlehem, D. (2012). Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors. *American Journal of International Law, 106*, 769-773.

Bethlehem, D. (2021). Self-Defense against an imminent or actual armed attack by nonstate actors. *American Journal of International Law, 106*, 770-771.

Bjorge, E. (2018). The Vienna Rules, Evolutionary Interpretation, and the Intentions of Parties. In A. Bianchi, D. Peat & M. Windsor, *Interpretation in International Law* (pp. 189-203). Oxford University Press.

Boed, R. (2000). State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct. *Yale Human Rights and Development Law Journal, 3*(1), 1-44.

Britannica, E. (2021, August 14). *Dumbarton Oaks Conference*. Encyclopaedia Britannica. https://www.britannica.com/event/Dumbarton-Oaks-Conference

Chachko, E. & Deeks, A. (2016, October 10). *Which States Support the 'Unwilling and Unable' Test?*. Lawfare Blog. https://www.lawfareblog.com/which-states-support-unwilling-and-unable-test#UnitedStates

Cheng, B. (2006). *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals.* University College London.

Crawford, J. (2019). *Brownlie's Principles of International Law* (9th edition). Oxford University Press.

Damrosch, L., Henkin, L., Murphy, S. & Smit, H. (2009). *International Law. Cases and Materials* (5th edition). St. Paul: West.

DeLaurentis, J. (2021, March 16). *Letter dated 8 March 2021 from the Permanent Representative of Mexico to the United Nations addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council*. United Nations Digital Archive. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/066/46/PDF/N2106646.pdf?OpenElement

De la Fuente, J. (2021, February 24). *Letter dated 8 March 2021 from the Permanent Representative of Mexico to the United Nations addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council.* United Nations Digital Archive. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/066/46/PDF/N2106646.pdf?OpenElement

Dobos, N. (2011). *Insurrection and Intervention: The two faces of sovereignty.* University Press.

Drnas de Clément, Z. (2002). Las normas imperativas de Derecho Internacional general (jus cogens). Dimensión sustancial. In Z. Drnas de Clément, & M. Lerner, *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro* (pp. 647-680). Marcos Lerner Editora.

Fenwick, C. (1965). *International Law* (4th ed.). Appleton-Century-Crofts.

Franck, T. (1970). Who Killed Article 2(4)? or: Changing Norms Governing the Use of Force by States. *American Journal of International Law*, 809-837.

Gill, T. & Tibori-Szabó, K. (2019). Twelve Key Questions on Self-defense Against Non-State Actors. *International Law Studies*, 468-503.

Glennon, M. (2001). *Limits of Law, Prerogatives of Power: Interventionism After Kosovo.* Palgrave MacMillan.

Gomez, S. & Montiel, M. (2021, February 19). *A Commentary on the Arbitral Award of 3 October, 1899 (Guyana v. Venezuela) jurisdiction ruling: The road to hell is paved with good intentions.* Opinio Juris. http://opiniojuris.org/2021/02/19/a-commentary-on-the-arbitral-award-of-3-october-1899-guyana-v-venezuela-jurisdiction-ruling-the-road-to-hell-is-paved-with-good-intentions/

Gurmendi, A. (2020, February 17). *The Other Carolines.* Opinio Juris. http://opiniojuris.org/2020/02/17/the-other-carolines/

Haque, A. (2021, March 24). *Self-Defense Against Non-State Actors: All Over the Map.* Just Security. https://www.justsecurity.org/75487/self-defense-against-non-state-actors-all-over-the-map/

Heller, K. (2019, March 19). *The Earliest Invocation of "Unwilling or Unable".* Opinio Juris. http://opiniojuris.org/2019/03/19/the-earliest-invocation-of-unwilling-or-unable/

Hershey, A. (1927). *The Essentials of International Public Law and Organization* (revised edition). The Macmillan Company.

ILC. (2001). Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries. *Yearbook of the International Law Commission* (pp. 1-143). United Nations.

ILC. (2018). *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with commentaries.* Yearbook of the International Law Commission.

International Court of Justice. (1949, April 11). *Advisory Opinion concerning Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*. ICJ Reports.

International Court of Justice. (1949, April 9). *Corfu Channel Case* (United Kingdom v. Albania). ICJ Reports.

International Court of Justice. (1986, June 27). *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America. ICJ Reports.

International Court of Justice. (1997, September 25). *Gabcikovo-Nagymaros Project Case* (Hungary v. Slovakia). ICJ Reports.

International Court of Justice. (2003, November 6). *Case Concerning Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America). ICJ Reports.

International Court of Justice. (2004, July 9). *Advisory Opinion concerning Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*. ICJ Reports.

International Court of Justice. (2005, December 19). *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda). ICJ Reports.

International Law Commission. (2019). Fourth report on peremptory norms of general international law (jus cogens). *71st Session* (pp. 1-70). United Nations.

Jellinek, G. (1880). *Die Rechtliche Natur der Staaten-vertrage.* A. Holder.

Johnstone, I. (2003). Security Council Deliberations: The Power of the Better Argument. *European Journal of International Law*, 437-480.

Kelsen, H. (1950). *The law of the United Nations.* Steven & Sons.

Keohane, R., & Nye, J. (2000). Globalization: What's New? What's Not? (And so What?). *Foreign Policy, 118)*, 104-119.

Kerr, O. (2012). A Theory of Law. *Green Bag*, 1.

Klabbers, J. (2015). Intervention, Armed Intervention, Armed Attack, Threat to Peace, Act of Aggression, and Threat or Use of Force: What's the Difference? In M. Wellers, *Oxford Handbook of the Use of Force in International Law.* Oxford University Press.

Kotlik, M. (2017). Defying the Theoretical Constraints of State-Centric Approaches: A Review of Non-State Actors in International Law. *Israel Law Review*, 87-105.

Kretzmer, D. (2013). The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum. *European Journal of International Law, 24*(1), 235-282.

Lewis, D., Modirzadeh, N, & Blum, G. (2019). Quantum of Silence: Inaction and Jus ad Bellum. *Harvard Law School Program on International Law and Armed Conflict*, 1-79.

Modirzadeh, N. (2021). Statement of Professor Naz Modirzadeh to the UN Security Council on February 24, 2021. *Arria-Formula Meeting of the Security Council on the theme "Upholding the collective security system of the Charter of the United Nations: the use of force in international law, non-State actors and legitimate self-defence"* (pp. 3-9). United Nations.

Montiel, M. (2021). The Consent-Based Problems Surrounding the Doctrine of the Persistent Objector. *Michigan Journal of International Law.* Forthcoming.

Montiel, M. (2021, June 23). *Fantastical Opinio Juris and How to Find It.* Opinio Juris. http://opiniojuris.org/2021/06/23/fantastical-opinio-juris-and-how-to-find-it/

O'Connell, M. (2019, March 8). *Settling the India-Pakistan Impasse … At Last*. EJIL: Talk!: https://www.ejiltalk.org/settling-the-india-pakistan-impasse-at-last/

Orakhelashvili, A. (2015). Changing Jus Cogens Through State Practice? The Case of the Prohibition of the Use of Force and its Exceptions. In M. Weller, *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law.* Oxford University Press.

Paddeu, F. (2020, August 7). Military Assistance on Request and General Reasons Against Force: Consent as a justification for the use of foce. *Legal Studies Research Paper Series*(28/2020), 1-47.

Paliouras, V. (2016). State of Necessity and Sovereign Insolvency. In A. Segura, *The Reform of International Economic Governance.* Routledge.

Permanent Court of International Justice. (1927, September 7). *Case of the SS Lotus* (France v. Turkey). PCIJ Series A, No. 10.

Quigley, J. (2003). The Afghanistan War and Self-Defense. *Valparaiso University Law Review*.

Rodick, B. (1928). *The Doctrine of Necessity in International Law.* Columbia University Press.

Schachter, O. (1991). *International Law in Theory and in Practice.* Brill.

Sharma, Y. & Agarwal, P. (2020, May 9). *Dealing With Non-State Actors In International Law: The "Unwilling And Unable Doctrine".* The Fletcher Forum of World Affairs. http://www.fletcherforum.org/the-rostrum/2020/5/9/dealing-with-non-state-actors-in-international-law-the-unwilling-and-unable-doctrine

Sievers, L. & Daws, S. (2014). *The Procedure of the UN Security Council.* Oxford University Press.

Taft, W. (2004). Self-Defense and the Oil Platforms Decision. *Yale Journal of International Law, 29*, 295-306.

Tibori-Szabó, K. (2011). *Anticipatory Action in Self-Defence: Essence and Limits Under International Law.* The Hague: TMC Asser Press.

Tladi, D. (2013). An Assessment of Bethlehem's Principles on the Use of Force Against Non-State Actors. *American Journal of International Law, 107*, 570-575.

Torp, S. (2014). The prohibition of the use of force as jus cogens: Explaining apparent derogations. *Netherlands International Law Review*, 167-193.

Tsagourias, N. (2011). Necessity and the Use of Force: A Special Regime. *Netherland Yearbook of International Law*, 11-42.

United Nations. (1945). *United Nations Charter.* United Nations.

United Nations. (1974). *A/RES/3314 (XXIX).* United Nations.

Waltz, K. (1959). *Man, The State, and War.* New Columbia.

Williams, G. (2013). Piercing the Shield of Sovereignty: An Assessment of the Legal Status of the 'Unwilling or Unable' Test. *UNSW Law Journal, 36*, 619-641.

Ziccardi, G. (2007). Providing a Right of Self-Defense Against Large-Scale Attacks by Irregular Forces: The Israeli-Hezbollah Conflict. *Harvard International Law Journal*, 101-112.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.002

La aplicación de los Convenios de Ginebra en ausencia de un conflicto armado: El caso de la dictadura militar chilena(*)(**)

The application of the Geneva Conventions in the absence of an armed conflict: The case of the Chilean military dictatorship

Catalina Fernández Carter(***)
Universidad de Chile (Santiago de Chile, Chile)

Resumen: Este artículo examina las decisiones de la Corte Suprema chilena, que ha invocado y aplicado los Convenios de Ginebra a los hechos ocurridos durante la dictadura militar chilena que tuvo lugar entre 1973 y 1990. Como se explicará, dichas normas internacionales han permitido a la Corte dejar sin efecto las normas de amnistía dictadas por el régimen militar y no considerar la prescripción penal de los crímenes de encarcelamiento, tortura, asesinato y desaparición forzada, entre otros. Lo peculiar, sin embargo, es que la Corte Suprema ha pasado por alto los supuestos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, y se ha basado casi exclusivamente en la declaración de guerra dictada por la Junta de Gobierno en los primeros días de la dictadura. Ello le ha permitido dar una aplicación extensiva al Derecho Internacional Humanitario, que hace caso omiso a sus elementos fundamentales, incluyendo la distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales. En ese contexto, este trabajo cuestiona dicho razonamiento, exponiendo los riesgos que el mismo supone, y evidenciando la existencia de un régimen jurídico alternativo -el Derecho Internacional de los Derechos Humanos- que no solo otorga mayor protección, sino que además refleja adecuadamente la realidad de los hechos ocurridos durante la dictadura, y el abuso y violencia estatal del que fue víctima la población chilena, sin resistencia.

Palabras clave: Derecho Internacional Humanitario - Convenios de Ginebra - Artículo 3 común - Dictadura militar chilena - Crímenes de lesa humanidad

Abstract: This article examines the decisions of the Chilean Supreme Court, which has invoked and applied the Geneva Conventions to the events that occurred during the Chilean military dictatorship that took place between 1973 and 1990. As will be explained, these norms have allowed the Court to render ineffective the amnesty dictated by the military regime and to disregard the statute of limitations for the crimes of imprisonment, torture, murder and forced disappearance, among others. Notably, however, the Supreme Court has overlooked the requirements for the application of international humanitarian law, and has relied almost exclusively on the declaration of war issued by the Junta de Gobierno in the early days of the dictatorship. This has allowed the Court to provide for an extensive application of international humanitarian law, which ignores its fundamental elements, including the distinction between international and non-international armed conflicts. In this context, this paper questions this reasoning, exposes the risks it entails,

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 10 de setiembre de 2021 y su publicación fue aprobada el 11 de octubre de 2021.
(**) La autora desea agradecer a Valentina Gómez Baltán, Aracelli Torrejón Gómez y Maite Fuenzalida Espinosa por su asistencia para la elaboración de este trabajo.
(***) Abogada de la Universidad de Chile (Santiago, Chile) y Magíster en Derecho Internacional de la Universidad de Cambridge (Cambridge, Reino Unido). Académica Instructora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. ORCID: http://orcid.org/0000-0002-6922-3910. Correo electrónico: cfernandez@derecho.uchile.cl.

and demonstrates the existence of an alternative legal regime -international human rights law- that not only provides greater protection, but also adequately reflects the reality of the events that took place during the dictatorship, and the abuse and state violence to which the Chilean population fell victim, without resistance.

Keywords: International Humanitarian Law - Geneva Conventions - Common article 3 - Chilean military dictatorship - Crimes against humanity

1. Introducción

Entre el 11 de setiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, Chile estuvo sometido a un régimen dictatorial, liderado por el General Augusto Pinochet Ugarte, que resultó en el encarcelamiento, tortura, muerte y desaparición forzada de decenas de miles de personas que se oponían a las autoridades civiles y militares al mando del país(1).

Desde sus primeros días, la dictadura militar chilena intentó esconder sus acciones bajo un manto de legalidad, y se valió de una serie de herramientas jurídicas para justificar su conducta, los actos de violencia de sus agentes, y sus transgresiones permanentes a garantías básicas en materia de derechos fundamentales. Así, una de las primeras iniciativas del régimen de facto fue la aprobación del Decreto Ley 3 de 11 de setiembre de 1973(2), por medio del cual la Junta de Gobierno declaró Estado de Sitio en todo el territorio de la República. Dicho Decreto Ley consideraba como antecedente "la situación de conmoción interior que vive el país". El día siguiente, la dictadura militar adoptó el Decreto Ley 5(3), por medio del cual declaró que el Estado de Sitio decretado por conmoción interna y establecido por medio del Decreto Ley 3 debía entenderse como un "estado o tiempo de guerra", que hacía aplicable el Código de Justicia Militar y reconocía la jurisdicción de los tribunales militares para conocer de ciertos delitos.

Un tiempo después, mediante la adopción del Decreto Ley 640 de 2 de setiembre de 1974(4), se complementó la regulación impuesta en los anteriores decretos, indicando que "[e]n los casos en que se declare el Estado de Sitio por Situación de Guerra Interna o Externa […] entrarán en funcionamiento los Tribunales Militares de tiempo de guerra a que se refiere el Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicará el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra". Finalmente, el 18 de abril de 1978, la dictadura militar adoptó el Decreto Ley 2191(5), que concedió una amnistía a todas las personas que hubieran cometido hechos delictivos entre el 11 de setiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978 (en adelante, el "Decreto Ley de Amnistía").

Una vez reinstaurada la democracia en Chile, a partir del 11 de marzo de 1990, las víctimas de violencia estatal comenzaron a presentar una serie de acciones ante los tribunales chilenos, para hacer efectiva la responsabilidad de los autores de dichos crímenes. En una primera etapa, los tribunales de justicia consideraron que la adopción del Decreto Ley de Amnistía, sumada a la prescripción de la acción penal -atendido el tiempo transcurrido desde la comisión de los delitos-, hacía imposible el juzgamiento de los responsables (Díaz Tolosa, 2006). Sin embargo, a mediados de la década del 2000, la Corte Suprema comenzó a invocar la normativa del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para dejar sin efecto la amnistía y no considerar la prescripción, permitiendo así el juzgamiento de los individuos responsables por estos crímenes.

(1) En primer lugar, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación reconoció a 2,296 personas como víctimas de violaciones a los derechos humanos, enfocándose principalmente en las personas que habían sido asesinadas y detenidas o desaparecidas por agentes estatales o por personas a su servicio (Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 1996). Posteriormente, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación agregó 899 casos (Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996). Por otra parte, el Informe de la Comisión Valech I reconoció a 27,255 personas como víctimas de prisión política y tortura (Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, 2004), agregando otros 1,204 casos en su etapa de reconsideración (Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, 2005). Luego, la Comisión Valech II reconoció otros 30 casos Rettig y 9,795 casos Valech (Comisión Presidencial Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, 2011).
(2) Este Decreto Ley fue publicado en el Diario Oficial el 18 de septiembre de 1973.
(3) Este Decreto Ley fue publicado en el Diario Oficial el 22 de septiembre de 1973.
(4) Este Decreto Ley fue publicado en el Diario Oficial el 10 de septiembre de 1974.
(5) Este Decreto Ley fue publicado en el Diario Oficial el 19 de abril de 1978.

Este artículo busca examinar críticamente las decisiones de la Corte Suprema, sobre todo en lo que respecta a la utilización de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 como derecho aplicable a la situación chilena durante la dictadura militar. Para ello, este trabajo comienza describiendo los aspectos generales del Derecho Internacional Humanitario y su presupuesto de aplicación -la existencia de un conflicto armado-, para luego examinar la situación chilena y determinar preliminarmente si existían elementos que permitieran verificar tal conflicto armado en Chile. Tras ello, el artículo revisa la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena, constatando que la Corte ignoró los supuestos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, y lo homologó impropiamente con el régimen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, exponiendo algunas de sus decisiones más problemáticas. Finalmente, el artículo explica que existen alternativas al camino seguido por la Corte Suprema, que sean respetuosas del régimen legal internacional y que además reflejan adecuadamente la situación fáctica que tuvo lugar en Chile durante la dictadura militar, acudiendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. El marco general del Derecho Internacional Humanitario

El Derecho Internacional Humanitario es una rama del Derecho Internacional Público que establece las normas aplicables a los conflictos armados. El mismo se enfoca tanto en la protección de ciertas personas -en lo que tradicionalmente se denomina el "Derecho de Ginebra"- como en el desarrollo de las hostilidades, regulando medios y métodos de combate prohibidos -el llamado "Derecho de La Haya"- (Salmón, 2016).

El Derecho Humanitario tiene una larga data en el Derecho Internacional Público. En efecto, el primer tratado internacional adoptado en esta materia fue el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña, adoptado en 1864. Tras este, se han adoptado una serie de otros acuerdos internacionales que regulan los conflictos armados y que han ido ampliando y sofisticando la regulación internacional en esta materia(6). Un importante hito se logró en 1949 con la adopción de los cuatro Convenios de Ginebra, que fueron complementados en 1977 con la aprobación de sus dos Protocolos Adicionales(7). En paralelo, se adoptaron una serie de tratados específicos a la regulación o prohibición de ciertas armas y/o municiones(8), la protección de la propiedad cultural(9) y el resguardo del medio ambiente(10). A estos importantes desarrollos en materia de tratados internacionales -que han llevado a sostener que el Derecho Internacional Humanitario es una de las áreas más codificadas del Derecho Internacional Público (Melzer, 2019)-, se suma un significativo desarrollo del internacional consuetudinario (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005).

Ahora bien, a diferencia de otras áreas del Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional Humanitario tiene un ámbito específico de aplicación, que requiere la verificación de un presupuesto fáctico: la existencia de un conflicto armado. Sin conflicto armado, la mayor parte de la normativa convencional y consuetudinaria del Derecho Internacional Humanitario resulta inaplicable, con la excepción de unas pocas disposiciones que operan en tiempos de paz(11).

(6) Entre ellos se incluyen la Declaración de La Haya prohibiendo el empleo de las balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano (1899); los Convenios derivados de las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907; la Convención de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos (1906); el Protocolo contra el uso de gases (1925); las Convenciones de Ginebra sobre prisioneros de guerra y sobre la suerte de heridos y enfermos (1929), entre otros.

(7) En el año 2005 se adoptó el Protocolo III Adicional a los Convenios de Ginebra. Sin embargo, el mismo no regula normas relativas a la protección de personas ni a métodos y medios de combate prohibidos, sino que incorpora un signo distintivo adicional, el cristal rojo.

(8) Ello incluye la Convención sobre las Armas Biológicas (1972); la Convención sobre Armas Convencionales (1980) y sus protocolos; la Convención sobre las Armas Químicas (1993); la Convención sobre la prohibición de minas antipersonales (1997); la Convención sobre municiones en racimo (2008); el Tratado sobre la prohibición de las armas nucleares (2017), entre otros.

(9) Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado (1954) y sus protocolos.

(10) Convención sobre la Prohibición del Uso de Técnicas de Modificación del Medio Ambiente con Fines Militares o con cualquier otro Fin Hostil (1977).

(11) Entre ellas se encuentran los artículos 49 del I Convenio, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio y 146 del IV Convenio, que establecen deberes de adoptar medidas legislativas para establecer sanciones contra quienes cometan o den orden de cometer cualquiera de las infracciones graves establecidas en los respectivos Convenios. *Véase* igualmente artículos 47 del I Convenio, 48 del II Convenio, 127 del III Convenio y 144 del IV Convenio relativos a la obligación de difundir el texto de los Convenios de Ginebra. En materia de Derecho Internacional Consuetudinario, *véase* por ejemplo Normas 142 y 143 (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005).

Si bien no existe una única definición de qué es un conflicto armado, una de las definiciones más citadas es la adoptada por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ("TPIY") en el caso Tadić (1995), que indicó que existe un conflicto armado "siempre que se recurra a la fuerza armada entre Estados o a la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre dichos grupos dentro de un Estado" (párr. 70)[12]. Esa definición permite además constatar la existencia de dos tipos de conflictos armados: los conflictos armados internacionales ("CAI") y los conflictos armados no internacionales ("CANI"). La distinción entre ambos tipos de conflictos armados es tan relevante, que suele ser una de las primeras materias que se enseñan al estudiante de Derecho Internacional Humanitario (Wilmshurst, 2012).

Los CAI se encuentran regulados en el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra y el artículo 1(4) del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, y abarcan tanto las hipótesis de guerra declarada, de conflicto interestatal, de ocupación total o parcial del territorio, y las guerras de liberación nacional[13]. Este tipo de conflictos armados se encuentran regulados por la totalidad de los cuatro Convenios de Ginebra -de aplicación universal, habiendo sido ratificados por todos los Estados del mundo-, por las disposiciones del Protocolo I Adicional -para aquellos Estados que lo hayan ratificado-, y por un gran número de normas de carácter consuetudinario[14].

En cambio, la regulación aplicable a los CANI es significativamente más reducida. Como indica Melzer (2019), "el [Derecho Internacional Humanitario] Convencional que se aplica en los conflictos armados no internacionales está mucho menos desarrollado" (p. 21). En efecto, los diversos tratados en materia de Derecho Humanitario que fueron adoptados desde 1864 no se aplicaban a los CANI, encontrándose delimitados exclusivamente a los conflictos internacionales. Los primeros convenios internacionales que incluyeron reglas aplicables a los CANI fueron los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Sin embargo, dichos tratados establecieron una regulación bastante escueta, que se limita a una única disposición: el artículo 3 común, que ha sido denominada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, "CICR") (2020) como una "convención en miniatura" (párr. 390). La regulación fue luego detallada en el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, que estableció normas adicionales para los CANI. En lo que respecta a la costumbre internacional, el estudio del CICR sugiere que la mayoría de las normas de Derecho Consuetudinario son aplicables tanto a los CAI como a los CANI (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005)[15], aunque esa posición ha sido criticada por parte de la doctrina (Bellinger & Haynes, 2007; Dinstein, 2014)[16].

Los CANI tienen esencialmente dos supuestos de aplicación, que están sujetos a exigencias y umbrales diversos. El primer umbral es el del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Si bien dicha norma solo indica que el conflicto armado no debe ser de índole internacional y no precisa sus elementos, en el ya citado caso Tadić, el TPIY (1995) exigió la verificación de "violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre dichos grupos dentro de un Estado" (párr. 70)[17]. Por lo anterior, se ha considerado que los CANI regulados por el artículo 3 común están sujetos a dos requisitos: una cierta intensidad de la violencia y un nivel mínimo de organización de los grupos involucrados (Sivakumaran, 2012; Akande, 2019; CICR, 2020).

La jurisprudencia ha entregado diversos criterios que asisten en la determinación de estos dos elementos. Por ejemplo, en lo que respecta a la intensidad, el TPIY en el caso Haradinaj (2008) indicó:

> Por lo tanto, el criterio de la violencia armada prolongada ha sido interpretado en la práctica, incluso por la propia Sala de Primera Instancia de Tadić, en el sentido de que se refiere más

(12) La traducción es propia, original en inglés.
(13) Para mayor detalle de estas hipótesis y sus supuestos de aplicación *véase* Vité (2009), Akande (2019), y el comentario al artículo 2 común del CICR (2020).
(14) Según el trabajo del CICR, de 161 normas de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario identificadas, 159 de ellas aplican a los conflictos armados internacionales (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005).
(15) Según el estudio del CICR, de 161 normas de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario identificadas, 140 aplicarían a CANI (y 8 posiblemente también podrían aplicar a CANI).
(16) En este sentido, *véase* también el análisis contenido en Wilmshurst & Breau (2007), que contiene varios trabajos que estudian críticamente el estudio del CICR, su metodología y comentan algunas de las normas identificadas por el Comité.
(17) La traducción es propia, original en inglés ("protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State").

> a la intensidad de la violencia armada que a su duración. Las Salas de Primera Instancia se han basado en factores indicativos pertinentes para evaluar el criterio de "intensidad", ninguno de los cuales es, en sí mismo, esencial para establecer que se cumple el criterio. Estos factores indicativos incluyen el número, la duración y la intensidad de los enfrentamientos individuales; el tipo de armas y otros equipos militares utilizados; el número y el calibre de las municiones disparadas; el número de personas y el tipo de fuerzas que participan en los combates; el número de víctimas; el alcance de la destrucción material; y el número de civiles que huyen de las zonas de combate. La participación del Consejo de Seguridad de la ONU también puede ser un reflejo de la intensidad de un conflicto (párr. 49)[18].

El mismo TPIY, en el caso Boškoski & Tarčulovski (2008) complementó este requisito de intensidad, al señalar:

> Las Salas de Primera Instancia han tenido en cuenta varios factores indicativos para evaluar la "intensidad" del conflicto. Entre ellos, la gravedad de los ataques y si se ha producido un aumento de los enfrentamientos armados, la extensión de los enfrentamientos sobre el territorio y durante un período de tiempo, cualquier aumento del número de fuerzas gubernamentales y la movilización y distribución de armas entre ambas partes del conflicto, así como si el conflicto ha atraído la atención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y si se han aprobado resoluciones sobre el asunto. Las Salas de Primera Instancia también han tenido en cuenta a este respecto el número de civiles que se han visto obligados a huir de las zonas de combate; el tipo de armamento utilizado, en particular el uso de armas pesadas, y otros equipos militares, como tanques y otros vehículos pesados; el bloqueo o el asedio de las ciudades y el intenso bombardeo de las mismas; el alcance de la destrucción y el número de víctimas causadas por los bombardeos o los combates; la cantidad de tropas y unidades desplegadas; la existencia y el cambio de líneas de frente entre las partes; la ocupación de territorio, y de ciudades y pueblos; el despliegue de fuerzas gubernamentales en la zona de crisis; el cierre de carreteras; las órdenes y acuerdos de alto el fuego, y el intento de los representantes de las organizaciones internacionales de mediar y hacer cumplir los acuerdos de alto el fuego[19] (párr. 177).

Luego, en lo que respecta al criterio de la organización, en el caso Haradinaj (2008), el TPIY hizo referencia a los siguientes elementos:

> En cuanto a los grupos armados, las Salas de Primera Instancia se han basado en varios factores indicativos, ninguno de los cuales es, en sí mismo, esencial para establecer si se cumple el criterio de "organización". Estos factores indicativos incluyen la existencia de una estructura de mando y de normas y mecanismos disciplinarios dentro del grupo; la existencia de un cuartel general; el hecho de que el grupo controle un determinado territorio; la capacidad del grupo de acceder a armas, a otros equipos militares, a reclutas y a de planificar, coordinar y llevar a cabo operaciones militares, incluidos los movimientos de tropas y la logística; su capacidad para definir una estrategia militar unificada y utilizar tácticas militares; y su capacidad para hablar con una sola voz y negociar y concluir acuerdos como los acuerdos de alto el fuego o de paz (párr. 60)[20].

Por su parte, el segundo umbral de los CANI es el del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra. Este segundo supuesto de aplicación es considerablemente más exigente -según Akande (2019), tiene su origen en los criterios utilizados antiguamente para el reconocimiento de la beligerancia en guerras civiles-, y se encuentra previsto en el artículo 1(1), que dispone:

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

Existen varias diferencias entre ambos umbrales. En primer lugar, el Protocolo II solo regula conflictos armados en que participen las fuerzas armadas, y no regula conflictos que tengan lugar solo entre diversos grupos armados organizados, que sí se encuentran cubiertos por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Asimismo, el Protocolo II incorpora como requisitos algunos elementos que habían sido identificados por la jurisprudencia como meros factores indicativos de los criterios de intensidad u organización. De esta manera, la existencia de un mando responsable, el control sobre el territorio, la capacidad de realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, entre otros[21], pasan a ser

(18) Traducción propia, original en inglés.
(19) Traducción propia, original en inglés.
(20) Traducción propia, original en inglés.
(21) Para más detalles de las diferencias entre los umbrales del artículo 3 común y el Protocolo II *véase* Akande (2019).

requisitos esenciales para la verificación del umbral, sin los cuales la normativa del Protocolo II Adicional no opera. De esta manera, el Protocolo II solo cubre un grupo pequeño de conflictos armados no internacionales de alta intensidad, mientras que la mayoría de los conflictos armados no internacionales quedan regidos por el artículo 3 común (La Haye, 2008).

Un aspecto común, sin embargo, es que ninguno de los dos regímenes jurídicos aplica a situaciones de tensiones o disturbios internos. De hecho, el artículo 1(2) del Protocolo II Adicional lo señala expresamente, excluyendo casos de tensiones y disturbios interiores, "tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados". Si bien esa regla no aparece expresamente en los Convenios de Ginebra, el CICR (2020) ha indicado que la misma "también se considera correcta para el articulo 3 común" (párr. 420). De esta manera, hechos de violencia que no cumplan el umbral del artículo 3 común o del Protocolo II no se encontrarán regulados por el Derecho Internacional Humanitario. Ahora bien, como ha señalado el CICR (1987), esto no significa que no exista una protección jurídica internacional aplicable a estas situaciones, ya que están contempladas en los instrumentos universales y regionales de derechos humanos (párr. 4479)[22].

3. La situación chilena entre 1973 y 1990: ¿Un conflicto armado no internacional?

Una vez establecido el marco general del Derecho Internacional Humanitario, y aclarada la necesidad de que exista un conflicto armado como presupuesto fáctico de aplicación de dicho régimen jurídico, cabe examinar brevemente la situación chilena a fin de determinar -al menos preliminarmente- si se cumplían dichos elementos de hecho.

Dicho análisis, sin embargo, no requiere tratar a la dictadura militar chilena como una unidad, abarcando toda su extensión temporal (11 de setiembre de 1973 a 11 de marzo de 1990). Para que el Derecho Internacional Humanitario opere, no es necesario acreditar que existió un conflicto armado por diecisiete años, y es posible que el periodo relevante sea más acotado. Sin embargo, las normas internacionales en esta materia solo serán aplicables a los hechos que hayan tenido lugar dentro del espacio temporal de un conflicto armado.

No obstante la clara relevancia de esta materia, ni la doctrina ni la jurisprudencia chilena han examinado mayormente si los hechos que tuvieron lugar en Chile cumplen con el umbral del artículo 3 común, que constituía norma vigente en Chile al momento de iniciarse la dictadura militar[23]. Como se verá en la sección siguiente, la mayor parte del análisis se ha enfocado en los efectos jurídicos del Decreto Ley 5, y no en la verificación de los elementos fácticos de un conflicto armado. Los criterios recién examinados relativos a la intensidad del conflicto y el carácter organizado de los grupos han estado prácticamente ausentes de la discusión jurídica chilena.

Existen, sin embargo, unas pocas excepciones. Entre ellos, se encuentra José Zalaquett (2007), quien sostenía:

> En cuanto a las condiciones materiales para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, esto es la existencia de un conflicto armado, se puede decir lo siguiente: (i) es razonable concluir que en Chile hubo un conflicto armado interno de los mencionados en el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra de 1949 el mismo día 11 de setiembre, fecha del golpe militar que derrocó al gobierno del Presidente Allende, y en los días inmediatamente posteriores, hasta que las fuerzas golpistas sofocaron toda resistencia armada; (ii) es razonable, igualmente, concluir que semejante tipo de conflicto armado existió nuevamente en Chile a partir de 1979 y por varios años, luego de que ciertos sectores de oposición al gobierno militar, en particular el Partido Comunista y el Partido de Izquierda Revolucionaria (MIR) iniciaron acciones organizadas de lucha armada (p. 192).

Siguiendo a Zalaquett, pueden identificarse dos periodos relevantes para el análisis. El primero corresponde al periodo entre el 11 de setiembre de 1973 y los días inmediatamente posteriores, mientras que el segundo abarca el periodo desde 1979 en adelante. A continuación, se esbozan brevemente algunos de los hallazgos de la

(22) *V*éase, en el mismo sentido, Comité Internacional de la Cruz Roja (2014).
(23) En efecto, los 4 Convenios de Ginebra fueron ratificados por Chile el 12 de octubre de 1950. En cambio, el Protocolo II Adicional fue ratificado en democracia, el 24 de abril de 1991.

historia sobre este periodo, que pueden ser relevantes para determinar la existencia de un conflicto armado.

3.1. El golpe de Estado y los días posteriores

El día 11 de setiembre de 1973, el almirante José Toribio Merino, el General de la Fuerza Aérea Gustavo Leigh, el General de Carabineros César Mendoza y el General del Ejército Augusto Pinochet ejecutaron el golpe de Estado contra el Presidente Salvador Allende, que llevaba unos meses siendo planificado.

Contrario a su visibilidad posterior, Augusto Pinochet no fue el arquitecto del golpe. Existe bastante acuerdo entre quienes se dedican a la historia de que Pinochet se habría sumado en las etapas finales de la planificación. Sin embargo, como destacan Correa *et al.* (2001), los militares consideraban que su presencia era relevante "pues de lo contrario arriesgaban el peligro de un posible quiebre entre las fuerzas militares, el que inevitablemente conduciría a una guerra civil" (p. 274).

En efecto, la participación de Pinochet parece haber sido suficiente para evitar dicha guerra. Como destaca Pinto Vallejos (2006), si bien previo al 11 de setiembre existía una planificación de los Partidos Comunista y Socialista para organizar una resistencia militar en las poblaciones en el evento de un golpe, dicha estrategia asumía que existiría un porcentaje relevante de militares que se mantendrían fieles al gobierno constitucional. Sin embargo, "[c]omo ello no ocurrió, la resistencia comunista prácticamente no pasó de la etapa de planificación" (p. 166). En el mismo sentido, Politzer (2013) recoge el testimonio de Carlos Altamirano -Secretario General del Partido Socialista para el golpe de Estado-, quien desmiente categóricamente la existencia de una coordinación o voluntad para preparar una defensa armada del gobierno de Allende: "[l]o concreto es que nuestros operativos militares eran mínimos, que no estaban coordinados con los otros partidos de la Unidad Popular y que los dispositivos programados para un eventual golpe no operaron el 11 de setiembre". En concreto, Altamirano indica que el día del golpe militar, "[h]ubo cierta resistencia en algunas fábricas, pero la verdad es que fue mínima, no había ninguna posibilidad de enfrentarse a los militares".

Otro actor relevante fue el Movimiento de Izquierda Revolucionaria ("MIR"). Al respecto, Pinto Vallejos (2006) indica que el 11 de setiembre, el MIR participó en algunos combates en Santiago y Panguipulli, pero "no estuvo totalmente a la altura de lo que se podría haber esperado de un partido que venía insistiendo desde sus orígenes en la centralidad de la faceta militar para los procesos revolucionarios" (pp. 167-168). En esa misma línea, uno de sus antiguos militantes indicó con posterioridad que los planes militares del MIR eran "divagaciones de gente que sabía muy poco o nada realmente del problema militar, de organización de fuerzas, de los recursos materiales para esa fuerza, cuestiones en el aire que no respondían a una disposición real de fuerzas o de recursos, lo que quedó demostrado en los hechos" (Pinto Vallejos, 2006, p. 168) mientras que otro señaló "[q]uedó al descubierto que el poder popular no era más que una idea en nuestras cabezas y no una realidad que pudiera organizar la resistencia y ni siquiera proteger a la militancia revolucionaria" (Pinto Vallejos, 2006, p. 169).

En la misma línea, Correa *et al.* (2001) sostienen que la resistencia que esperaban los golpistas fue sorprendentemente débil: "[s]alvo algunos francotiradores apostados en los edificios contiguos a La Moneda y la acción de los integrantes del GAP [Grupo de Amigos Personales], quienes se enfrentaron con las fuerzas sublevadas, la resistencia fue casi nula, contrastando con la feroz y violenta ofensiva de los atacantes" (p. 275). Más adelante, Correa *et al.* (2001) reiteran "el régimen tomó posesión total del país en un lapso brevísimo, no hubo resistencia armada significativa que vulnerara el orden recién impuesto" (p. 280), y califican este periodo, no como un estado de guerra, sino un "estado de terror" (Correa *et al.*, 2001, p. 281).

Es difícil que esta débil resistencia pueda cumplir con los supuestos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Por una parte, los enfrentamientos tuvieron una muy baja intensidad. En efecto, no solo duraron apenas unos días -el mismo Zalaquett (2007) reconocía que ya no existían enfrentamientos relevantes el 22 de setiembre de 1973-, sino que no parece cumplir con ninguno de los factores indicativos que fueron previamente reseñados. Los antecedentes históricos dan cuenta de la participación de muy pocos individuos, que portaban armas de bajo calibre.

Al respecto, Correa *et al.* (2001) hacen referencia al uso de "revólveres, fusiles, ametralladoras y pistolas" (p. 269). Por su parte, Pinto Vallejos (2006) indica que la resistencia del MIR se vio coartada por "la falta de recursos militares para hacer efectivo el plan de resistencia al golpe" (p. 169). En la misma línea, González (2012) recoge el relato de un dirigente estudiantil socialista que intentó armar un foco de resistencia, quien dio cuenta de la inexistencia de un aparato militar: "todo el alarde de armas era una estupidez […] [l]o que encontramos era

absolutamente ridículo: 8 a 10 armas personales, propias de un grupo escolta, pero no de un grupo paramilitar" (p. 386). En suma, las armas utilizadas y las municiones involucradas no parecen cumplir con los niveles de intensidad antes reseñados, y que hacen referencia a municiones de alto calibre, existencia de armas pesadas, tanques, y algunos métodos y medios de combate particulares como bombardeos, despliegue de tropas y unidades, entre otros.

Adicionalmente, y como fue reseñado supra, el elemento de intensidad también se ha examinado en relación con la cantidad de víctimas resultantes del conflicto. En el caso chileno, los números parecen dar cuenta de una masacre de la población civil, y no son concordantes con un real enfrentamiento. En ese sentido, y si bien reconocen una falta de precisión en los números, Correa *et al.* (2001) indican que habrían existido 1,500 personas caídas en enfrentamientos contra los militares, sumados a personas muertas y/o desaparecidas tras la detención entre 1973 y 1974. Ello se contrasta con apenas 30 bajas militares en el mismo periodo.

El segundo criterio relevante para la existencia de un conflicto armado no internacional es la organización de los grupos. Sin embargo, este requisito tampoco parece configurarse. Así, uno de los grupos de resistencia a los que hace referencia la historia es el GAP o "Grupo de Amigos Personales", que está muy lejos de cumplir con el elemento de la organización: correspondía simplemente a un grupo de jóvenes del MIR y de las Juventudes Socialistas que acompañaban al Presidente Allende (Correa *et al.,* 2001). Los mismos no contaban con una estructura de mando, mecanismos disciplinarios, acceso a equipos militares, ni mucho menos controlaban territorio ni desarrollaban una estrategia militar unificada. Por su parte, en lo que respecta al MIR, sus propios militantes reconocían que dicho grupo no contaba con una organización adecuada para poder organizar la resistencia o siquiera proteger a su propia militancia (Pinto Vallejos, 2006).

De esta manera, la situación chilena parece asemejarse más a una situación de disturbios o tensiones internas. En ese sentido, resulta ilustrativo considerar la definición de disturbios internos entregada por el CICR (1971), que sostiene:

> Se trata de situaciones en las que no hay un conflicto armado no internacional como tal, pero existe un enfrentamiento dentro del país, que se caracteriza por una cierta gravedad o duración y que implica actos de violencia. Estos últimos pueden asumir diversas formas, desde la generación espontánea de actos de revuelta hasta la lucha entre grupos más o menos organizados y las autoridades en el poder. En estas situaciones, que no necesariamente degeneran en una lucha abierta, las autoridades en el poder recurren a amplias fuerzas policiales, o incluso a fuerzas armadas, para restablecer el orden interno (p. 79, traducción propia).

Por su parte, sobre las tensiones internas, el Comité (1978) ha considerado los siguientes elementos:

a) Situaciones de grave tensión, de carácter político, religioso, racial, social, económico, etc;

b) Una secuela de un conflicto armado o de disturbios internos.

En tales situaciones se dan una o varias de las siguientes características, o incluso todas ellas

1. Detenciones a gran escala;
2. Un gran número de detenidos políticos
3. Probables malos tratos o condiciones inhumanas de detención
4. Suspensión de las garantías legales fundamentales como resultado de la promulgación de la ley de emergencia, o de las circunstancias;
5. Presuntas desapariciones de personas (p. 211, traducción propia).

Los hechos ocurridos el 11 de setiembre de 1973 y los días inmediatamente posteriores se enmarcan más claramente en este escenario que en el de un conflicto armado no internacional. En consecuencia, las normas de Derecho Internacional Humanitario no serían aplicables a los hechos ocurridos en este periodo.

3.2. El periodo entre 1973-1979

Los relatos sobre hechos de resistencia en los años que siguieron al golpe de Estado son escasos, y no parecen acercarse al umbral exigido para determinar la existencia de un conflicto armado no internacional. Eso explica por qué ni siquiera Zalaquett (2007) consideró este periodo como uno de potencial aplicación de los Convenios de Ginebra.

Al respecto, Pinto Vallejos (2006) relata algunos ejercicios de resistencia del MIR durante los años 70, pero indica que éstos fueron de carácter muy limitado. El grupo había sufrido importantes bajas entre su militancia, incluyendo algunos de sus dirigentes más emblemáticos como Bautista van Shouwen y Miguel Enríquez y figuras clave como el jefe del aparato militar del MIR, José Bordaz. Asimismo, otros líderes como Andrés Pascal Allende y Nelson Gutiérrez debieron huir al exilio.

Fue recién en 1978 que el MIR adoptó un plan que buscaba avanzar en una línea militar, y que se posibilitó por la llegada de militantes que habían participado en las luchas revolucionarias en América Central. Sin embargo, incluso en este periodo, la intensidad de los hechos parece insuficiente para cumplir el umbral de los CANI. Así, además de algunas operaciones de carácter más simbólico, Pinto Vallejos (2006) describe acciones como "bombazos, atentados contra el tendido eléctrico, levantamiento de barricadas, asaltos a bancos […] y tiroteos a cuarteles policiales y de la CNI" (p. 190). Nuevamente, estos hechos se acercan más al escenario de los disturbios internos que a un conflicto armado. A mayor abundamiento, autores como Cavallo, Salazar y Sepúlveda (1997) cuestionan que todos los hechos que se atribuyen al MIR en este periodo hayan sido realmente de su autoría, lo que pone en duda la relevancia de estos hechos para el cumplimiento del umbral de los conflictos armados: "la mayoría de los ataques no eran efectuados por grupos de izquierda, sino por miembros de la DINA [la Dirección de Inteligencia Nacional]" (p. 248).

Si la resistencia que tuvo lugar tras el 11 de setiembre de 1973 no cumple con los requisitos del artículo 3 común, mucho menos lo hacen estas actividades insurgencia que se enmarcan casi a la perfección con la figura de los disturbios internos, bajo la cual -como ya se reseñaba *supra*-, el Derecho Internacional Humanitario no es aplicable. Lo anterior se confirma por la evaluación realizada por el propio Comité Internacional de la Cruz Roja respecto de la situación chilena. Así, en un informe que se refiere precisamente a su trabajo en situaciones no cubiertas por el Derecho Internacional Humanitario, el CICR (1978) hace referencia a las visitas que ha realizado a personas detenidas en situaciones de disturbios o tensiones internas. Dentro de las visitas realizadas bajo esta categoría, que está excluida de los Convenios de Ginebra, menciona precisamente las visitas a Chile[24].

3.3. Los movimientos de resistencia a partir de 1979

Las actividades realizadas por los grupos de oposición durante la década de los ochenta presentan una nueva oportunidad para examinar el cumplimiento del umbral de los CANI. De hecho, como ya se adelantó, Zalaquett (2007) sostenía que desde 1979, el actuar del Partido Comunista y del MIR podía considerarse un acto organizado de lucha armada suficiente para hacer aplicable el Derecho Internacional Humanitario.

Sin embargo, algunos relatos históricos dan cuenta de hechos de resistencia de baja o mediana intensidad. Por ejemplo, Politzer (1988) recoge el testimonio de un joven poblador perteneciente a las Juventudes Comunistas, quien hacía referencia al desequilibrio en los enfrentamientos: "[s]on peleas harto desequilibradas, apenas se logra retenerlos un poco en base a piedras, unas molotov o lo que se tenga a mano" (p. 44). El joven indica más adelante que "el único trabajo militar que hice en la Jota[25] fue poner cargas en postes con transformadores, que era lo que se hacía a fines del 83 y principios del 84" (p. 46).

Es cierto, sin embargo, que hubo algunos intentos de resistencia de mayor envergadura. En ese sentido, Pinto Vallejos (2006) hace referencia a las tentativas del MIR de establecer una guerrilla permanente para enfrentarse a la dictadura. Sin embargo, aunque existieron una serie de preparativos en Neltume, no se alcanzaron a realizar operaciones propiamente militares, y el grupo terminó siendo descubierto y aplastado por la dictadura, resultando en la muerte sus integrantes (Pinto Vallejos, 2006; Valdivia Ortiz de Zárate, 2006). Un intento similar tuvo lugar en Nahuelbuta. Sin embargo, los guerrilleros se dedicaron a recorrer el terreno sin realizar operaciones militares, y luego se replegaron tras tomar conocimiento del destino de sus camaradas de Neltume (Pinto Vallejos, 2006). Otros actos del MIR durante los ochenta incluyeron ataques y asaltos a bancos, comisarías de Carabineros, cuarteles de la Policía de Investigaciones, además de ataques y atentados contra ciertos oficiales y suboficiales de las FF.AA y/o Carabineros (Cavallo, Salazar & Sepúlveda, 1997 y Pinto Vallejos & Leiva Flores, 2008). Estos hechos, aunque violentos, siguen acercándose más a los disturbios internos. En ese sentido, Pinto Vallejos y Leiva Flores (2008) son categóricos: "[s]i bien se logró alguna efectividad y visibilidad en el plano de la propaganda armada, se estuvo muy lejos de alcanzar los niveles mínimos de contundencia como para constituir una amenaza real para el aparato militar en que se sustentaba, en última instancia, la proyección del régimen" (p. 107).

En lo que respecta al Partido Comunista, Álvarez Vallejos (2008) reconoce que el mismo siguió un camino de radicalización, asumiendo formas de lucha armada, aunque indica que ella habría sido "cosa de minorías,

(24) *Véase*, en el mismo sentido, Comité Internacional de la Cruz Roja (2014).
(25) La "Jota" es el nombre que se le da coloquialmente en Chile a las Juventudes Comunistas.

ajenas al resto de la población" (p. 20). En este ámbito, se hace referencia a la creación del Frente Patriótico Manuel Rodríguez ("FPMR"), que tenía por propósito servir como una fuerza militar que fuera aún más amplia que los comunistas, de manera de cuidar a los cuadros legales y lograr una convocatoria mayor. Si bien el FPMR es frecuentemente descrito como un grupo armado, las acciones realizadas siguen sin alcanzar una gran envergadura: apagones, secuestros, actos contra cuarteles de Carabineros, bancos, empresas norteamericanas, acciones contra vías férreas, construcción de barricadas, entre otros actos de violencia. En ese sentido, es llamativo que Álvarez Vallejos (2008) considere que el acto de "mayor envergadura" de 1985 fue la realización de "sabotajes a torres de alta tensión" (p. 56), que dejaron sin luz a la zona central del país. Por otra parte, Politzer (1988) también hace referencia a operaciones con coches bomba, robos de vehículos, tomas de medios de prensa, quema de locales, ataques a bancos, entre otras operaciones.

El análisis de este periodo se dificulta cuando se considera que mucha de la información sobre supuestos "enfrentamientos" entre la dictadura y los grupos de resistencia, en realidad correspondía a hechos falsos o montajes difundidos por el propio régimen militar para ocultar los asesinatos extrajudiciales de opositores. Entre varios otros ejemplos, puede hacerse referencia a la matanza de Corpus Christi en la llamada Operación Albania de 1987, por medio de la cual la dictadura asesinó a 12 miembros del FPMR (Correa *et al.,* 2001; Skoknic, s. f). La operación fue falsamente informada por la prensa como un "enfrentamiento a tiros con efectivos de seguridad" (La Tercera, 1987), "un enfrentamiento […] el sujeto, en un momento determinado […] se dio media vuelta y comenzó a disparar contra la patrulla policial" (La Cuarta, 1987) y "enfrentamiento a bala con las fuerzas de seguridad" (El Mercurio, 1987).

Los hechos de violencia más graves, y que resultan mejores candidatos para la identificación de los elementos propios de un conflicto armado no internacional, tuvieron lugar en 1986. En primer lugar, el FPMR intentó internar un masivo arsenal en Carrizal Bajo, al norte de Chile. Así, como relatan Cavallo, Salazar & Sepúlveda (1997), el FPMR se organizó para recibir más de 50 toneladas en materiales bélicos por el mar que incluían fusiles M-16, lanzacohetes RPG-7 y LOW, granadas de mano, ametralladoras pesadas, toneladas de explosivos de variados poderes, bombas, detonantes, además de millones de cartuchos de diversos calibres. Sin embargo, casi todo el arsenal fue detectado prontamente por la Central Nacional de Inteligencia ("CNI"). De las armas restantes, algunas fueron destinadas al intento fallido de magnicidio contra Augusto Pinochet que tendría lugar unas semanas después en la zona del Cajón del Maipo, y que resultó en la muerte de cinco escoltas, mientras que otros doce quedaron con heridas graves. Ella fue calificada por Álvarez Vallejos (2006) como "la acción militar de mayor envergadura en la historia de los movimientos armados en Chile" (p. 70).

La gran mayoría de los hechos descritos, si bien violentos, parecen ser aún insuficientes para cumplir con el umbral del artículo 3 común. Es cierto que la creación del Frente Patriótico Manuel Rodríguez supuso la incorporación de un grupo con mayores niveles de organización. De hecho, el juramento de sus integrantes incluía un compromiso a la disciplina, hacía referencia al grado militar, y establecía una obediencia jerárquica frente a la dirección nacional (Álvarez Vallejos, 2008). Sin embargo, el elemento de la intensidad sigue sin verificarse con claridad. No hay duda que el acceso a armas importadas desde Carrizal y el intento de magnicidio de Pinochet son hechos de mayor envergadura, pero no es claro que sean suficientes para poder calificar el contexto como uno de un conflicto armado.

En suma, los antecedentes fácticos no parecen ser especialmente propicios para la alegación de que, durante la dictadura militar chilena, se desarrolló un conflicto armado no internacional. Salvo algunos periodos específicos que podrán requerir un análisis mayor (sobre todo el periodo de 1986), la inmensa mayoría de los hechos de violencia que han sido recopilados por quienes se dedican a la historia parecen ser insuficientes para cumplir con los requisitos que hacen aplicable el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Ahora bien, el análisis aquí realizado corresponde a un estudio general de los antecedentes históricos, pero no pretende reemplazar un escrutinio más exhaustivo sobre los movimientos de resistencia en Chile, que corresponde realizar a quienes se especializan en la historia de Chile. Por ello, la conclusión aquí alcanzada es necesariamente preliminar, y está sujeta a una revisión y complementación considerando otros antecedentes relevantes sobre el periodo dictatorial. Sin embargo, el estudio hasta aquí realizado es suficiente para cuestionar -al menos en principio- el relato sobre la "guerra civil", que fue muchas veces sostenido por la propia dictadura, o al menos poner en duda su extensión temporal.

Este análisis también sirve como antecedente y contraste al estudio de la

jurisprudencia chilena que se realiza en la sección siguiente. Como se verá, la Corte Suprema chilena parece haber preferido usar el atajo del Decreto Ley 5 e ignorar casi por completo los antecedentes fácticos sobre la resistencia a la dictadura, que resultaban fundamentales para determinar la aplicación de los Convenios de Ginebra a los hechos.

4. Una aproximación poco ortodoxa al Derecho Internacional Humanitario: La jurisprudencia de la Corte Suprema chilena

Una vez reinstaurada la democracia en Chile, a partir del 11 de marzo de 1990, las víctimas de violencia estatal comenzaron a presentar una serie de acciones judiciales en sede civil y penal, muchas de las cuales se basaron en los Convenios de Ginebra de 1949. Sin embargo, durante la década de los noventa, la jurisprudencia de la Corte Suprema fue bastante consistente en señalar que no se cumplían los supuestos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, al no haber existido en Chile un conflicto armado no internacional. Por ejemplo, en el año 1996, la Corte Suprema indicó que "no se puede estimar fundadamente que a la época de la comisión del delito existiera efectivamente en el territorio nacional un conflicto bélico entre fuerzas contendientes de aquéllas a las que aluden los Convenios de Ginebra" (Corte Suprema, Rol 263-96, considerando 7).

Dicha jurisprudencia, sin embargo, comenzó a variar durante la década de los 2000. Contrario a lo que pudiera esperarse, dicho cambio no se debió a un análisis detallado sobre los supuestos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, sino que se basó casi exclusivamente en el Decreto Ley 5, promulgado por el régimen militar dentro de los primeros días de la dictadura, y que señalaba que Chile se encontraba en "estado o tiempo de guerra".

4.1. La relevancia del Decreto Ley ¿Un conflicto armado en Chile?

Según ya fue adelantado, el 12 de setiembre de 1973, la dictadura militar adoptó el Decreto Ley 5, por medio del cual declaró que el Estado de Sitio decretado por conmoción interna -previamente establecido por medio de Decreto Ley 3 del 11 de setiembre de 1973-, debía entenderse como un "estado o tiempo de guerra", que hacía aplicable el Código de Justicia Militar y reconocía la jurisdicción de los tribunales militares para conocer de ciertos delitos.

Ahora bien, las primeras decisiones de la Corte Suprema tras el retorno de la democracia señalaron que el Decreto Ley 5 solo tenía el efecto de aplicar la legislación del tiempo de guerra, y que el mismo constituía una ficción sin correlato en los hechos[26]. Por ejemplo, en el año 1996, la Corte Suprema indicó que el Decreto Ley 6 solo se había dictado para el efecto de aplicar la legislación en tiempo de guerra, "sin que en realidad concurran los presupuestos de un conflicto bélico como al que se hace mención en los Convenios de Ginebra" (Corte Suprema, Rol 263-96, considerando 7). Casi diez años después, la Corte Suprema mantenía el mismo criterio. Así, en una sentencia del año 2005, y conociendo de un caso relativo al crimen de secuestro calificado perpetrado el día 5 de octubre de 1973, la Corte Suprema revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco -que había sostenido la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra sobre la base del Decreto Ley 5, indicando:

> No se ha acreditado ni tenido por establecido en autos que en la fecha señalada existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que no reconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de Derecho Humanitario (Corte Suprema, Rol 457-2005, considerando 7).

De esta manera, la mayoría de la Corte Suprema[27] indicó que el Decreto Ley 5 no era suficiente para acreditar la existencia de dichos elementos fácticos, haciendo en consecuencia inaplicables los Convenios de Ginebra. Resulta peculiar, sin embargo, que el umbral requerido por la Corte Suprema tenía una clara inspiración en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra -que no se encontraba vigente en Chile durante la dictadura militar-, y que la Corte no reconociera el ya referido umbral aplicable al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, que se encontraba en proceso de desarrollo por parte del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de manera contemporánea.

(26) Una revisión de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en esta materia, desde 1990 en adelante, *véase* en Irigoin Barrena & Espaliat Larson (2003); Díaz Tolosa (2006); y Galdámez Zelada (2012).

(27) Ministro Nibaldo Segura y abogados integrantes José Fernández y Luz María Jordán.

Esa decisión, sin embargo, estuvo acompañada de un voto disidente de los Ministros Enrique Cury y Jaime Rodríguez, quienes indicaron que el Decreto Ley 5 suponía que el territorio nacional se encontraba jurídicamente en estado de guerra interna, aún a pesar de no cumplirse los requisitos de orden fáctico. Los mismos además sostuvieron que:

> No es admisible que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la referida declaración de estado de guerra, establecido por el único instrumento legislativo disponible luego de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces, pretendan ahora desconocer su valor para ignorar las sanciones que al quebrantamiento de las leyes de tal estado y las limitaciones que a la autoexoneración respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumentos internacionales ya entonces en vigor sobre la materia. Si valiéndose de la superioridad de la fuerza se consagró un estado de guerra para facilitar la lucha contra los que se oponían al gobierno de facto, hay que estarse también a las consecuencias que se siguen de haber quebrantado la normativa que regula los conflictos bélicos en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes comunes y, mucho menos, hacer víctima de represiones brutales como aquella de que dan cuenta los antecedentes de este proceso. Una de las mencionadas consecuencias es, precisamente, la prohibición de autoexoneración por los crímenes de guerra que se hubieren cometido en esas circunstancias, contemplada expresamente en los Convenios de Ginebra (Corte Suprema, Rol 457-2005, Voto Disidente de los Ministros Cury y Rodríguez, párr. 3).

Al año siguiente, la posición de los Ministros Cury y Rodríguez se transformó en la posición de la mayoría de los ministros de la Corte Suprema. De esta manera, en una decisión de diciembre del año 2006, al conocer el caso del homicidio de los miembros del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) en Choshuenco -que tuvo lugar el 23 de setiembre de 1973-, la Corte Suprema[28] sostuvo que el Decreto Ley 5 hacía aplicable los Convenios de Ginebra y en general el Derecho Internacional Humanitario (Corte Suprema, Rol 559-2004). Ello fue criticado por el voto de minoría del Ministro Ballesteros, que indicó que la adopción del Decreto Ley no era suficiente para establecer la existencia de un conflicto armado no internacional, al no haber existido "una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de Derecho Humanitario" (Corte Suprema, Rol 559-2004, Voto Disidente del Ministro Ballesteros, párr. 9), reiterando el umbral del Protocolo Adicional II, ya reseñado.

El año siguiente, la Corte Suprema volvió a recoger este criterio, indicando:

> El examen de la normativa dictada luego del 11 de setiembre de 1973, así como el contexto en que se desarrollaron los hechos posteriores a esa data, permiten concluir que en la época en que ocurrieron los sucesos que dieron origen a la presente investigación, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna. Razón suficiente para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra (Corte Suprema, Rol 6188-2006, considerando 21).

Sorprendentemente, dicha decisión fue redactada por el Ministro Ballesteros, el mismo autor del voto disidente antes mencionado y que sostenía una visión absolutamente opuesta sobre la aplicación de los Convenios de Ginebra.

Un poco más de un mes luego de dictada esa sentencia, la divergencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema llegó a su mayor expresión, cuando el 27 de diciembre de 2007 la Corte Suprema dicta dos decisiones contradictorias. En la primera de dichas decisiones, una integración de la Corte Suprema[29] volvió al criterio del año 1996 y 2005, señalando que no se verificaría el umbral necesario para la existencia de un conflicto armado no internacional (Corte Suprema, Causa Rol 3925-2005). En cambio, en la otra decisión de la misma fecha, una distinta integración de la Corte Suprema[30] sostuvo que la normativa dictada luego del 11 de setiembre de 1973 permite dar por establecida la existencia de un conflicto armado no internacional en Chile (Corte Suprema, Causa Rol 1489-2007).

La falta de precisión continuó durante el año 2008. Así, en una decisión del mes

(28) Voto de mayoría: Ministros Alberto Chaigneau, Julio Torres y abogados integrantes Óscar Herrera y Domingo Hernández. Voto de minoría: Ministro Rubén Ballesteros.
(29) Integrada por los Ministros Nibaldo Segura, Rubén Ballesteros, Hugo Dolmestch, Patricio Valdés y Héctor Carreño.
(30) Integrada por los Ministros Alberto Chaigneau, Nibaldo Segura, Jaime Rodríguez, Rubén Ballesteros y Hugo Dolmestch.

de mayo, la mayoría de la Corte Suprema[31] indicó que no se verificaba el umbral de los conflictos armados no internacionales, y sostuvo:

> La situación vivida en Chile a partir del día 11 de setiembre de 1973, no es posible entenderla ni considerarla como un "conflicto armado sin carácter de internacional", ya que los grupos a los que se enfrentaron las Fuerzas Armadas no eran una fuerza militar organizada; no tenían una autoridad responsable de sus actos; no actuaron sobre un territorio determinado del Estado de Chile, así como nunca dispusieron de una parte del territorio nacional, ni de la población; nunca se les reconoció la condición de beligerantes; tampoco tenían un régimen con las características de un Estado; nunca nadie reconoció que estaban dispuestos a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra ni las autoridades civiles de los insurrectos -que por cierto no existían-, reconocieron que estaban obligadas por las disposiciones del Convenio. En la realidad los acontecimientos ocurridos a partir de 1973 no cumplían ninguna de las condiciones enumeradas" (Corte Suprema, Rol 3872-2007, considerando 7).

Por ello, la Corte concluyó:

> El D. L. 5 es claramente insuficiente para acreditar la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile existía un "conflicto armado no internacional" el 21 de setiembre de 1973, razón por la que debe concluirse que no constituye un yerro dejar de aplicar los Convenios de Ginebra de 1949 en esta [sic] proceso (Corte Suprema, Rol 3872-2007, considerando 10).

Sin embargo, esta parece ser una de las últimas decisiones en que la Corte Suprema sostuvo la no aplicabilidad de los Convenios de Ginebra. Así, durante los años 2007, 2008 y 2009, la jurisprudencia sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario fue asentándose, aunque existió una gran diversidad de elementos y criterios considerados por la Corte Suprema para determinar la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra de 1949. Por ejemplo, en varias oportunidades, la Corte sostuvo que el Decreto Ley 5 suponía un "reconocimiento legislativo" del estado de guerra, realizado por el propio gobierno de facto[32]. En otra oportunidad, la Corte sostuvo que "el Golpe de Estado fue un acto de guerra" (Corte Suprema, Rol 4691-2007, considerando 12). En otros casos, la Corte Suprema ha señalado sencillamente que "el territorio nacional se encontraba en estado de guerra interna, realidad que es suficiente para concluir que en Chile existía un "conflicto armado no internacional" en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra" (Corte Suprema, Rol 3302-2009, considerando 1).

Más adelante, la Corte sostuvo:

> El estado de sitio vigente, equivalente al de guerra interna con bandos claramente definidos y con la política de persecución y exterminio de un grupo por razones políticas, ejecutada por agentes estatales, existía a la fecha de comisión del delito de autos y era una realidad contextual a su ejecución; y, es precisamente la que hace aplicables los Convenios de Ginebra y las disposiciones de ius cogens en análisis (Corte Suprema, Rol 5969-2010, considerando 8).

Como puede verse, la aproximación de la Corte Suprema chilena a los supuestos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario ha sido bastante precaria. En ninguna de las sentencias examinadas el tribunal consideró los elementos fácticos de aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Mientras algunos Ministros de la Corte intentaban aplicar el estándar más exigente del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra sin mayor justificación, otros simplemente ignoraban los requisitos de intensidad y organización que, de manera contemporánea a sus decisiones, estaba siendo desarrollado en más detalle por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, para determinar la aplicación del artículo 3 común.

Por lo mismo, resulta sorprendente constatar que esta interpretación de la normativa relevante no parece haber sido objeto de mayor crítica en la doctrina chilena. Por una parte, Irigoin Barrenne y Espaliat Larson (2003) han indicado que "la declaración que hace el gobierno chileno en los decretos leyes número 5 y 640 reflejan que existía una situación de conflicto interno que caía dentro de la esfera de aplicación del artículo 3" (p. 161). Por otra parte, Pica (2005) ha indicado que, durante este periodo, en Chile regían los Convenios de Ginebra que impiden dejar sin sanción los crímenes de lesa humanidad y de guerra, como fundamento para justificar la invalidez

(31) Ministro Rubén Ballesteros y abogados integrantes Ricardo Peralta y Hernán Álvarez.

(32) *Véase*, en ese sentido Corte Suprema, Rol 3125-2004; Corte Suprema, Rol 3452-2006; Corte Suprema, Rol 3587-2005; Corte Suprema, Rol 1528-2006; Corte Suprema, Rol 4662-2007; Corte Suprema, Rol 6212-2007; Corte Suprema, Rol 3907-2007; Corte Suprema, Rol 695-2008; Corte Suprema, Rol 4531-2008; Corte Suprema, Rol 921-2009; Corte Suprema, Rol 3378-2009; Corte Suprema, Rol 1984-2009.

del Decreto Ley de Amnistía. Similarmente, Nogueira Alcalá (2005) sostuvo que el Decreto Ley de Amnistía, de aplicarse a graves violaciones a los derechos humanos y/o a crímenes de lesa humanidad, sería contrario a los Convenios de Ginebra. A su vez, Horvitz Lennon (2006) ha indicado que "la declaración de que Chile se encontraba en estado de guerra hizo aplicable el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de octubre de 1949, referido a los casos de conflictos armados sin carácter internacional que pudieren ocurrir en el territorio de un Estado Parte" (p. 221).

En términos opuestos, Collins (2013) reconoce que la aplicación de los Convenios de Ginebra ha tenido lugar "a pesar de la inexistencia real de un conflicto bilateral que reunía las condiciones de un conflicto interno reconocible en el Derecho Internacional, en virtud de que el régimen dictatorial sí había decretado la existencia de tal estado de cosas como justificación por imponer estados de excepción y de sitio" (p. 96). De igual manera, Zalaquett (2007) señaló que al momento de la publicación del Decreto Ley N°5 -el 22 de setiembre de 1973- no existía un conflicto armado interno, y que la dictadura "se valió de una ficción o argucia para facilitar la represión judicial de los disidentes políticos y agravar sus consecuencias procesales y penales" (p. 192). A nivel internacional, Moir (2004) también ha señalado que en Chile no existía un conflicto armado, aunque sin otorgar una mayor justificación.

Por otra parte, Salinas (2007) ha sostenido que el Decreto Ley 5 no era suficiente para determinar la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario, puesto que la misma dependía de la existencia de situaciones objetivas derivadas de elementos fácticos. Sin embargo, el mismo establece criterios bastante exigentes para la aplicación de los Convenios de Ginebra:

1) Que la parte en rebelión contra el Gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar los Convenios;
2) Que el Gobierno legítimo esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional;
3) Que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes o bien solamente con miras a la aplicación de los Convenios;
4) Que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de una amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión;
5) Que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado;
6) Que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional;
7) Que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y estén dispuestas a conformarse a las leyes y costumbres de la guerra y;
8) Que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio (pp. 103-104).

Los criterios examinados por Salinas han sido efectivamente considerados por el CICR y otros órganos internacionales en sus decisiones. Sin embargo, debe tenerse presente que el Comité (2020) ha sido enfático en señalar que ellos son elementos útiles para distinguir un conflicto armado de un acto de bandidaje o una insurrección no organizada, pero que no constituyen requisitos obligatorios.

En todo caso, Salinas tiene razón al criticar la aproximación de la Corte Suprema, que yerra en su aplicación de los Convenios de Ginebra. El Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados no internacionales no considera que la mera declaración de guerra interna sea suficiente para gatillar la aplicación del artículo 3 común. Como ya se ha explicado, la jurisprudencia ha exigido la verificación de elementos asociados a la organización de los grupos y la intensidad de las hostilidades que difícilmente se podían acreditar durante la dictadura militar chilena.

En este sentido, es relevante destacar que el Derecho Humanitario sí ha admitido la mera declaración de guerra como un elemento suficiente para su aplicación, pero exclusivamente respecto de los conflictos armados internacionales. En ese sentido, el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra indica que dichos tratados internacionales se aplicarán "en caso de guerra declarada", sin exigir necesariamente la existencia de enfrentamientos armados. Al respecto, el Comité Internacional de la Cruz Roja (2020) ha indicado que la aplicación de los Convenios en estos casos sirve un propósito humanitario, pues permite que civiles que se encuentren en el territorio de un país enemigo puedan beneficiarse

inmediatamente de la protección que deriva del IV Convenio de Ginebra, sin requerir el inicio de las hostilidades.

Dicha lógica, sin embargo, no resulta igualmente aplicable a los conflictos armados no internacionales. En ausencia de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, las personas se encuentran protegidas por el régimen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que en la mayoría de los aspectos otorga una protección más robusta que el primero[33]. En términos elementales, y como reconoce el Comité Internacional de la Cruz Roja (2015), "las normas del DIH sobre la conducción de las hostilidades reconocen que el uso de fuerza letal es inherente a la guerra", mientras que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, "el uso de la fuerza debe ser el último recurso para proteger la vida, cuando los demás medios sean ineficaces o no prometan alcanzar el resultado esperado; además, debe ser estrictamente proporcional al objetivo legítimo que se haya definido" (pp. 39-40). En ese sentido, O'Connell (2013) explica que "el Derecho Internacional Humanitario despenaliza la privación de la vida en algunas circunstancias que constituirían un delito en tiempos de paz" (p. 13)[34].

En suma, a diferencia del derecho aplicable a los conflictos armados internacionales, donde la inmediata aplicación del Derecho Humanitario tras la declaración de una guerra (incluso si ella no viene acompañada de enfrentamientos entre ambos Estados) se justifica para lograr una mayor protección, la aplicación del Derecho Internacional Humanitario ante la mera declaración de una guerra interna tiene el efecto exactamente contrario en los conflictos armados no internacionales: disminuir la protección de los civiles. Es por ello que el derecho aplicable a los CANI no comienza a regir con la existencia de la declaración, sino que requiere la verificación de un umbral asociado, como ya se vio, a los elementos de intensidad y organización.

4.2. Una lectura alternativa: *non venire contra factum proprium*

Como se ha explicado, la interpretación realizada por la Corte Suprema sobre el derecho aplicable y su decisión de aplicar la normativa del Derecho Internacional Humanitario a los hechos ocurridos en Chile -fundada exclusivamente en la declaración de guerra contenida en el Decreto Ley 5 y no en la verificación de los elementos de organización e intensidad-, resulta no solo contraria a la regulación internacional en esta materia -que no reconoce la declaración de guerra como un elemento suficiente en los conflictos armados no internacionales-, sino que incluso se traduce en una menor protección para las personas.

Ahora bien, existe una serie de casos en que la Corte Suprema, si bien ha mantenido la tesis sobre los efectos del Decreto Ley 5 como un reconocimiento legislativo del estado de guerra, ha complementado dicho argumento presentando una tesis que parece basarse en la doctrina de los actos propios o el *estoppel* y que resulta interesante de examinar. En ese sentido, la Corte Suprema ha indicado:

> No es dable que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la referida declaración de estado de guerra, establecido por el único instrumento legislativo disponible luego de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces, pretendan ahora desconocer su valor para ignorar las sanciones que a las transgresiones de las leyes de tal estado y las limitaciones que a la autoexoneración respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumentos internacionales ya entonces en vigor sobre la materia. Si valiéndose de la superioridad de la fuerza se consagró un estado de guerra para facilitar la lucha contra los que se oponían al gobierno militar, hay que estarse también a las consecuencias que se siguen de haber vulnerado la normativa que regulan los conflictos bélicos en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes comunes y, mucho menos, hacer víctima de represiones brutales como aquella de que dan cuenta los antecedentes de este proceso (Corte Suprema, Rol 3125-2004, considerando 13)[35].

Asimismo, la Corte ha señalado que dado que el Decreto Ley 5 había hecho aplicable la legislación militar y había admitido la competencia de los tribunales militares en tiempo de guerra, jurisdicción que es "reductora de derechos procesales trascendentales para el inculpado", dicha situación de desprotección "[hace] que los Convenios de Ginebra deban aplicarse

(33) Cabe destacar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos también aplica durante los conflictos armados, de manera complementaria al Derecho Internacional Humanitario. Sobre esto, *véase* Sassòli (2020).

(34) La traducción es propia, original en inglés.

(35) *Véase* también Corte Suprema, Rol 1528-2006; Corte Suprema Rol 5698-2009; Corte Suprema, Rol 5285-2010; Corte Suprema, Rol 6823-2009.

necesariamente como debido contrapeso a esta jurisdicción extralimitada" (Corte Suprema, Rol 3125-2004, considerando 14)[36].

Si bien es cierto que el Derecho Internacional Humanitario no reconoce la aplicación de los Convenios de Ginebra a un CANI con una mera declaración de guerra interna, el Derecho Internacional sí reconoce la prohibición de contradicción como un principio general del derecho, que emana del principio de la buena fe (Corte Internacional de Justicia, 1984; Kolb, 1998), y se enmarca en la figura anglosajona del estoppel o la doctrina de los actos propios, propia del Derecho romano continental.

En ese sentido, y como lo adelanta la Corte Suprema, el Decreto Ley 5 permitió la actuación de los tribunales militares en tiempo de guerra y la aplicación del Código de Justicia Militar. Como destaca Díaz Tolosa (2006), dicho procedimiento "da a los imputados infinitamente menores garantías procesales que cuando son encausados por tribunales y procedimientos de tiempo de paz" (p. 316). Por ello, la misma Díaz Tolosa (2006) indica que "[s]iendo la jurisdicción penal militar de tiempo de guerra cercenadora de los derechos procesales trascendentales del imputado, deben aplicarse los Convenios de Ginebra como debido contrapeso a esta jurisdicción abusiva, que por ello mismo solo se justifica en caso de guerra" (p. 319). De esta manera, el argumento supone que los agentes de la dictadura militar chilena, que se beneficiaron del régimen menos protector establecido mediante la aprobación del Decreto Ley 5, no pueden ahora negar que dicho régimen era en efecto aplicable cuando el mismo resulta perjudicial a sus intereses.

El argumento es original, pero no termina de ser convincente. La figura del *estoppel* supone que es el mismo individuo, entidad o Estado quien contradice su conducta previa, y contraviene así el principio fundamental de la buena fe. Resulta cuestionable, sin embargo, que dicha doctrina sea aplicable en este caso. Fue la Junta de Gobierno la que promulgó el Decreto Ley 5, declarando el estado de guerra interna. No parece haber mayor justificación para imponer un deber de no contradicción a agentes estatales u otros individuos que no participaron en la discusión o adopción de dicho decreto, incluso si algunos se beneficiaron indirectamente del mismo.

En cualquier caso, incluso si se aceptara que la prohibición de la contradicción entrega una posibilidad de invocación del Derecho Internacional Humanitario, esta debería estar limitada al ámbito de aplicación de los conflictos armados no internacionales. Sin embargo, como se explicará en la sección siguiente, la Corte Suprema ha ido mucho más lejos en su análisis, invocando sin mayor justificación normas de los Convenios de Ginebra que tienen un ámbito de aplicación exclusivo para los conflictos armados internacionales.

4.3. Los Convenios de Ginebra más allá del artículo 3 común

Como se explicaba en el segundo capítulo de este trabajo, el Derecho Internacional Humanitario cuenta con una distinta regulación convencional para conflictos armados internacionales y no internacionales. Así, mientras que la totalidad de los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo I Adicional (con sus 102 artículos) regulan los conflictos armados internacionales, los conflictos armados no internacionales se encuentran solo regidos por lo dispuesto en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, y el mucho más reducido Protocolo II Adicional (con apenas 28 artículos). Por otra parte, en lo relativo al Derecho Consuetudinario, si bien el Comité Internacional de la Cruz Roja ha sostenido que los regímenes de los CAI y CANI se encuentran en proceso de acercamiento, con normas que resultarían aplicables con independencia de la clasificación del conflicto (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005)[37], esa posición ha sido criticada por parte de la doctrina (Bellinger & Haynes, 2007; Dinstein, 2014). De hecho, incluso quienes sostienen que sería preferible contar con un régimen único que no distinga entre los tipos de conflictos armados, reconocen que aún no se ha llegado a dicho estado (Crawford, 2007).

Dicha diferencia, sin embargo, no ha sido considerada por la Corte Suprema. Por ejemplo, en el ya referido caso del homicidio de miembros de MIR en Choshuenco, y tras señalar que la situación chilena se encontraba regida por la normativa aplicable a los conflictos armados no internacionales, la Corte indicó que la decisión de primera instancia que declaraba prescrita la acción

(36) *Véase* también Corte Suprema, Rol 3125-2004.
(37) Según el estudio del CICR, de 161 normas de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario identificadas, 140 aplicarían a CANI (y 8 posiblemente también podrían aplicar a CANI).

penal era contraria, entre otras normas, a los artículos 147 y 148 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección de la población civil (Corte Suprema, Rol 559-2004).

En una serie de otras decisiones, y tras reconocer que la normativa aplicable a los conflictos armados no internacionales era el artículo 3 común, la Corte Suprema hizo referencia los artículos 105 y siguientes del III Convenio de Ginebra, y a los artículos 146, 147 y 148 del IV Convenio -todas ellas normas que resultan aplicables exclusivamente a los conflictos armados internacionales-, para desestimar la aplicación del Decreto Ley de Amnistía y/o sostener la imprescriptibilidad de los crímenes[38]. A mayor abundamiento, la Corte Suprema también ha hecho referencia a otras normas que son exclusivamente aplicables a conflictos armados internacionales, como la III Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, y el Protocolo I Adicional de los Convenios de Ginebra (Corte Suprema, Rol 5436-2010).

La doctrina chilena no ha examinado este asunto en mayor detalle. Si bien Salinas (2007) ha criticado que la Corte Suprema no distinga entre las normas aplicables a los CAI y los CANI, otros académicos no parecen encontrar un problema en la aproximación de la Corte Suprema. Así, el profesor Nogueira Alcalá (2006) también ha hecho referencia al artículo 146 del IV Convenio de Ginebra como normativa aplicable a la situación chilena, y ha sostenido que el Decreto Ley 2191 de Amnistía supone una vulneración abierta y flagrante de los Convenios de Ginebra. Igualmente lo ha hecho Matus (2006), con varias referencias al III y IV Convenio de Ginebra. Por su parte, Horvitz Lennon (2006) parece también ser favorable a dicha aproximación, puesto que indica que la tendencia internacional "es a equiparar el tratamiento del conflicto interno al paradigma del conflicto bélico de carácter internacional, reconduciéndolo a un mismo esquema normativo de atribución de responsabilidades del Estado por la infracción de las normas que regulan los conflictos armados" (p. 221). Resulta peculiar, sin embargo, que uno de los fundamentos entregados por Horvitz Lennon sea el desarrollo que significó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, toda vez que dicha adopción es muy posterior a los hechos que tuvieron lugar durante la dictadura militar chilena, y por lo demás, el mismo sigue manteniendo una distinción relevante entre crímenes cometidos en CAI y en CANI[39].

En cualquier caso, incluso de ser efectiva la cercanía entre ambos regímenes jurídicos, y en caso de poder sostenerse que el Derecho Internacional Humanitario también prohíbe las amnistías y la aplicación de la prescripción, no debe perderse de vista que dicha cercanía tiene lugar por medio de la aplicación del Derecho Internacional Consuetudinario, y no por una importación de reglas convencionales de un tipo de conflicto a otro. Los artículos citados del III y IV Convenio de Ginebra sin duda no son aplicables a los CANI, cuestión distinta es determinar si la norma subyacente ha adquirido el carácter de norma consuetudinaria aplicable a conflictos armados no internacionales. Si bien las Normas 159 y 160 del estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja indican que la prohibición de amnistía de crímenes de guerra y la no aplicación de las normas de prescripción aplicaría también a los CANI como costumbre internacional (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005), es necesario determinar que las normas habían adquirido ese carácter al momento de la comisión de los hechos, no bastando que tuviera tal carácter al momento del juicio. Nada de ello se encuentra en el examen realizado por la Corte Suprema.

5. La alternativa: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Como se ha explicado hasta ahora, la Corte Suprema chilena cuenta con una abultada jurisprudencia relativa a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario a los hechos que tuvieron lugar en Chile entre 1973 y 1990. Sin embargo, resulta cuestionable que la situación fáctica que estaba siendo analizada cumpliera con el umbral mínimo para la existencia de un

(38) Corte Suprema, Rol 2666-04; Corte Suprema, Rol 1528-2006; Corte Suprema, Rol 6188-2006; Corte Suprema, Rol 1489-2007; Corte Suprema, Rol 1528-2006; Corte Suprema, Rol 6212-2007; Corte Suprema, Rol 4662-2007; Corte Suprema, Rol 3907-2007; Corte Suprema, Rol 4691-2007; Corte Suprema, Rol 695-2008; Corte Suprema, Rol 4531-2008; Corte Suprema, Rol 921-2009; Corte Suprema, Rol 3378-2009; Corte Suprema, Rol 1984-2009; Corte Suprema, Rol 5720-2010; Corte Suprema, Rol 30598-2014; Corte Suprema, Rol 8706-2015; Corte Suprema, Rol 27627-2019.

(39) Compárese para estos efectos el artículo 8.2(a) y 8.2(b) del Estatuto de Roma, que establecen los crímenes de guerra aplicables a conflictos armados internacionales, con el artículo 8.2(c) y 8.2.(e) del mismo Estatuto, que establece una lista mucho más reducida de crímenes de guerra aplicables a conflictos armados no internacionales.

conflicto armado no internacional, que requiere una cierta intensidad de las hostilidades y organización de los grupos involucrados. Si bien la conclusión fáctica aquí formulada es esencialmente preliminar, puesto que requiere un análisis más profundo de los eventos históricos relevantes, no hay duda de que el análisis realizado por los tribunales superiores de justicia en Chile no ha considerado ninguno de estos elementos, ni ha entregado elementos que permitan dar por verificado el umbral de los CANI, limitándose a hacer referencia al Decreto Ley 5 sin explicar por qué este es suficiente para hacer aplicable el Derecho Internacional Humanitario. En su mejor versión, la Corte Suprema ha dado aplicación al principio de prohibición de contradicción -cuya relevancia para los casos resulta a lo menos controversial-, pero ha hecho caso omiso a aspectos fundamentales del Derecho Internacional Humanitario, como la diferencia en el derecho aplicable a los conflictos armados internacionales y los conflictos armados no internacionales.

Lo anterior, sin embargo, no significa que el Decreto Ley de Amnistía deba ser aplicable a los hechos ocurridos en la dictadura militar chilena, o que la prescripción deba servir como una barrera a la persecución penal de estos hechos. En efecto, descartada la aplicación de las normas de los Convenios de Ginebra, resta preguntarse si existía otra alternativa para la Corte Suprema que fuera compatible con las normas del Derecho Internacional.

En lo que sigue, se esbozan algunas alternativas que permitirían a los tribunales chilenos juzgar a aquellos individuos responsables por graves crímenes internacionales, aplicando el estatuto normativo adecuado. Como ya se adelantaba, sostener que un periodo histórico no se encuentra gobernado por las normas de Derecho Internacional Humanitario no supone, en caso alguno, afirmar que no existe protección internacional para las víctimas. Por el contrario, es precisamente ahí donde cobra especial relevancia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que otorga una protección más robusta a las víctimas, y que sí opera en casos de disturbios internos como los ocurridos en Chile.

Esta propuesta no es, por cierto, realmente novedosa: la Corte Suprema ya ha considerado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en sus decisiones. Sin embargo, lo ha hecho confundiéndolo con el Derecho Internacional Humanitario, como si ambos se trataran de la misma rama del Derecho Internacional. Por ejemplo, la Corte ha señalado que la obligación de respetar y promover los derechos humanos deriva del artículo 1 de los Convenios de Ginebra[40]. En otras oportunidades, la Corte Suprema ha indicado que los Convenios de Ginebra forman parte de la normativa internacional de derechos humanos[41].

Dicha confusión conceptual no es irrelevante. Como se adelantaba, la aplicación del Derecho Internacional Humanitario supone una menor protección para las personas frente a los hechos de violencia. La decisión de la Corte Suprema presenta así un problema doble: por una parte, la invocación del Derecho Internacional Humanitario presenta impropiamente los hechos ocurridos en la dictadura como una oposición entre fuerzas armadas y grupos organizados en un estado de guerra, en circunstancias que la historia señala que el periodo se corresponde más bien con un “estado de terror” (Correa *et al.,* 2001, p. 281). En efecto, durante la dictadura militar, la violencia estatal no fue respuesta y resultado de un enfrentamiento con grupos no estatales, sino un caso de terrorismo de Estado y represión injustificada y brutal. Por otra parte, y aún más grave, la aplicación del Derecho Internacional Humanitario por la Corte Suprema disminuye la protección de los miembros de grupos de resistencia, que ya no gozarían de la plenitud de la protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que podrían ser blancos legítimos de violencia en su calidad de supuestos combatientes.

Es precisamente esta menor protección que entrega el Derecho Internacional Humanitario la que explica que la posición de la guerra interna no solo sea la postura adoptada por la Corte Suprema sino también por las Fuerzas Armadas -incluso tras el retorno la democracia-, en tanto ella le permitía justificar parciamente los hechos de violencia. Por ejemplo, el Ejército de

(40) *Véase* en ese sentido Corte Suprema, Rol 1528-2006; Corte Suprema, Rol 921-2009; Corte Suprema, Rol 3378-2009; Corte Suprema, Rol 1984-2009; Corte Suprema, Rol 9474-2009.

(41) *Véase* en ese sentido Corte Suprema, Rol 6823-2009; Corte Suprema, Rol 31945-2014; Corte Suprema, Rol 17015-2015; Corte Suprema, Rol 173-2016; Corte Suprema, Rol 20567-2015; Corte Suprema, Rol 20166-2015; Corte Suprema, Causa Rol 34057-2016; Corte Suprema, Rol 28581-2016; Corte Suprema, Rol 44074-2016; Corte Suprema, Rol 7947-2017; Corte Suprema, Rol 39732-2017; Corte Suprema, Rol 2458-2018; Corte Suprema, Rol 2458-2018.

Chile, en su presentación a la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, señaló que Chile vivía un estado de guerra civil. Entre los factores que el Ejército consideró más relevantes para detectar la existencia de una guerra civil, se incluyó: "víctimas fatales y heridos en todos los sectores; familias divididas, una economía devastada, los poderes públicos superados por los acontecimientos y en definitiva el restablecimiento de la paz y del imperio de derecho mediante el uso de la fuerza por parte de sus legítimos detentadores: Las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile" (citado en Díaz Tolosa, 2006, p. 314). Más allá de que los factores mencionados no cumplen con los elementos ya examinados de los CANI, el discurso no es neutral y el uso de los términos tiene un objetivo claro: la referencia a la guerra busca intentar igualar los hechos de violencia de ambos lados -en circunstancias que jamás fueron equivalentes- y legitimar el actuar de las Fuerzas Armadas y de Orden.

Pues bien, a pesar de hacer referencias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a los crímenes de lesa humanidad en sus decisiones, la Corte Suprema parece considerar que estos estatutos normativos están irremediablemente vinculados a la existencia de un conflicto armado. Así se explica que la Corte sostenga que, en caso de no aplicar el artículo 3 común y considerarse que el caso corresponde a disturbios internos, el gobierno tendría derecho "a dejar a los heridos sin asistencia, a infligir torturas o mutilaciones o a realizar ejecuciones sumarias" (Corte Suprema, Rol 6212-2007, considerando 9)[42].

Similar confusión se identifica en la doctrina. Así, Díaz Tolosa (2006) indica que "no hay razón alguna -ni aun la baja intensidad de los enfrentamientos- para dejar afuera todo principio humanitario, pues de ser así habría que resignarse al abandono completo de la exigencia mínima de humanidad en los conflictos bélicos, que constantemente ha inspirado el Derecho Internacional Humanitario" (p. 322). En consecuencia, señala que incluso en casos de tensiones o disturbios internos, los Convenios de Ginebra o al menos sus principios generales deberían aplicarse en su calidad de normas intransgredibles de Derecho Internacional Consuetudinario, y en particular la protección mínima del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, sosteniendo además también que las normas de Derecho Internacional Humanitario deberían aplicarse por analogía. La misma idea es reiterada por la misma autora en otra publicación, donde sostiene que si bien el Derecho Internacional Humanitario opera en casos de conflicto armado, "ciertas normas del DIH, por ser normas de Derecho Consuetudinario y de Derecho Internacional general con la categoría de ius cogens internacional, cuyos principios fundantes son de aplicación imperativa, general y universal, debieran aplicarse en el foro interno de los Estados no solo en tiempos de belicosidad, sino también en tiempos de paz, en caso de violación de derechos fundamentales" (Díaz Tolosa, 2012, p. 282).

La posición de Díaz Tolosa se justificaría si no existiera otro régimen aplicable. Pero como ya se adelantaba, y considerando que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no solo es pertinente, sino que otorga mayor protección que el Derecho Internacional Humanitario, la aplicación por analogía de este último régimen legal resulta no solo innecesaria sino incluso contraproducente. Por lo demás, la referencia a que el Derecho Humanitario debería aplicarse como Derecho Consuetudinario resulta difícil de entender: en su dimensión de costumbre internacional, el Derecho Humanitario se encuentra igualmente limitado a la aplicación en circunstancias de conflictos armados.

Como se ha adelantado, existe un camino alternativo: la Corte Suprema puede y debe examinar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de manera autónoma, y de esta manera determinar si existe alguna regulación que prohíba la aplicación de la prescripción y/o de la amnistía respecto de crímenes cometidos fuera del contexto de un conflicto armado. El candidato más próximo es la regulación de los crímenes de lesa humanidad. De hecho, la misma Corte Suprema ha calificado los hechos que tuvieron lugar en la dictadura como crímenes de lesa humanidad -aun cuando lo ha hecho invocando erróneamente los Convenios de Ginebra, que se vinculan más bien con los crímenes de guerra[43]-.

(42) *Véase*, en el mismo sentido, Corte Suprema, Rol 3907-2007; Corte Suprema, Rol 695-2008; Corte Suprema, Rol 921-2009; Corte Suprema, Rol 3378-2009.

(43) *Véase* Corte Suprema, Rol 1528-2006; Corte Suprema, Rol 6212-2007; Corte Suprema, Rol 4691-2007; Corte Suprema, Rol 695-2008; Corte Suprema, Rol 921-2009; Corte Suprema, Rol 3378-2009; Corte Suprema, Rol 1984-2009; Corte Suprema, Rol 11983-2014; Corte Suprema, Rol 32454-2014; Corte Suprema, Rol 14283-2015; Corte Suprema, Rol 173-2016; Corte Suprema, Rol 20567-2015; Corte Suprema, Rol 2458-2018.

Pues bien, existe un amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinario a nivel internacional que permitiría, por ejemplo, sustentar la inaplicabilidad de la auto-amnistía respecto de estos crímenes internacionales o no admitir la aplicabilidad de la prescripción, sin necesidad de sostener la existencia de un conflicto armado. De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha señalado expresamente en varias oportunidades. En el caso Barrios Altos vs. Perú (2001), la Corte señaló que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (párr. 41). Asimismo, en Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú (2004), la Corte indicó que "el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria" (párr. 232).

Más adelante, y en el caso particular de la situación chilena, la Corte Interamericana indicó que las leyes de amnistía con las características de la chilena "conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella" (Almonacid Arellano vs. Chile, 2006, párr. 119). Por ello, la Corte indicó que el Decreto Ley de Amnistía "carece de efectos jurídicos" (Almonacid Arellano vs. Chile, 2006, párr. 145). Por su parte, en lo que respecta a la prescripción, la Corte indicó que "el Estado no podrá argumentar prescripción […] para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables" (Almonacid Arellano vs. Chile, 2006, párr. 141).

Esta posición ha sido compartida por la doctrina. Por ejemplo, Ambos (1999) ha indicado que una autoamnistía, "es a todo evento violatoria del Derecho Internacional" (p. 130). En términos similares, Werle & Jeberger (2014) han indicado que "las amnistías generales por crímenes de Derecho Internacional son inadmisibles según el Derecho Internacional Consuetudinario"[(44)].

Desde otra perspectiva, Jackson (2007) ha adoptado una visión más crítica, que rechaza las afirmaciones generales sobre la ilegalidad de las amnistías. Crucialmente, Jackson no considera que todas las amnistías estén prohibidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en tanto ellas podrían eventualmente estar justificadas como una hipótesis de derogación del deber de perseguir, admisible en casos de emergencia pública bajo el mismo régimen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, en el caso chileno, Jackson sostiene que la autoamnistía chilena no cumpliría con esos requisitos, y, en consecuencia, sería ilegal y acarrearía la responsabilidad del Estado por no cumplir con el deber, derivado del Derecho Consuetudinario, de perseguir estos crímenes internacionales.

El análisis aquí presentado sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las obligaciones de los Estados relativo a la persecución de crímenes internacionales requiere un estudio más extenso que el que aquí puede formularse. Suficiente es señalar que existen buenos antecedentes que permitirían a los tribunales chilenos dejar sin efecto la auto-amnistía y no considerar la prescripción sin necesidad de acudir a la normativa de los Convenios de Ginebra u otras normas de Derecho Internacional Humanitario. Si bien existen decisiones de la Corte Suprema en ese sentido (Corte Suprema, Rol 24558), también continúan existiendo referencias a los Convenios de Ginebra en fallos más recientes, que insisten en aplicar este régimen jurídico a los hechos que tuvieron lugar durante la dictadura militar chilena (Corte Suprema, Rol 33547-2018).

Como se ha sostenido en este artículo, la aplicación de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la figura de los crímenes de lesa humanidad permite no solo una mayor protección de las víctimas, sino que presenta un análisis jurídico que puede ser consistente con la realidad de los hechos de violencia. Como ya se explicaba, invocar el Derecho Internacional Humanitario supone utilizar un régimen jurídico que presupone la existencia de una cierta equivalencia entre las fuerzas que se enfrentan, y la autorización del uso de fuerza letal contra los enemigos. La situación chilena, en cambio, se corresponde más con una represión unilateral, con violencia de amplio alcance y que no se condecía con la necesidad de reaccionar ante una resistencia organizada. Al igual que el reconocimiento de la verdad histórico, es necesario también que el derecho refleje adecuadamente esa realidad.

(44) Traducción propia, original en inglés.

Referencias bibliográficas

Akande, D. (2019). La clasificación de los conflictos armados: los conceptos jurídicos relevantes. *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional, 8*, 77-144.

Álvarez, R. (2008). Aún tenemos patria, ciudadanos. El Partido Comunista de Chile y la salida no pactada de la dictadura (1980-1988). En V. Valdivia , R. Álvarez, J. Pinto, K. Donoso & S. Leiva (eds.), *Su revolución contra nuestra revolución. Vol. II. La pugna marxista-gremialista en los ochenta* (pp. 19-82).

Ambos, K. (1999). *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Ad-Hoc.

Bellinger, J. & Haynes W. (2007). A US government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law. *International Review of the Red Cross, 89*(866), 443-471.

Cavallo, A., Salazar, M. & Sepúlveda, O. (1997). *La historia oculta del régimen militar: memoria de una época, 1973-1988*. Grijalbo.

Collins, C. (2013). Chile a más de dos décadas de justicia de transición. *Política / Revista de Ciencia Política, 51*(2), 79-113.

Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. (1996). *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (Comisión Rettig). Corporación Nacional de la Reparación y Reconciliación.

Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. (2004). *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura* (Comisión Valech I).

Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. (2005). *Nómina de personas reconocidas como víctimas en etapa de reconsideración*.

Comisión Presidencial Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura. (2011). Informe de la Comisión (Comisión Valech II).

Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (1971). *Document V: Protection of victims of non-international armed conflicts. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*. Disponible en: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC-conference_Vol-5.pdf

Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (1978). Protection and assistance in situations not covered by international humanitarian law. *International Review of the Red Cross, 18*(205), 210-214.

Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (1987). *Commentary on Protocol II Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/475

Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (2014). The International Committee of the Red Cross's (ICRC's) role in situations of violence below the threshold of armed conflict. *International Review of the Red Cross, 96*(893), 275-304.

Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (2015). *Derecho Internacional Humanitario: Respuestas a sus preguntas*.

Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (2020). *Commentary on the Third Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=77CB9983BE01D004C12563CD002D6B3E&action=openDocument

Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. (1996). *Informe sobre la calificación de víctimas de violaciones a los derechos humanos y de la violencia política*.

Correa, S., Figueroa, C., Jocelyn-Holt, A., Rolle, C. & Vicuña, M. (2001). *Historia del siglo XX chileno*. Editorial Sudamericana.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001, 14 de marzo). Caso Barrios Altos vs. Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004, 8 de julio). Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, 26 de setiembre). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.

Corte Internacional de Justicia. (1984): *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Judgment, I.C.J. Reports.

Corte Suprema de Chile. (1996, 3 de diciembre). Sentencia Causa Rol 263-96.

Corte Suprema de Chile. (2005, 4 de agosto). Sentencia Causa Rol 457-2005.

Corte Suprema de Chile. (2006, 13 de diciembre). Sentencia Causa Rol 559-2004.

Corte Suprema de Chile. (2007, 18 de enero). Sentencia Causa Rol 2666-04.

Corte Suprema de Chile. (2007, 13 de marzo). Sentencia Causa Rol 3125-2004.

Corte Suprema de Chile. (2007, 10 de mayo). Sentencia Causa Rol 3452-2006.

Corte Suprema de Chile. (2007, 13 de noviembre). Sentencia Causa Rol 6188-2006.

Corte Suprema de Chile. (2007, 27 de diciembre). Sentencia Causa Rol 1489-2007.

Corte Suprema de Chile. (2007, 27 de diciembre). Sentencia Causal Rol 3587-2005.

Corte Suprema de Chile. (2007, 27 de diciembre). Sentencia Causa Rol 3925-2005.

Corte Suprema de Chile. (2008, 24 de enero). Sentencia Causa Rol 1528-2006.

Corte Suprema de Chile. (2008, 13 de mayo). Sentencia Causa Rol 3872-2007.

Corte Suprema de Chile. (2008, 25 de setiembre). Sentencia Causa Rol 4662-2007.

Corte Suprema de Chile. (2008, 29 de octubre). Sentencia Causa Rol 6212-2007.

Corte Suprema de Chile. (2009, 21 de enero). Sentencia Causa Rol 3907-2007.

Corte Suprema de Chile. (2009, 28 de enero). Sentencia Causa Rol 4691-2007.

Corte Suprema de Chile. (2009, 9 de marzo). Sentencia Causa Rol 695-2008.

Corte Suprema de Chile. (2009, 25 de marzo). Sentencia Causa Rol 4531-2008.

Corte Suprema de Chile. (2009, 13 de agosto). Sentencia Causa Rol 921-2009.

Corte Suprema de Chile. (2009, 29 de setiembre). Sentencia Causa Rol 3378-2009.

Corte Suprema de Chile. (2009, 3 de diciembre). Sentencia Causa Rol 1984-2009.

Corte Suprema de Chile. (2010, 18 de mayo). Sentencia Causa Rol 3302-2009.

Corte Suprema de Chile. (2010, 21 de diciembre). Sentencia Causa Rol 9474-2009.

Corte Suprema de Chile. (2011, 25 de enero). Sentencia Causa Rol 5698-2009.

Corte Suprema de Chile. (2011, 22 de junio). Sentencia Causa Rol 5436-2010.

Corte Suprema de Chile. (2011, 11 de julio). Sentencia Causa Rol 5285-2010.

Corte Suprema de Chile. (2011, 25 de agosto). Sentencia Causa Rol 6823-2009.

Corte Suprema de Chile. (2011, 9 de noviembre). Sentencia Causal Rol 5969-2010.

Corte Suprema de Chile. (2012, 7 de marzo). Sentencia Causa Rol 5720-2010.

Corte Suprema de Chile. (2014, 23 de diciembre). Sentencia Causa Rol 11983-2014.

Corte Suprema de Chile. (2015, 29 de abril). Sentencia Causa Rol 24558-2014.

Corte Suprema de Chile. (2015, 21 de julio). Sentencia Causa Rol 32454-2014.

Corte Suprema de Chile. (2015, 1 de diciembre). Sentencia Causa Rol 30598-2014.

Corte Suprema de Chile. (2015, 15 de diciembre). Sentencia Causa Rol 31945-2014.

Corte Suprema de Chile. (2016, 11 de enero). Sentencia Causa Rol 8706-2015.

Corte Suprema de Chile. (2016, 29 de enero). Sentencia Causa Rol 17015-2015.

Corte Suprema de Chile. (2016, 18 de mayo). Sentencia Causa Rol 14283-2015.

Corte Suprema de Chile. (2016, 20 de junio). Sentencia Causa Rol 173-2016.

Corte Suprema de Chile. (2016, 21 de junio). Sentencia Causa Rol 20567-2015.

Corte Suprema de Chile. (2016, 20 de julio). Sentencia Causa Rol 20166-2015.

Corte Suprema de Chile. (2016, 8 de setiembre). Sentencia Causa Rol 27627-2019.

Corte Suprema de Chile. (2016, 6 de octubre). Sentencia Causa Rol 34057-2016.

Corte Suprema de Chile. (2016, 24 de octubre). Sentencia Causa Rol 28581-2016.

Corte Suprema de Chile. (2016, 24 de octubre). Sentencia Causa Rol 44074-2016.

Corte Suprema de Chile. (2017, 12 de setiembre). Sentencia Causa Rol 7947-2017.

Corte Suprema de Chile. (2018, 14 de mayo). Sentencia Causa Rol 39732-2017.

Corte Suprema de Chile. (2019, 25 de julio). Sentencia Causa Rol 2458-2018.

Corte Suprema de Chile. (2021, 23 de agosto). Sentencia Causa Rol 22547.

Crawford, E. (2007). Unequal before the Law: The Case for the Elimination of the Distinction between International and Non-international Armed Conflicts. *Leiden Journal of International Law, 20*(2), 441-465.

Díaz Tolosa, R. (2006). Aplicación de los Convenios de Ginebra por los tribunales de justicia chilenos. *Revista Chilena de Derecho, 33*(2), 305-327.

Díaz Tolosa, R. (2012). Aplicabilidad en el ámbito interno y en tiempos de paz de las normas de ius cogens del Derecho Internacional Humanitario. *Estudios Constitucionales, 10*(2), 281-322.

Dinstein, Y. (2014). *Non-International Armed Conflicts in International Law.* Cambridge University Press.

El Mercurio. (1987, 17 de junio). *12 muertos en batidas contra el terrorismo*.

Galdámez Zelada, L. (2012). Incidencia de los tratados y del ius cogens internacional en el tratamiento de graves violaciones a los derechos humanos en Chile. *Revista de Derecho Público*, *77*, 295-319.

González, M. (2012). *La Conjura: Los mil y un días del golpe*. Catalonia.

Henckaerts, J-M. & Doswald-Beck, L. (2005). *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*.

Horvitz, M. (2006). Amnistía y Prescripción en Causas sobre Violación de Derechos Humanos en Chile. *Anuario de Derechos Humanos, 2,* 217-225.

Irigoin, J. & Espaliat, A. (2003). Las normas de Derecho Internacional Humanitario que rigen los

conflictos armados sin carácter internacional: su aplicación en Chile. *Estudios Internacionales, 36*(143), 151-163.

Jackson, M. (2007). The customary international law duty to prosecute crimes against humanity: A new framework. *Tulane Journal of International and Comparative Law, 16*(1), 117-156.

Kolb, R. (1998) La bonne foi en droit international public. *Revue Belge de Droit International, 31*(2), 661-732.

La Cuarta. (1987, 16 de junio). Abatido extremista que se agarró a tunazos con patrulla de seguridad. *Diario La Cuarta*.

La Haye, E. (2008). *War crimes in internal armed conflicts*. Cambridge University Press.

La Tercera. (1987, 16 de junio). *4 extremistas mueren a tiros en enfrentamientos*.

Matus, J. (2006). Informe sobre la ejecución de la sentencia en el caso Almonacid presentado a la Cámara de Diputados. *Ius et Praxis, 12*(2), 385-396.

Melzer, N. (2019). *Derecho Internacional Humanitario: Una introducción integral*. Comité Internacional de la Cruz Roja.

Moir, L. (2004). *The Law of Internal Armed Conflict*. Cambridge University Press.

Nogueira Alcalá, H. (2005). Decreto Ley de Amnistía 2.191 de 1978 y su armonización con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista de Derecho (Valdivia), 18*(2). https://revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/741

Nogueira Alcalá, H. (2006). Informe pericial ante Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Decreto Ley 2191 de Amnistía de fecha 19 de abril de 1978. *Revista Ius et Praxis, 12*(1), 251-274.

O'Connell, M. (2013). Historical Development and Legal Basis. En D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*. Oxford University Press.

Pica, R. (2005). La Convención Americana de Derechos Humanos y las autoamnistías de los Estados por violaciones a los derechos humanos, Chile y el caso del DL 2191. *Estudios Constitucionales, 3*(2), 141-161.

Pinto, J. (2006). ¿Y la historia les dio la razón? El MIR en dictadura, 1973-1981. En V. Valdivia, R. Álvarez & J. Pinto (eds.), *Su revolución contra nuestra revolución. Izquierdas y derechas en el Chile de Pinochet (1973-1981)* (pp. 153-205). LOM Ediciones.

Pinto, J. & Leiva, S. (2008). Punto de quiebre: El MIR en los ochenta. En V. Valdivia, R. Álvarez, J. Pinto, K. Donos & S. Leiva (eds.), *Su revolución contra nuestra revolución. Vol. II. La pugna marxista-gremialista en los ochenta* (pp. 19-82). LOM Ediciones.

Politzer, P. (1988*). La ira de Pedro y los otros*. Grupo Planeta.

Politzer, P. (2013). *Altamirano*. Random House Mondadori.

Salinas, H. (2007). Aplicación del Derecho Internacional y caso Choshuenco: Legalidad y seguridad jurídica vulneradas. En A. Fermandois & J. García, *Sentencias Destacadas 2006. Una mirada desde las políticas públicas* (pp. 99-125). Libertad y Desarrollo.

Salmón, E. (2016). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos.

Sassòli, M. (2020). International Humanitarian Law and International Human Rights Law. En B. Saul & D. Akande (eds.), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*. Oxford University Press.

Sivakumaran, S. (2012). *The Law of Non-International Armed Conflict*. Oxford University Press.

Skoknic, F. (s. f.). *Paren las prensas: "extremistas" abatidos en "enfrentamientos"*. Los Casos de la Vicaría. http://www.casosvicaria.cl/temporada-dos/paren-las-prensas-extremistas-abatidos-en-enfrentamientos/

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (1995, 2 de octubre). Prosecutor v. Dusko Tadić.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (2008, 3 de abril). Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimaj.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (2008, 10 de julio). Prosecutor v. Ljube Boškoski and Johan Tarčulovski.

Valdivia, V. (2006). Izquierdas y derechas en los años setenta: la reversión de la historia. En V. Valdivia, R. Álvarez & J. Pinto (eds.), *Su revolución contra nuestra revolución. Izquierdas y derechas en el Chile de Pinochet (1973-1981)* (pp. 207-225). LOM Ediciones.

Vité, S. (2009). Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations. *International Review of the Red Cross, 91*(873), 69-94.

Werle, G. & Jeßberger, F. (2014). *Principles of International Criminal Law*. Oxford University Press.

Wilmhurst, E. (2012). Introduction. En E. Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*. Oxford University Press.

Wilmhurst, E. & Breau, S. (eds.) (2007). *Perspectives on the ICRC study on customary international humanitarian law*. Cambridge University Press.

Zalaquett, J. (2007). El Caso Almonacid. La Noción de una Obligación Imperativa de Derecho Internacional de Enjuiciar Ciertos Crímenes y la Jurisprudencia Interamericana sobre Leyes de Impunidad. *Anuario de Derechos Humanos, 3,* 183-194.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.003

La implementación en el ordenamiento interno de obligaciones emanadas del Derecho Penal Internacional con especial énfasis en los crímenes internacionales: Una mirada a los procesos en Colombia, Perú y Venezuela(*)(**)(***)

The implementation of International Criminal Law obligations - particularly international crimes within domestic systems: An overview of processes in Colombia, Peru and Venezuela

Juan Carlos Ospina(****)
Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia)

Michelle Reyes Milk(*****)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Andrea Santacruz Salazar(******)
Universidad Metropolitana (Caracas, Venezuela)

Resumen: América Latina no ha sido ajena a situaciones de conflicto armado u otras situaciones de violencia. Dichas situaciones nos exigen análisis con enfoques teóricos, así como prácticos. Un factor esencial en estos análisis ha sido -y continúa siendo- la necesidad de asegurar la compatibilidad de los ordenamientos jurídicos nacionales con el Derecho Penal Internacional, con el fin último de luchar contra la impunidad y prevenir la comisión de crímenes internacionales. Ello se traduce en la necesidad de llevar a cabo una implementación integral de las obligaciones emanadas de los tratados relevantes sobre la materia ratificados por los países. Este factor puede garantizar que los países de la región tengan las herramientas jurídicas adecuadas para realizar una

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 29 de setiembre de 2021 y su publicación fue aprobada el 30 de noviembre de 2021.

(**) Todas las opiniones vertidas son a título personal de los autores del artículo.

(***) Los autores desean agradecer encarecidamente a Carmela García por su valioso apoyo en este artículo, incluyendo en investigación y edición.

(****) Profesor en la Universidad de los Andes (Colombia). Asesor Jurídico en la Comisión Colombiana de Juristas (Bogotá, Colombia) y docente de la Universidad de los Andes. Abogado, Especialista en Cultura de Paz, Magíster en Derechos Humanos y candidato a Doctor por la Universidad de los Andes. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5587-1220. Correo electrónico: jc.ospinar1@uniandes.edu.co.

(*****) Profesora Ordinaria del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), (Lima, Perú). Consultora en Justicia Internacional, actualmente desempeñándose como Consultora para las organizaciones Women's Initiatives for Gender Justice (La Haya, Países Bajos), No Peace Without Justice (Bruselas, Bélgica), y Due Process of Law Foundation (Washington D.C., EEUU). Abogada por la PUCP (mención sobresaliente) y Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid (mención sobresaliente). ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2909-5026. Correo electrónico: reyes.michelle@pucp.edu.pe.

(******) Profesora de la Universidad Metropolitana - UNIMET (Caracas, Venezuela). Jefa del Departamento de Estudios Jurídicos de la UNIMET y profesora en las cátedras de Derecho Penal, Derecho Penal de los Negocios, Derechos Humanos y Análisis Jurídico en esa misma casa de estudios. Es encargada del Departamento de Estudios Internacionales UNIMET, y Directora Ejecutiva del Centro de Derechos Humanos de la UNIMET. Abogada (Summa Cum Laude) por la UNIMET, Máster en Gerencia Tributaria de Empresas (honores) (UNIMET), y Especializada en Ciencias Penales y Criminológicas (Universidad Central de Venezuela). Actualmente cursa el Doctorado en Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0059-4788. Correo electrónico: asantacruz@unimet.edu.ve.

debida calificación jurídica de las situaciones de conflicto armado o de violencia que puedan ser consideradas como crímenes internacionales y delitos relacionados con el uso de la fuerza por parte de autoridades del Estado; para proceder a una aplicación del marco jurídico respectivo según las características que se reúnan en un contexto y tiempo específico; y para poder judicializar las conductas respectivas con tipos penales que atiendan tanto a la naturaleza de los hechos como al contexto en el que los mismos se llevan a cabo. De este modo, el artículo incluye un análisis del estado de la implementación de las obligaciones internacionales de Colombia, Perú y Venezuela en materia de crímenes internacionales, así como, donde es relevante, de los delitos relacionados con el uso de la fuerza por parte de autoridades del Estado. Con ellos, se busca constatar los aciertos y los vacíos normativos, las prácticas legislativas en la forma de implementación, así como los aportes jurisprudenciales que han complementado los marcos jurídicos existentes.

Palabras clave: Derecho Penal Internacional - Derecho Internacional Humanitario - Corte Penal Internacional - Crímenes de Guerra - Crímenes de Lesa Humanidad - Convenios de Ginebra - Estatuto de Roma - Conflicto Armado - Genocidio - Colombia - Perú - Venezuela

Abstract: Latin America has not been unaffected by situations of armed conflict or other situations of violence. These situations require analysis from both theoretical and practical approaches. A key component of these analysis has been - and continues to be - the need to guarantee the compatibility of national legal systems with International Criminal Law, with the aim of fighting against impunity and to prevent the commission of international crimes. This translates into the need to carry out a comprehensive implementation of obligations arising from relevant treaties in this area ratified by States. This factor could guarantee that countries in the region have adequate legal tools to make a correct legal assessment of armed conflicts or situations of violence which may amount to international crimes and crimes related to the use of force by State agents; in order to apply the relevant legal framework according to the characteristics of a specific context and time; and to *prosecute* criminal conducts using the criminal offenses that best respond to the nature of the events and the context in which they took place. In this sense, this paper contains an analysis of the status of the national implementation in Colombia, Peru and Venezuela of international obligations regarding international crimes as well as, where relevant, crimes related to the use of force by State agents. Thus, the authors aim at identifying legislative successes and gaps, regulatory practices for implementation, as well as the contributions of case-law that have complemented current legal frameworks.

Keywords: International Criminal Law - International Humanitarian Law - International Criminal Court - War Crimes - Crimes Against Humanity - Geneva Conventions - Rome Statute - Armed Conflict - Genocide - Colombia - Peru - Venezuela

1. Introducción

Colombia, Perú y Venezuela son tres países que han atravesado situaciones de violencia complejas que, en el caso de Colombia y Perú, han constituido conflictos armados no internacionales, y han llevado a la investigación de crímenes de lesa humanidad, en el caso de Venezuela.

En el caso de Colombia, por más de siete décadas se llevó a cabo un conflicto armado no internacional (CANI) entre el gobierno de Colombia, representado por las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Seguridad, y el grupo armado de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP), que terminó con un Acuerdo de Paz. Empero, Colombia ha sido escenario de no uno sino diversos conflictos armados, que reunieron, y en algunos casos reúnen, a otros actores como el Ejército de Liberación Nacional (ELN); las AUC (Autodefensas Unidas de Colombia); el EPL (Ejército Popular de Liberación), las llamadas BACRIM- bandas criminales conformadas por paramilitares desmovilizados, pero también por bandas relacionadas al narcotráfico; y Grupos Armados Organizados Residuales (GAOR), tales como estructuras residuales de FARC-EP que no se acogieron al proceso de desmovilización tras la firma del Acuerdo de Paz con el gobierno en el 2016 (Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR], 2018).

En el caso del Perú, según lo afirmado y evaluado por el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación [CVR] (2003), se vivió un conflicto armado no internacional que tuvo una duración de 20 años y seis meses, teniendo como fecha de inicio el 17 de mayo de 1980, día en que se celebraba las elecciones presidenciales, cuando el grupo armado Sendero Luminoso quemó las ánforas electorales en el distrito de Chuschi (Cangallo, Ayacucho) dejando marcado desde entonces su deseo de auto marginarse del proceso democrático. Por su parte, la CVR ha señalado como fecha del fin del conflicto el mes de noviembre del 2000, tras el abandono del territorio por parte del expresidente Alberto Fujimori y su subsiguiente renuncia desde el exterior. El CANI que se desarrolló en Perú se caracterizó por una comisión

de crímenes internacionales, así como actos de terrorismo. Otras partes se unieron al conflicto y se enfrentaron entre ellas: el Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (MRTA), y grupos paramilitares como el Grupo Colina y el Comando Rodrigo Franco. En su Informe Final, la CVR determinó que Sendero Luminoso fue responsable del 46% de las muertes y desapariciones reportadas durante su investigación; los agentes del Estados fueron responsables del 30% de las víctimas; y el restante 24% fue atribuido a otros actores (MRTA, paramilitares, rondas campesinas, entre otros) (2003, p. 46). En la actualidad, remanentes de Sendero Luminoso -autoidentificados como Militarizado Partido Comunista del Perú- sostienen enfrentamientos con agentes de seguridad en la zona del VRAEM (Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro), con grados variantes de intensidad que llevan a una falta de uniformidad en torno a la calificación de las hostilidades, en gran parte debido a la falta de información (Gurmendi, 2017).

Por su parte, desde hace más de una década, Venezuela vive una situación de crisis de gobernabilidad e institucionalidad en el marco de un gobierno dictatorial responsable por la comisión de graves violaciones a los derechos humanos que reúnen los elementos para caracterizarse como crímenes de lesa humanidad (Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela [MII], 2020). En este contexto, los niveles de violencia y enfrentamientos entre opositores al gobierno y fuerzas armadas y de seguridad se encuentran por debajo del umbral de un conflicto armado- por los criterios de organización e intensidad. Estos enfrentamientos se han dado principalmente en el marco de protestas masivas llevadas a cabo contra el gobierno, y han sido significativas en cuanto a su frecuencia, llevándose a cabo miles de ellas desde el año 2014 (MII, 2020, pp. 15-16).

Dada esta situación -la que se ha vivido, la que se vive, y la que se podría vivir- la necesidad de contar con una implementación adecuada de las obligaciones asumidas en virtud del Estatuto de Roma y el Derecho Penal Internacional (DPI), en particular respecto a la tipificación de los crímenes internacionales, cobra una relevancia particular en la región, incluyendo estos tres países. La tarea de implementación, sin embargo, es una tarea pendiente que se remonta a varias décadas, y se da no sólo de cara al Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, sino también de otras disposiciones relevantes del Derecho Internacional, incluyendo la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977. Tanto Colombia como Perú y Venezuela han ratificado la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio(1), los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales I y II(2), así como el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional(3).

En el siguiente trabajo, abordaremos entonces los distintos procesos de implementación de los crímenes internacionales con distinciones en cada uno de estos países. Este proceso de implementación va a abarcar, en especial, la implementación de las tres categorías originarias de crímenes internacionales contemplados en el Estatuto de Roma -los crímenes de guerra, especialmente en el caso colombiano, los crímenes de lesa humanidad y el crimen de genocidio- y, donde es aplicable, también el crimen de agresión, por lo que incluiremos referencias a la implementación de los crímenes del Estatuto en su integridad en el caso de Perú y Venezuela.

En esta medida, se tomará como referencia la definición de los crímenes internacionales según el Estatuto de Roma. Así, se entiende por genocidio "cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal" (Estatuto de Roma, 1998, artículo 6). El listado de actos comprende la matanza de miembros del grupo; la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; las medidas destinadas a impedir nacimientos

(1) Colombia ratificó la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en 1959; Perú lo hizo en 1960 y Venezuela en 1960. *Véase* Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio. (1948, 12 de setiembre). *Comité Internacional de la Cruz Roja.* https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm.

(2) Colombia ratificó los cuatro Convenios de Ginebra en 1961, el Protocolo Adicional I (PAI) en 1993, y el Protocolo Adicional II (PAII) en 1995; Perú lo hizo en 1956, 1989 y 1989, respectivamente, y Venezuela en 1956, 1998 y 1998, respectivamente. *Véase* CICR. (s. f.). *Treaties, State Parties, and Commentaries.* International Committee of the Red Cross. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountry.xsp.

(3) Colombia ratificó el Estatuto de Roma en 2002; Perú lo hizo en 2001; Venezuela lo hizo en 2000. *Véase* Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (1998, 17 de julio). *Naciones Unidas*. https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf.

en el seno del grupo; y el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo" (Estatuto de Roma, 1998, artículo 6).

Asimismo, conforme al Estatuto de Roma, "se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque" (1998, artículo 7 inciso 1). Para este crimen, el listado de actos comprende el asesinato; el exterminio; la esclavitud; la deportación o el traslado forzoso de población; la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; la tortura; la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; la persecución; la desaparición forzada de personas; el crimen de apartheid; y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física (Estatuto de Roma, 1998, artículo 7 inciso 1).

En el caso de los crímenes de guerra, el artículo 8 inciso 2 del Estatuto de Roma distingue las siguientes categorías de crímenes de guerra: infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (literal a); otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional (literal b); las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 en caso de CANI (literal c); y otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los CANIs, dentro del marco establecido de derecho internacional (literal e). Cabe destacar que la configuración de estos crímenes requiere que las conductas prohibidas hayan sido cometidas en el contexto de un conflicto armado (sea internacional o no internacional) y que tengan un nexo con dicho conflicto. Ante la ausencia de una definición del término "conflicto armado" en los tratados de Derecho Internacional Humanitario (DIH), la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia [TPIY] estableció en el asunto Tadic que "existe un conflicto armado cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados o violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre los grupos armados entre sí" (1995, párr. 70, traducción propia). En esta medida, el Estatuto de Roma precisa que el listado de crímenes de guerra en CANI "no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos" (1998, artículo 8 inciso 2 literales d y f).

Como apreciaremos en el estudio de estos tres países, la implementación del Estatuto de Roma y de otras obligaciones relevantes de Derecho Internacional, en particular las derivadas de los cuatro Convenios de Ginebra (en adelante, CG) y de sus Protocolos Adicionales (PA I y II), ha sido una tarea compleja, que no ha sido llevada a cabo de manera uniforme, por lo que se han ido implementando, en algunos supuestos, algunas medidas paulatinamente, o incorporando selectivamente algunos de los crímenes dentro de los ordenamientos internos. Así, la tarea no sólo ha sido compleja, sino también tardía, producto de la falta de voluntad y priorización de nuestros legisladores y representantes del Ejecutivo, sumados a concepciones erróneas en torno a las categorías de crímenes internacionales y la falta de entendimiento de la materia. Como señalaremos, esto ha requerido, en algunos contextos -y sigue requiriendo- un rol activo de los operadores jurídicos con el objetivo de llenar estos vacíos normativos, así como realizar tareas de interpretación de cara a las obligaciones internacionales.

Finalmente, además de analizar los procesos y el estado actual en cada uno de los tres países, en el presente artículo abordaremos también la pregunta sobre la existencia o no de una obligación expresa de implementar, así como las ventajas de la implementación.

2. La implementación de los crímenes internacionales dentro de los ordenamientos internos: ¿existe una obligación de implementar?

La implementación de las obligaciones internacionales dentro de los ordenamientos internos es un aspecto fundamental del Derecho Internacional. Si bien los Estados se encuentran obligados y deben cumplir con las obligaciones internacionales asumidas, a la luz del principio pacta sunt servanda, la tarea de implementación es una tarea compleja que obliga a mirar con detenimiento tanto la relación de los ordenamientos internos con el Derecho Internacional, como la naturaleza particular de las disposiciones a ser implementadas. Así, si bien los tres países objeto de nuestro análisis -Colombia, Perú, y Venezuela- se acogen a una teoría monista del Derecho Internacional, la naturaleza de las obligaciones asumidas cuando se trata de instrumentos como el del Estatuto de Roma, están compuestas, en su mayoría, por normas

no autoaplicativas, y requieren idealmente una tipificación expresa en nuestros ordenamientos internos, sobre todo a la luz del principio de legalidad.

En cuanto a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Convención contra el Genocidio), debemos destacar que esta norma recoge, de un lado, la definición de genocidio (artículo II) que luego sería recogida en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales Ad Hoc y en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y las modalidades que generan responsabilidad penal (artículo III); y de otro lado, establece de manera expresa la obligación de implementar estas disposiciones a nivel interno:

> Artículo V
>
> Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

En lo que se refiere a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, cabe señalar que, en particular, nos centraremos en la implementación de la categoría de *infracciones graves*. Así, podemos afirmar que de la disposición común respecto a las sanciones de las infracciones graves contenida en los cuatro Convenios de Ginebra (art. 49 CGI; art. 50 CGII; art. 129 CGIII; art. 146 CGIV) existe una obligación expresa de implementación (énfasis agregado):

> Artículo 49 del CGI (50 CGII; 129 CGIII; 146 CGIV)
>
> Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.
>
> (…)

Por su parte, el artículo 86 del Protocolo Adicional I establece la necesidad de adoptar medidas para hacer cesar las infracciones graves, lo que incluye también medidas legislativas al respecto.

> Artículo 86 - Omisiones
>
> 1. Las Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios y del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.
>
> (…)

A diferencia de la Convención contra el Genocidio y los Convenios de Ginebra, la obligación de implementar no se plantea de modo expreso en el Estatuto de Roma. Precisamente, el Estatuto de Roma no contiene una obligación expresa de adoptar medidas legislativas para la sanción de los crímenes internacionales que tipifica. Así, la única disposición en el Estatuto que establece una obligación expresa de adoptar medidas nacionales es aquella contemplada en el artículo 88, pero con respecto a la cooperación y asistencia judicial de los Estados respecto a la Corte. De este modo, el artículo 88 establece que "los Estados Partes se asegurarán de que <u>en el derecho interno existan procedimientos aplicables</u> a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte" (énfasis agregado).

¿Qué podemos deducir de esta ausencia de una obligación expresa de implementar (adoptar medidas nacionales legislativas)? Consideramos que si bien el Estatuto de Roma no plantea una obligación expresa de tipificar los crímenes internacionales dentro de los ordenamientos internos, la naturaleza y puesta en práctica del sistema instaurado por el Estatuto de Roma nos lleva a afirmar la existencia de una obligación tácita de implementar los crímenes dentro de cada ordenamiento. Ello, en vista del principio de complementariedad, el pilar del sistema instaurado por el Estatuto que reconoce que los Estados tienen la jurisdicción primaria respecto a los crímenes recogidos en el Estatuto.

Dicho principio se encuentra recogido en los artículos 1 y 17 del Estatuto, así como en su Preámbulo, y se traduce en que la Corte Penal Internacional (CPI) solo podrá ejercer su jurisdicción cuando los Estados carecen de competencia o voluntad para llevar a cabo una investigación y judicialización a nivel interno– el estándar de "no puedo o no quiere". Se puede argumentar que una falta de tipicidad podría llevar a una interpretación de falta de capacidad por parte del Estado para poder llevar a cabo procesos nacionales con tipos adecuados, y donde se utilizarían tipos ordinarios que no reflejarían el alcance pleno de la naturaleza del crimen internacional. Así, si el Estado logra llevar a cabo procesos nacionales que se enfoquen en sustancialmente la misma conducta y dirigidos contra los mismos sospechosos que la Corte investigaría -el test de "misma persona / misma conducta" instaurado por la Corte en Muthaura (CPI, 2011, párr. 39). y Gadaffi (CPI, 2013)- entonces se activaría el

principio de complementariedad, dando lugar a la primacía de la jurisdicción nacional.

A la luz de la complementariedad, la tarea de implementación del Estatuto de Roma cobra una importancia particular para nuestros países, dado que en dos de ellos -Colombia y Venezuela- se han encontrado bajo análisis frente a la Corte Penal Internacional. En el caso de Colombia, la Fiscalía de la CPI condujo un Examen Preliminar que tuvo 17 años de duración (abierto en el año 2004 y cerrado en octubre de 2021) y tuvo un impacto importante en el proceso de negociación de paz llevado a cabo entre el gobierno y las FARC-EP entre 2012 y 2016, así como en la implementación del proceso de justicia transicional. En el caso de Venezuela, existen dos situaciones ante la Corte Penal Internacional, la primera ("Venezuela I") se inició en febrero de 2018 con la apertura de un Examen Preliminar y recientemente pasó a la etapa de Investigación en noviembre de 2021, y la segunda ("Venezuela II") fue remitida por el propio Estado en febrero de 2020 y se encuentra actualmente bajo Examen Preliminar.

Por último, es importante precisar cuáles son los beneficios de una plena implementación de las obligaciones derivadas del Derecho Penal Internacional, incluyendo la Convención contra el Genocidio, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales y el Estatuto de Roma, en lo que se refiere a crímenes internacionales. Más allá de cumplir con obligaciones -directas o tácitas- de implementar, la plena implementación permitiría, de ser requerido, juzgar a personas responsables de la comisión de crímenes internacionales con tipos penales adecuados que reflejen la naturaleza del tipo, así como la gravedad. Además, la implementación de crímenes internacionales debe ser vista como una tarea no solo sancionadora, sino también una importante tarea con carácter preventivo y disuasorio, que deja el camino abierto para un marco jurídico adecuado en caso se requiera la investigación y judicialización de crímenes internacionales dentro del sistema nacional de justicia.

3. Estado de la cuestión: Los procesos de implementación en Perú, Colombia y Venezuela

La Convención contra el Genocidio de 1948 cuenta con 152 Estados Partes, mientras que los Convenios de Ginebra de 1949 constituyen los únicos tratados de ratificación universal, y han sido ratificados por 196 Estados. Por su parte, el Estatuto de Roma cuenta actualmente con 123 Estados Partes, 29 de ellos en las Américas, incluyendo los 12 Estados sudamericanos (Asamblea de Estados Partes, s. f.). En materia de implementación de crímenes internacionales, éstos han sido implementados por Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Surinam, y Uruguay[(4)].

3.1. Perú: Reflexiones sobre un proceso de implementación inacabado

El Perú ratificó el Estatuto de Roma el 10 de noviembre de 2001 y se encuentra obligado por este tratado desde su entrada en vigor el 1 de julio de 2002. Asimismo, el Perú es un Estado Parte de la Convención contra el Genocidio desde el año 1960, de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 desde el año 1956 y de sus dos Protocolos Adicionales de 1977 desde el año 1989. No obstante, el Estado peruano no cuenta hasta la fecha con una tipificación integral dentro de su ordenamiento interno de los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma, incluyendo los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. En otras palabras, la implementación del Estatuto de Roma se encuentra dentro de las tareas pendientes del Estado peruano, a pesar de las múltiples iniciativas y avances que se han presentado en los últimos 20 años.

Conforme al artículo 55 de la Constitución Política del Perú (CPP), "los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional" (CPP, 1993). No obstante, las disposiciones del Estatuto de Roma, las disposiciones de la Convención contra el Genocidio sobre la sanción de este crimen y las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I sobre la investigación y sanción de las graves infracciones a esos tratados constituyen normas de naturaleza no auto ejecutiva (*non self executing*) por lo que requieren la adopción de legislación interna para su implementación dentro del ordenamiento peruano. Precisamente, las normas auto ejecutivas son aquellas que contienen "mandatos directos y susceptibles de ser ejecutados de inmediato por autoridades estatales" (Salmón, 2007, p. 84), mientras que las normas no auto ejecutivas son "aquellas

(4) Para mayor información, *véase* Corte Penal Internacional. (s. f.). *National Criminal Jurisdictions*. ICC Legal Tools Database. https://www.legal-tools.org/.

cuyas provisiones no pueden ser directamente aplicables en el sistema nacional porque necesitan ser complementadas con medidas adicionales de distinta naturaleza" (Salmón, 2007, p. 92). Como señala Salmón, en el caso de la implementación de crímenes de guerra, "tratándose de normas de naturaleza básicamente penal, dicho proceso implica su incorporación en el Derecho interno a través de la tipificación" (2007, p. 248).

A mayor detalle, una implementación integral del Estatuto de Roma incluye la regulación de los tipos penales (crímenes) y sus respectivas penas, los principios del DPI y las disposiciones relativas a la cooperación con la Corte Penal Internacional. Como veremos a continuación, la mayoría de estos aspectos se encuentran pendientes de implementación, salvo por la cooperación.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 55 de la Constitución, es importante remarcar que cuando nos encontramos frente a tratados internacionales que contienen normas de índole penal, éstas no pueden ser auto-aplicativas, pues requieren una norma penal interna que las desarrolle. Esta postura ha sido recogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República (2009), a través del último párrafo del fundamento jurídico séptimo del Acuerdo Plenario 9-2009/CJ-116, a saber:

> Es cierto que las normas internacionales en materia penal, siempre que tengan un carácter incriminatorio, tienen un carácter de no autoaplicativas –*non self executing*-, pues requieren de una norma interna de desarrollo (...).

Igualmente, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema (2009) ha tenido también oportunidad de ocuparse sobre este asunto en el caso "La Cantuta, Barrios Altos y Sótanos SIE", seguido contra el ex presidente Alberto Fujimori. Allí ha señalado que la aplicación de instrumentos internacionales, si bien pueden formar parte del Derecho Internacional consuetudinario, encuentra su limitación en la exigencia constitucional del principio de legalidad. Asimismo, la Corte Suprema peruana ha hecho énfasis en que el legislador nacional no ha cumplido con las exigencias de tipificación material derivadas de la ratificación por el Perú del Estatuto de Roma y, en consecuencia, de la sanción correspondiente.

Este razonamiento puede ser verificado en el Fundamento Jurídico 711 de la mencionada sentencia, emitida en el año 2009, que señala lo siguiente:

> 711°. Las disposiciones indicadas en el primer caso, bajo el ámbito esencial del Estatuto de Nuremberg, en tanto forman parte del Derecho Internacional consuetudinario y se configuraron antes de los hechos de Barrios Altos y La Cantuta, son plenamente aplicables para la labor de subsunción. Sin embargo, es de rigor identificar determinados límites, en tanto (i) se reconoce a esas disposiciones, nucleadas alrededor del Estatuto de Nuremberg, el propio carácter de norma internacional consuetudinaria; (ii) se asume las exigencias constitucionales del principio de legalidad penal [ley previa, estricta, escrita y cierta: artículos 2°.24.d) de la Constitución y II del Título Preliminar del Código Penal], en cuya virtud cabe afirmar, desde una perspectiva material, que no existía en el momento de comisión de los hechos: mil novecientos noventa y uno – mil novecientos noventa y dos una ley que hubiera incorporado una figura penal en nuestro ordenamiento punitivo y que comprenda, de un lado, todos los elementos descritos en esa norma internacional consuetudinaria en cuanto crimen internacional –ni siquiera en la actualidad el legislador ordinario ha cumplido con las exigencias de tipificación material derivadas de la ratificación por el Perú del Estatuto de la Corte Penal Internacional–, y de otro lado, la sanción correspondiente (...) (énfasis añadido).

Las consideraciones expuestas por la Corte Suprema peruana permiten realizar dos conclusiones. La primera, se refiere al incumplimiento por parte del Estado peruano de la obligación internacional derivada de la ratificación y vigencia del Estatuto de Roma, referida a incorporar y/o adecuar su legislación interna. Esta obligación viene dada, además, por el principio de complementariedad. En segundo lugar, se concluye que, en el caso peruano, la imputación de crímenes previstos en el Estatuto de Roma -e incluso otros instrumentos internacionales- requieren necesariamente de desarrollo en la legislación interna.

3.1.1. Los diversos esfuerzos por implementar el Estatuto de Roma en la legislación nacional

Al abordar el caso peruano, entonces, analizaremos los diversos esfuerzos por implementar el Estatuto de Roma en la legislación nacional, así como la importancia de contar con esta legislación a la luz del pasado reciente y el presente del Perú.

Conviene, en primer lugar, realizar un repaso por los distintos procesos legislativos que se han dado en el Perú a fin de implementar los crímenes y principios previstos en el Estatuto de Roma. Se trata de un camino lleno de avances y retrocesos desde los primeros esfuerzos en el año 2003, en el marco del proceso de revisión del Código Penal ante la Comisión Revisora del Código Penal constituida en el año 2002. A continuación, se presenta un breve resumen de las iniciativas por implementar el Estatuto

de Roma tanto como parte de un nuevo Código Penal como mediante leyes específicas, como desarrolla COMISEDH (2019, pp. 17-19):

- 2003: Propuesta legislativa "Adecuación de la Legislación Penal al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" presentada por la Comisión Especial Revisora del Código Penal el 10 de diciembre de 2003, comisión que había sido creada en el 2002, mediante la Ley 27937. Esta propuesta plantaba integrar un nuevo Libro dentro del Código Penal. Posteriormente, la Comisión Especial Revisora remitió esta propuesta a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República para su adopción.
- 2005: La Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso adoptó el Proyecto de Ley 14659/2005-CR durante el período legislativo 2001-2006. El proyecto no ser llegó a debatir antes del fin de la legislatura.
- 2007: El 11 de octubre de 2007 se presentó el Proyecto de Ley 1707/2007-CR ante la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso. Siguiendo los lineamientos del proyecto anterior, este proyecto planteaba la incorporación de un Libro Tercero al Código Penal. A pesar de recibir una votación favorable inicial en abril de 2009, miembros de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos plantearon una moción de reconsideración, y el proyecto no logró avanzar(5).
- 2012: En octubre de 2012 se presentó el Proyecto de Ley 1615/2012-CR. Se trataba de un proyecto de ley específico para la implementación del Estatuto de Roma, fue trabajado sobre la base de los anteriores proyectos. Es importante destacar que este proyecto contó con un apoyo multipartidario. Posteriormente, el 9 de diciembre de 2014, este proyecto fue acumulado con otros 152 proyecto de ley en el Dictamen de un texto sustitutorio mediante el cual se propone la Ley del Nuevo Código Penal, aprobado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos y remitido al Pleno del Congreso. Lamentablemente, este proyecto fue archivado en 2016 al culminar el período legislativo 2011-2016.
- 2016: El 18 de octubre de 2016 se presentó el Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal, Proyecto de Ley 498/2016-CR, que retomaba el Dictamen de 2014, incluyendo la incorporación de los crímenes del Estatuto de Roma. No obstante, este proyecto no logró ser debatido por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos antes del cierre del Congreso de la República en el año 2018.
- 2018 - 2021: El Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, comenzó a trabajar en un anteproyecto de "Ley para prevenir y sancionar los crímenes internacionales y los delitos contra los derechos humanos". Este anteproyecto fue trabajado entre los años 2018 y 2020, realizándose una entrega simbólica del mismo en febrero de 2020(6). Sin embargo, no se logró adoptar esta ley antes del final del período presidencial y parlamentario 2016-2021.

Como se puede observar, la implementación del Estatuto de Roma en el Perú ha constituido, y constituye, una tarea compleja que involucra a todos los Poderes del gobierno, incluyendo el Poder Ejecutivo (en particular, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Comisión Nacional de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario - CONADIH), el Congreso de la República -cuyas bancadas en las últimas dos décadas han mostrado posturas divergentes-, e incluso las Salas del Poder Judicial, en tanto sobre ellas recae la tarea de aplicar los principios y crímenes previstos en el Estatuto de Roma, así como también las disposiciones sobre cooperación. También ha sido un proceso que ha sido enriquecido por la activa participación de la sociedad civil.

Por otro lado, y enfocándonos en los aspectos sustantivos de estas iniciativas, analizaremos brevemente su contenido en relación a los crímenes y principios recogidos en el Estatuto de Roma, enfocándonos particularmente en los aspectos relacionados a los crímenes de guerra. Para ello, nos centraremos en el anteproyecto de "Ley para prevenir y sancionar los crímenes internacionales y los delitos contra los derechos humanos" (en adelante, Anteproyecto) por tratarse de la iniciativa más reciente sobre la materia y en cuya preparación se han recogido varias de las

(5) *Véase* Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República del Perú. (2009, 14 de abril). *Acta de la Décimo Octava Sesión Ordinaria 2008*. Período Legislativo 2008-2009. https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2008.nsf/1ActasComisiones/64E0FDC014AAA313052575BA0055350E/$FILE/ACTAJUSTICIA14-21-03-2009.pdf.

(6) Para mayor información, *véase* Plataforma Única del Estado Peruano. (2020, 22 de febrero). *Ministro Fernando Castañeda se compromete a impulsar anteproyecto de ley para prevenir y sancionar crímenes internacionales* [nota de prensa]. Plataforma Única del Estado Peruano. https://www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/84857-ministro-fernando-castaneda-se-compromete-a-impulsar-anteproyecto-de-ley-para-prevenir-y-sancionar-crimenes-internacionales.

disposiciones y comentarios de las iniciativas precedentes.

En primer lugar, debemos destacar que de los crímenes previstos en el artículo 5 del Estatuto de Roma, solo se encuentra regulado el crimen de genocidio en el Código Penal Peruano en la actualidad. Así, el artículo 319 tipifica el genocidio de la siguiente manera:

> Artículo 319° del Código Penal.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que, con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, social o religioso, realiza cualquiera de los actos siguientes:
>
> 1. Matanza de miembros del grupo.
>
> 2. Lesión grave a la integridad física o mental a los miembros del grupo.
>
> 3. Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial.
>
> 4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
>
> 5. Transferencia forzada de niños a otro grupo.

Como se puede observar en el primer párrafo de esta disposición, se ha incorporado la categoría de "grupo social", la cual no se encuentra conforme con la definición internacional recogida en la Convención contra el Genocidio y en el Estatuto de Roma. La incorporación de este supuesto habría atendido a un error al momento de transcribir esta disposición. Por ello, en todos los proyectos de leyes antes mencionados se modifica esta causal a fin de eliminar "social" e incluir al grupo "racial" en su lugar. Adicionalmente, el Anteproyecto incluye una disposición que tipifica la incitación al genocidio, conforme a lo previsto en el artículo III c) de la Convención contra el Genocidio, así como el artículo 25, inciso e) del Estatuto de Roma. Ello cubre una falencia actual del ordenamiento jurídico penal peruano. No obstante, proyectos anteriores también incluían una disposición en relación a las conductas de provocación(7) o incitación(8) al genocidio.

En relación a los crímenes de lesa humanidad, el Código Penal peruano actual contiene un Título XIV-A, denominado "Delitos contra la Humanidad". Sin embargo, este título no incorpora los crímenes de lesa humanidad, sino que tipifica los delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada, discriminación y manipulación genética. Estos delitos se encuentran tipificados en su modalidad autónoma, es decir, sin incluir los elementos contextuales requeridos para la categoría de crímenes de lesa humanidad conforme al artículo 7 del Estatuto de Roma, que fueron abordados en la introducción. Este es uno de los aspectos que se busca superar en el Anteproyecto, al distinguir los delitos que constituyen graves violaciones de derechos humanos (ejecución arbitraria, tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, y desaparición forzada) de los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma.

A mayor detalle, el Anteproyecto contiene una disposición general que recoge los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad, así como elementos agravantes. Asimismo, se tipifican un total de 18 conductas de conformidad con las conductas recogidas en el artículo 7 del Estatuto de Roma. A saber, se tipifican las siguientes conductas como crímenes de lesa humanidad: Asesinato; Exterminio; Esclavitud; Deportación o traslado forzoso; Encarcelamiento o privación grave de la libertad; Violación Sexual; Esclavitud Sexual; Prostitución Forzada; Embarazo Forzada; Esterilización Forzada; Unión Forzada; Aborto Forzado; Otras formas de violencia sexual; Persecución; Desaparición Forzada; Tortura; Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; y Apartheid o segregación racial o étnica. No obstante, se observa que los artículos referentes a la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes realizan una remisión a los tipos penales contenidos en la sección relativa a los delitos contra los derechos humanos. Ello se apartaría del estándar establecido en el Estatuto de Roma, en tanto que los crímenes de lesa humanidad no requieren un autor calificado (como sí ocurre en el caso de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984), por lo que estas conductas pueden ser cometidas tanto por agentes estatales (y quienes actúan bajo su aquiescencia) como por miembros de una organización no estatal (o que quienes actúan con aquiescencia de dicha organización).

En cuanto a los crímenes de guerra, el Anteproyecto incorpora una sección dedicada a estos crímenes que recoge, en primer lugar, disposiciones comunes aplicables a los crímenes de guerra. Estas disposiciones precisan los elementos contextuales – es decir, que deben ser cometidos en el contexto

(7) *Véase* proyectos de Ley de 2005 y 2007, y dictamen de 2014.
(8) *Véase* Proyecto de Ley de 2003.

de un conflicto armado (internacional o no internacional) y que deben guardar un nexo con el conflicto armado – así como las categorías de personas protegidas en contextos de conflicto armado internacional y en conflictos armados no internacionales. Asimismo, se recoge ampliamente el artículo 8 del Estatuto de Roma, al recoger los delitos contra personas protegidas; delitos contra el patrimonio y otros derechos protegidos; delitos contra operaciones humanitarias y emblemas; delitos de empleos de métodos prohibidos; y delitos de empleo de medios prohibidos.

Adicionalmente, el Anteproyecto realiza una innovación respecto al artículo 8 del Estatuto de Roma, en tanto que elimina la distinción el listado de conductas prohibidas en el marco de un conflicto armado internacional y el listado de conductas prohibidas en el contexto de un conflicto armado no internacional, salvo cuando la naturaleza de la norma así lo requiere. Asimismo, el Anteproyecto recoge también conductas ausentes en el artículo 8 del Estatuto de Roma, atendiendo a la totalidad de obligaciones internacionales en materia de Derecho Internacional Humanitario. Por ejemplo, se incorpora una agravante en el caso del alistamiento o reclutamiento de menores de 18 años, conforme a lo establecido en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados, norma que eleva el estándar general que prohíbe el reclutamiento de menores de 15 años.

Cabe destacar que los esfuerzos por regular los crímenes de guerra se han dado también en el ámbito del Código Penal Militar Policial, aprobado mediante Decreto Legislativo 1094 y publicado el 1 de setiembre de 2010. Esta norma recogía en su redacción inicial a los crímenes de guerra contra personas protegidas por el DIH y los crímenes de guerra relativos a medios y métodos prohibidos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional del Perú estableció la inconstitucionalidad de la incorporación de los delitos contra personas protegidas dentro de esta normativa, al considerar que el bien jurídico protegido en estos delitos no es exclusivo de la función militar policial, habida cuenta de que se trata de un bien jurídico común y, por lo tanto, requerirá protección a través de la legislación penal ordinaria (Tribunal Constitucional del Perú, 2015, párr. 216 y siguientes)[9].

De esta manera, el Tribunal señaló lo siguiente al analizar el artículo 88 del Decreto Legislativo 1094, sobre afectación a personas protegidas por el DIH:

> Este Tribunal ha establecido *supra* que aún en el contexto de un CAI o un CANI, derechos como la vida, la integridad física, la libertad sexual, la libertad de tránsito, la propiedad, la tutela jurisdiccional efectiva, entre otros, no son bienes directamente relacionados con las funciones de las FFAA o la PNP, por lo que requieren ser protegidos mediante la legislación penal común. Por esta razón se declaró inconstitucional el delito contra personas protegidas por el DIH, previsto en el artículo 90 del Decreto Legislativo 961.
>
> Este Tribunal mantiene lo dicho sobre el bien jurídico relevante en el delito contra personas protegidas por el DIH. Se entiende que esta disposición penal -al contemplar el delito contra personas protegidas por el DIH- no persigue proteger el orden y a la disciplina propia del accionar de las FFAA y la PNP, propias del delito de función.
>
> La disposición analizada protege más bien, bienes jurídicos comunes, entre otros, la libertad individual y la integridad física -que no se suspenden inclusive durante los estados de excepción-, frente a la conducta del militar o policía (en actividad) que, en el ejercicio de la función (en acto de servicio o con ocasión de él), realice deportaciones, traslados forzosos o tome como rehenes a personas protegidas por el DIH (Tribunal Constitucional del Perú 2015, párrs. 220-221).

Similar razonamiento aplicó el Tribunal Constitucional del Perú al analizar el artículo 89 (lesiones fuera de combate) y el artículo 90 (confinación ilegal), concluyendo la inconstitucionalidad de estas disposiciones y, en consecuencia, eliminándolas del Código Penal Militar Policial (Tribunal Constitucional del Perú, 2015, párrs. 224-233).

En contraste, al analizar los denominados "Delitos de Empleo de Métodos y Medios Prohibidos en la Conducción de Hostilidades", incluidos en los Capítulos IV y V del Título II del Código Penal Militar Policial, el Tribunal Constitucional del Perú tuvo una consideración distinta. En efecto, al analizar el artículo 91 (métodos prohibidos en las hostilidades) señaló lo siguiente:

> Sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PFTC, respecto a las normas penales previamente controladas; este Tribunal considera que el dispositivo penal ahora cuestionado resulta susceptible de una distinta interpretación normativa que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control.

(9) Esta sentencia reitera lo dispuesto por ese mismo Tribunal en la Sentencia del 15 de diciembre de 2006, recaída sobre el Expediente 0012-2006-AI/TC relativo a la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 961 (Código de Justicia Militar Policial).

> Para este Tribunal resulta evidente que las seis disposiciones penales impugnadas no persiguen sancionar la infracción de bienes jurídicos comunes, sino la incorrección en el uso de la fuerza que, estando sujeta a los principios de necesidad y proporcionalidad, limita los métodos y medios utilizados por las FFAA y la PNP cuando operan en cumplimiento de sus funciones (Tribunal Constitucional del Perú, 2015, párrs. 238-239).

Este razonamiento también fue aplicado a los artículos 92 (medios prohibidos en las hostilidades) y 93 (agravante). En esta medida, el Tribunal Constitucional confirmó la constitucionalidad de estas disposiciones del Código Penal Militar Policial (Tribunal Constitucional del Perú, 2015, párrs. 234-260). El mismo análisis se aplicó también a los delitos contra las operaciones humanitarias y emblemas (artículos 95 y 96) (Tribunal Constitucional del Perú, 2015, párrs. 261-278). Por lo tanto, estos crímenes de guerra se encuentran actualmente prohibidos en la legislación peruana a través del Código Penal Militar Policial.

En atención a lo expuesto anteriormente, existirían algunas coincidencias entre los crímenes de guerra tipificados en el Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo 1094) y en el Anteproyecto. No obstante, es preciso tomar en cuenta que estas normas tendrán un alcance material distinto, ya que el primero será aplicable únicamente a miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Seguridad del Perú, mientras que, de adoptarse el Anteproyecto, los crímenes regulados en este se encontrarían bajo la justicia penal ordinaria y alcanzarían a la totalidad de las personas bajo la jurisdicción penal peruana.

Por otro lado, destacamos que el Anteproyecto contempla el crimen de agresión, cuya definición se encuentra conforme con el artículo 8 bis del Estatuto de Roma, el cual fue incorporado mediante la Enmienda de Kampala relativa al crimen de agresión. Cabe recordar que la ratificación de esta Enmienda constituye otra de las tareas pendientes del Estado peruano y la incorporación de este tipo penal en el Anteproyecto contribuirá al avance del proceso de ratificación de dicha Enmienda.

En segundo lugar, resulta importante realizar algunos apuntes en torno a la incorporación de los principios del Derecho Penal en el Anteproyecto. De un lado, el Anteproyecto incluye una referencia no solo a la aplicación de los principios del Código Penal General, sino también a la necesidad de interpretar sus disposiciones conforme al Derecho Internacional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales cuya competencia ha aceptado el Perú. De otro lado, resulta fundamental la inclusión en el Anteproyecto de los principios de jurisdicción universal; la responsabilidad de jefes y otros superiores, cuya redacción se adecúa al estándar internacional recogido en el artículo 28 del Estatuto de Roma y cubre un vacío en el actual ordenamiento penal peruano; el estándar relativo a la obediencia debida y las órdenes superiores, de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de Roma; la improcedencia del cargo oficial[10]; la imprescriptibilidad de los crímenes recogidos en el Anteproyecto, en concordancia con las obligaciones establecidas en el artículo 29 del Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[11]; y la inaplicabilidad de amnistías, indultos y otras medidas, cuya inclusión atiende a los desarrollos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos así como en el Derecho Penal Internacional[12].

Finalmente, si bien se encuentra pendiente la implementación de la mayoría de los aspectos antes mencionados, el Perú sí cuenta con normativa en materia de cooperación con la Corte Penal Internacional. Precisamente, el Código Procesal Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo 957 y publicado el 29 de julio de 2004, dedica la Sección VII del Libro Séptimo a la "Cooperación con la Corte Penal Internacional". Cabe destacar que, con la adopción de esta norma, el Perú se convirtió en uno de los primeros Estados latinoamericanos en implementar disposiciones expresas sobre la materia.

---

(10) No obstante, la redacción de esta disposición no refleja plenamente la excepción al principio de inmunidad para los crímenes de Derecho internacional, estándar recogido en el artículo 27 del Estatuto de Roma. Entre las iniciativas precedentes, la fórmula establecida en el artículo 5 del Proyecto de Ley 1615/2012CR (Ley de delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario) resulta más adecuada al estándar internacional: "Artículo 5. Improcedencia del cargo oficial. Ninguna persona goza de inmunidad para la investigación o judicialización de los delitos previstos en la presente ley. En ningún caso el cargo oficial de una persona eximirá la responsabilidad penal ni constituirá atenuante para la imposición de la pena".

(11) Para mayor detalle, *véase* Parenti, P. (2010). *La Inaplicabilidad de Normas de Prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En G. Elsner, K. Ambos & E. Malarino (coords.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* (pp. 211-228). KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

(12) *Véase*, por ejemplo, Corte Penal Internacional. (2019). Caso Saif Al-Islam Gaddafi. Decisión sobre la Admisibilidad. https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/11-01/11-662

3.1.2. La importancia de contar con una implementación integral del Estatuto de Roma en el Perú

Como hemos destacado, la plena implementación de las obligaciones de DIH, incluyendo la tipificación de los crímenes de guerra, es una tarea que debe cumplirse atendiendo a la obligación expresa derivada de la Convención contra el Genocidio y de los Convenios de Ginebra, y la obligación tácita derivada del Estatuto de Roma y de cara al principio de complementariedad.

Asimismo, la tarea de implementación deberá asumirse con responsabilidad de cara a los compromisos del Estado peruano ante diversos foros multilaterales a completar el proceso de implementación, como lo ha precisado el Perú frente al Consejo de Derechos Humanos en el marco del Examen Periódico Universal; frente a la Asamblea de Estados Partes en la CPI; frente a la Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos en el marco de sus reuniones de trabajo bienales sobre la CPI, entre otros foros (Reyes, 2021).

En particular, completar la tarea de implementación del Estatuto de Roma cobra particular relevancia de cara a la práctica regional, que vislumbra una tendencia hacia la plena implementación del Estatuto de Roma dentro de los ordenamientos internos. Aquí, es posible identificar distintas prácticas legislativas al momento de implementar – sea como remisiones directas al Estatuto, como el caso argentino (Ley 26,200); adopción de una ley especial, como es el caso chileno o uruguayo (Ley 20357 y Ley 18026 respectivamente); o implementación al interior del Código Penal, como es el caso de Ecuador vía su Código Orgánico Integral Penal del año 2014. El Perú se ha aproximado a la implementación por dos técnicas legislativas diferentes: ley especial, por un lado, e incorporación en el Código Penal, por otro. Ambas opciones son válidas y dependen de la estrategia legislativa y la oportunidad del momento. Consideramos que, de cara a la presente agenda legislativa, se debería apostar por la que brinde mayor celeridad, dado que ya contamos con importantes antecedentes para la elaboración de esta norma.

Además, una plena implementación de los crímenes internacionales brinda seguridad jurídica en torno a la predictibilidad y el principio de legalidad de la norma, además de la garantía de que el Estado peruano pueda ejercer su jurisdicción de modo primario frente a la CPI. Contar con tipos penales específicos sobre crímenes internacionales se traduce en la existencia de tipos penales que puedan reflejar cabalmente la naturaleza de la norma, así como la gravedad de la misma.

Por otro lado, como hemos mencionado, no debemos olvidar el fuerte valor preventivo y disuasorio de implementar crímenes internacionales. Ello debe traer consigo la capacitación adecuada a los operadores jurídicos, para comprender cabalmente los elementos que cada uno de estos tipos brinda, y la interpretación que la jurisprudencia internacional y comparada ha brindado a estos elementos. Por ejemplo, la Corte Penal Internacional y otros tribunales penales internacionales han brindado importantes lineamientos dentro de su jurisprudencia de cómo entender los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, tal como se hizo en el caso Katanga (2014) o el caso Al Mahdi (2016) frente a la CPI.

A modo de conclusión, el proceso de implementación de crímenes internacionales representa una oportunidad no solamente para incorporar los tipos penales dentro de nuestro ordenamiento, sino también para incluir otro aspecto fundamental derivado de los tratados relevantes de DIH y DPI: los principios. Así, una plena comprensión y análisis del principio de responsabilidad del superior, por ejemplo, recogido en el artículo 28 del Estatuto de Roma y en las normas consuetudinarias de DIH (Regla 153) permitirían finalmente terminar de incorporar estos principios dentro de nuestro ordenamiento interno.

3.2. Colombia: Innovaciones jurisprudenciales y el rol de la JEP

3.2.1. El marco jurídico de los crímenes de guerra en Colombia

En este aparte se plantearán las condiciones de la incorporación de los crímenes de guerra en el sistema jurídico colombiano. Para tal efecto, se presentarán las condiciones de incorporación del Estatuto de Roma en el país, incluyendo la reserva realizada por el Estado colombiano frente a los crímenes de guerra; luego se abordarán las luces y sombras del reconocimiento interno de los crímenes de guerra en el Código Penal colombiano; y finalmente, se presentará la situación de conocimiento de dichos crímenes a partir de la reforma constitucional de 2017 y el marco jurídico de funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

El Estatuto de Roma (ER) fue adoptado el 17 de julio de 1998 con el voto positivo del Estado colombiano, quien lo suscribió el 10 de diciembre de 1998, y entró en vigor al ser ratificado por sesenta Estados el 1 de julio de

2001. Luego fue aprobado internamente por medio de la Ley 742 del 5 de junio de 2002, previa autorización constitucional a través del acto legislativo 1 de 2001 que adicionó el artículo 93 de la Constitución Política para establecer que el Estado podía reconocer la jurisdicción de la CPI en los términos del ER y luego ratificar el tratado a través de una ley, siempre que los tratamientos diferentes en materias sustanciales por parte del ER con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrían efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en dicho Estatuto. De esta forma, una vez la Corte Constitucional de Colombia (2002) efectuó la revisión de constitucionalidad de dicha ley por medio de la sentencia C-578/02, el ER quedó vigente en el ordenamiento jurídico nacional a partir del 1 de noviembre de ese mismo año.

No obstante, el 5 de agosto de 2002 Colombia excluyó la competencia de la CPI para los crímenes de guerra durante los 7 años siguientes a partir de la entrada en vigencia del ER en el país (1 de noviembre de 2002). La exclusión se basó en el artículo 124 del ER que establece que:

> Un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio.

De acuerdo con esto, la competencia de la CPI sobre los crímenes de guerra cometidos en Colombia solo se activó el 1 de noviembre de 2009. No obstante, es claro que más allá del reconocimiento de la competencia de la CPI para el conocimiento de crímenes de guerra, se tiene que en el marco del conflicto armado existente desde mediados del siglo pasado se han cometido diversos tipos de infracciones del DIH por parte de los actores armados.

Desde junio del año 2004 la Fiscalía de la CPI abrió un examen preliminar sobre Colombia, siendo a la fecha el más largo y activo que ha tenido. Como lo ha reiterado en sus informes dicha Fiscalía, "la Corte sólo puede ejercer su competencia sobre crímenes de guerra cometidos desde el 1º de noviembre de 2009, de conformidad con la declaración formulada por Colombia con arreglo al artículo 124 del Estatuto" (Fiscalía de la CPI, 2020, párr. 107). Esto quiere decir que la impunidad de los crímenes de guerra cometidos en el marco del conflicto armado en dicho marco temporal está asegurada para efectos de la actuación de la justicia penal internacional. No obstante, una lectura interna de los crímenes de guerra y la creación de la JEP plantea un panorama novedoso desde el derecho comparado que es relevante mencionar.

El Código Penal del año 2000, aprobado mediante la ley 599 y que continúa vigente, incorporó un título de delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH (artículos 135 a 164). Dicho título se ha modificado y ampliado en los últimos veinte años hasta integrar un cuerpo normativo que resulta útil para el juzgamiento de infracciones contra el DIH.

Los delitos existentes en la legislación nacional contra personas protegidas[13] por el DIH con ocasión y en desarrollo del conflicto armado (CA) son: Homicidio, con una sanción de prisión de 40 a 50 años[14]: lesiones (daño a la integridad física o a la salud); tortura (dolores o sufrimientos graves, físicos o síquicos); acceso carnal violento; acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años; actos sexuales violentos; actos sexuales con persona protegida menor de catorce años; esterilización forzada (privación de la capacidad de reproducción biológica); embarazo forzado; desnudez forzada; aborto forzado; prostitución forzada; esclavitud sexual; trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual; utilización de medios y métodos de guerra ilícitos; perfidia; actos de terrorismo (con ocasión y en desarrollo del conflicto armado); actos de barbarie; tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida; actos de discriminación racial; toma de rehenes; detención ilegal y privación del debido proceso; constreñimiento a apoyo bélico; despojo en el campo de batalla; omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria; obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias; destrucción

(13) El listado de personas protegidas en la legislación nacional incluye a: 1. Los integrantes de la población civil; 2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa; 3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate; 4. El personal sanitario o religioso; 5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados; 6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga; 7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados; 8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

(14) La pena prevista en este artículo se aumentará de la tercera parte a la mitad cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

y apropiación de bienes protegidos[15]; destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario; destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto; ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas; represalias; deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil; atentados a la subsistencia y devastación; omisión de medidas de protección a la población civil; reclutamiento ilícito; y exacción o contribuciones arbitrarias; y destrucción del medio ambiente.

Dichas conductas son compatibles con el listado de manifestaciones del crimen de guerra establecido en el artículo 8 del ER, sin que sea exhaustivo. En esa medida, existe un amplio catálogo de manifestaciones de los crímenes de guerra, que cumplen con el criterio contextual de dichos crímenes, aunque a la luz del ER sea necesario considerar, por ejemplo, el elemento subjetivo (que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían la protección del DIH) y la conciencia de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado. Igualmente, resulta relevante mencionar que el Código Penal colombiano incorpora una cláusula imprescriptibilidad de la acción penal para los crímenes de guerra (artículo 83).

De acuerdo con esto, la legislación colombiana establece un número importante de conductas sancionadas por infracciones del DIH que generan condiciones adecuadas para la lucha contra la impunidad. No obstante, el juzgamiento completo de las posibles infracciones al DIH, especialmente en referencia al ER, no se alcanza con dicho marco ordinario. Por ello es relevante mencionar el contexto de incorporación constitucional de amplias fuentes de derecho internacional para luchar contra la impunidad en el proceso de justicia transicional derivado del Acuerdo de Paz de 2016.

3.2.2. Los crímenes de guerra y la Jurisdicción Especial para la Paz

La creación de la JEP, con ocasión del Acuerdo de Paz suscrito entre el Estado colombiano y las FARC-EP, abrió un nuevo paradigma para la lectura de los crímenes internacionales, incluyendo los crímenes de guerra, en la lucha contra la impunidad. La JEP es el componente judicial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición creado para la satisfacción de los derechos de las víctimas del conflicto armado interno a través de la administración de justicia respecto de las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al DIH ocurridas en este.

Al menos tres razones soportan el nuevo paradigma mencionado: i) la incorporación constitucional del DIH y del derecho penal internacional como fuente de derecho aplicable directamente por la JEP para la calificación jurídica de las conductas; ii) la determinación de las conductas no amnistiables de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma; y iii) el alcance temporal de las competencias de la CPI y la JEP frente a las conductas que constituyen crímenes de guerra.

La primera razón surge del artículo transitorio 5 del título transitorio de la Constitución, incorporado mediante el acto legislativo 1 de 2017, que establece que la JEP realizará una calificación jurídica propia de las conductas a partir del "Código Penal Colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI)" (énfasis añadido). De acuerdo con dicha disposición, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-080 de 2018, "corresponde dar aplicación directa al Derecho Penal Internacional en la JEP para efectos de la calificación jurídica de la conducta" (énfasis añadido), lo que incluye, entre otros, los tratados internacionales de DPI suscritos por Colombia como el Estatuto de Roma (Ley 742 de 2002) y los elementos de los crímenes (Ley 1268 de 2008).

La segunda razón se encuentra vinculada a la determinación de los crímenes de competencia de la JEP, es decir, aquellos que no pueden ser objeto de amnistía (aplicable a exintegrantes de las FARC-EP) ni de renuncia a la persecución penal (aplicable a integrantes de la Fuerza Pública y a terceros). Así, los artículos 23 de la ley 1820 de 2016 y 42 y 45 de la ley 1957 de 2019 establecen que no serán amnistiables ni renunciables "los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado,

(15) Estos son: Los de carácter civil que no sean objetivos militares; 2. Los culturales y los lugares destinados al culto. 3. Los indispensables para la supervivencia de la población civil; 4. Los elementos que integran el medio ambiente natural; y 5. Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma" (énfasis añadido).

De acuerdo con estas dos razones, a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma constitucional de 2017, en donde la aplicación del Estatuto de Roma no era directa para la calificación jurídica de las conductas, sino que se contaba con las conductas prohibidas que constituyen infracciones al DIH incorporadas en el Código Penal, la JEP puede utilizar la definición de crímenes de guerra que allí se incorpora. Pero ¿desde cuándo es aplicable el ER para la calificación de los crímenes de guerra? De esta pregunta se deriva la tercera razón y la conclusión del planteamiento. El ER se encuentra vigente como fuente directa para la determinación de crímenes de guerra desde el 1 de noviembre de 2002, así la competencia de la CPI frente a dichos crímenes se hubiera activado solo 7 años después.

Por esa razón, la JEP puede realizar la subsunción de conductas que constituyen crímenes de guerra, en sus diversas manifestaciones, cometidos a partir del 1 de noviembre de 2002 de manera directa a partir del ER incorporado mediante la Ley 742 de 2002. Incluso, bajo una lectura más amplia, es posible afirmar que el ER es fuente del DPI desde su aprobación el 17 de julio de 1998, y que las normas del DIH con anterioridad establecían una prohibición clara a la comisión de dichos crímenes[16]. Esto resulta relevante siempre y cuando la JEP continúe con una interpretación sistemática de las fuentes que le permiten luchar contra la impunidad, considerando en contraste las fuentes de derecho aplicables a la calificación jurídica propia que establecen los artículos transitorios 5 y 22 del acto legislativo 1 de 2017, y que deben ser tomadas para la calificación de las conductas cometidas por todas las personas sometidas a su competencia, sin distinción.

De acuerdo con la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-080 de 2018, mediante la cual se analizó la constitucionalidad de la ley estatutaria de la JEP:

> La calificación jurídica de la conducta por la JEP debe basarse, en consecuencia, en una norma previa a la comisión de la misma. La valoración de la existencia de dicha prohibición o no, la realizará la JEP en ejercicio de su competencia, quien, para la calificación jurídica, deberá asegurar que la conducta estaba claramente prohibida antes de la comisión del hecho en la Constitución, en el Código Penal vigente, en normas internacionales de Derechos Humanos, o en normas internacionales de Derecho Internacional Humanitario, o en normas imperativas de ius cogens. Así, por ejemplo, constituye norma de ius cogens la Cláusula Martens y, en general, las normas de Derecho Internacional Humanitario aplicables a los conflictos armados que instituyen "principios elementales de humanidad", también referidos en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra (tratándose de conflictos armados de carácter no internacional).
>
> Esta amplitud del principio de legalidad "obedece al conocimiento internacional acumulado, a la necesidad de una defensa progresiva de la dignidad en los conflictos armados, a la pluralidad de fuentes del derecho internacional, y a la importancia de proteger los derechos de las víctimas".
>
> De esta manera, esta comprensión del principio de legalidad para efectos de la calificación de la conducta asegura el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, así mismo, el derecho de las víctimas a la justicia frente a las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

De acuerdo con lo expuesto, el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con un andamiaje que le permite el juzgamiento, acorde con el Código Penal, de infracciones contra el derecho internacional humanitario que es relevante dado el contexto de conflicto armado interno. Adicionalmente, con ocasión de la creación de la JEP, la Constitución Política autorizó a dicha jurisdicción realizar calificaciones jurídicas propias con el propósito de luchar contra la impunidad, es decir, tomar como fuente directa, además de la legislación nacional, el DIH y el Derecho Penal Internacional con el propósito de delimitar las conductas sin sujeción exclusiva al Código Penal. Esta facultad amplía la incorporación interna de los instrumentos internacionales referidos a las infracciones al DIH y que contienen otras manifestaciones de los crímenes de guerra no incorporadas en la legislación nacional[17], por lo que se trata de la comprensión más sofisticada de lucha contra la impunidad frente a dichos crímenes.

3.3. Venezuela: Algunas consideraciones sobre la implementación del Estatuto de Roma

Venezuela firmó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 14 de octubre de 1998, y lo ratificó el 07 de junio de 2000

(16) Por ejemplo, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

(17) Esta facultad aplica también para los crímenes de lesa humanidad (CLH). Esto es especialmente relevante en la medida que en la legislación nacional no se encuentran incorporadas manifestaciones de los CLH, incluyendo sus elementos contextuales. Así las cosas, frente a los CLH la ampliación de las fuentes para la calificación jurídica propia de la JEP es determinante.

(Asamblea de Estados Parte, s. f.). El 13 de diciembre de ese mismo año, fue publicada la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en la Gaceta Oficial extraordinaria No. 5.507, y entró en vigor el 01 de julio de 2002. Esto coloca al Estado venezolano entre los primeros de la región en firmar y ratificar el Estatuto, y es uno de los 123 Estados Parte del Sistema del Estatuto de Roma.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (CRBV), en su artículo 154, establece que los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación. Dicho artículo establece como excepciones:

> (…) aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional (CRBV, 24 de marzo de 2000).

De las fechas antes señaladas, se evidencia que Venezuela ratificó el Estatuto de Roma antes de la publicación de la ley aprobatoria, lo que nos permite presumir que se consideró que el mismo permitía perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, específicamente obligaciones internacionales asumidas tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, especialmente las de investigar, juzgar y condenar a los responsables de la comisión de crímenes atroces, para así acabar con la impunidad, y contribuir a la prevención de otros crímenes (Ley Aprobatoria del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 13 de diciembre de 2000).

Debemos destacar que Venezuela ha tenido voluntad para prevenir los peores crímenes que ha conocido la humanidad, especialmente los crímenes de guerra, desde principios del siglo XX, asumiendo diversas obligaciones internacionales: en 1907 ratificó la Convención II de La Haya (sobre la ley y costumbre de la guerra terrestre) y firmó las Convenciones IV y IX de La Haya (la primera sobre la guerra en tierra y sus regulaciones, y la segunda sobre bombardeos sobre las fuerzas navales). En 1956, ratificó las convenciones de Ginebra, y en 1998 los protocolos especiales I y II[18].

Además, Venezuela se adhirió al Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945, a partir del cual se constituyó el Tribunal Internacionales Militares de Núremberg. Esto evidencia una voluntad de poner fin a la impunidad frente a los crímenes atroces.

Por otra parte, se adhirió a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, el 12 de julio de 1960, presentando dos notificaciones y una reserva, lo que demuestra que el Estado atendía los llamados de la comunidad internacional para hacer frente a los horrores que se conocieron después de 1945, lo cual alcanzó su momento cumbre con el Estatuto de Roma, con el que Venezuela se somete a la jurisdicción de la CPI de manera complementaria, sí y solo sí el Estado no quiere o no puede ejercer la jurisdicción penal sobre los más altos responsables de cometer genocidio, agresión, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra.

Lamentablemente, aún hoy en día y después de haber entrado en vigor el Estatuto, no se han podido prevenir totalmente los crímenes atroces, esto se puede observar en diversos países, e incluso Venezuela tiene abiertos dos Exámenes Preliminares en este momento.

El 8 de febrero de 2018, la entonces Fiscal Fatou Bensouda anunció el inicio de un examen preliminar sobre la situación de Venezuela, considerando los hechos ocurridos en el país desde abril de 2017. El 27 de septiembre de ese año, Colombia, Chile, Canadá, Perú, Paraguay y Argentina remitieron la situación de Venezuela, en su condición de Estados Parte, y solicitaron que el análisis de la información se realizara desde los hechos acaecidos el 12 de febrero de 2014. Este examen preliminar se conoce hoy como Venezuela I, porque el 13 de febrero de 2020 el Estado venezolano remitió una situación distinta, Venezuela II, en la que alega que:

> Se han cometido crímenes de lesa humanidad en el territorio de Venezuela "como resultado de la aplicación de medidas coercitivas ilegales adoptadas unilateralmente por el gobierno de los Estados Unidos de América (los "Estados Unidos") contra Venezuela, al menos desde el año 2014" (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2020, párr. 91).

Dichos exámenes preliminares se encuentran en etapas distintas ante la Fiscalía de la CPI. Venezuela I estuvo en fase tres, es decir se está analizando su admisibilidad

(18) *Véase* información de la firma y ratificación de otros pactos internacionales de Derecho Internacional Humanitario en https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=VE

(Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2020, párrs. 207-209) hasta la visita del Fiscal Khan al país, cuando anunció que dicho examen terminaba y se daba inicio a la etapa de investigación, el 3 de noviembre de 2021; mientras que Venezuela II se mantiene como examen preliminar, en fase dos, por lo que se está analizando la competencia de la Corte (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2020, párr. 104).

Venezuela I ha implicado un análisis del principio de complementariedad, lo que ha generado importantes inquietudes sobre la capacidad del Estado venezolano para juzgar y condenar a los posibles responsables de crímenes atroces que han podido ocurrir en el país, y sobre los que la fiscalía de la CPI tiene motivos razonables para considerar su comisión (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2020, párr. 202).

El principio de complementariedad es fundamental en el análisis que se haga de la implementación del Estatuto de Roma en cada uno de los Estados parte, por lo tanto, en este artículo se pretende hacer un esbozo de la situación actual de implementación general del Estatuto de Roma en Venezuela, para lo cual se analizará de manera general el principio de complementariedad, y se indicarán algunas limitaciones o problemas relacionados a la implementación.

3.3.1. El principio de complementariedad en Venezuela

Como hemos preciado, el Estatuto de Roma establece en su preámbulo, así como en sus artículos 1 y 17, el principio de complementariedad, que en palabras llanas significa que las primeras instituciones llamadas a hacer justicia son las jurisdicciones penales nacionales, y solo cuando los Estados no quieren o no pueden juzgar, será la CPI la llamada a hacerlo.

En la Resolución ICC-ASP/8/Res.9, se establece como aspectos fundamentales para analizar dicho principio, la falta de capacidad y la falta de voluntad[19] del Estado Parte (Asamblea de Estados Parte, 25 de marzo de 2010).

Al hablar de la falta de capacidad se hace referencia a un punto que ha sido debatido en Venezuela, "la ausencia o ineficacia de un marco legislativo de aplicación", pues en el país aunque existe una ley aprobatoria, no se cuenta con una ley de incorporación como la que se consideró debían tener los países europeos, ni se adoptó la legislación interna, ni se ha tipificado en el Código Penal ninguno de los crímenes atroces, ni tampoco se ha hecho una enmienda o reforma constitucional, como la que realizó Alemania en su momento (Moya, 2019, pp. 497-500).

Thairi Moya considera que no se ha logrado la implementación del Estatuto en Venezuela, "ni siquiera se ha logrado una mínima compaginación entre ese tratado y el derecho local" (Moya, 2019, p. 500). Por ello, incluso algunos abogados, como Fernando Fernández, han trabajado en la creación de un proyecto de Código de Derecho Penal Internacional[20].

Ahora bien, crear un Código de Derecho Penal Internacional o una ley de incorporación, o seguir un proceso de incorporación del Estatuto a la normativa interna es algo que sin duda puede realizarse, pero ello no significa que en este momento no podrían juzgarse los crímenes atroces en la jurisdicción penal venezolana. La base de esa posibilidad positiva está en entender al Estatuto de Roma como una norma de derechos humanos, y por lo tanto forma parte del bloque de constitucionalidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de la Constitución venezolana[21], el cual

(19) "(…) Hay múltiples motivos para la falta de actividad a la hora de llevar a cabo procesamientos nacionales genuinos, que pueden estar relacionados con la falta de capacidad para hacerlo. En este sentido, son de particular interés los asuntos técnicos o de capacidad correspondientes a la ausencia o ineficacia de un marco legislativo de aplicación, las limitaciones en cuanto a conocimientos expertos y experiencia en materia de investigaciones, el fracaso a la hora de asignar prioridad a las causas graves, la falta de recursos del sistema judicial, la ausencia de un programa nacional efectivo de protección de testigos o de seguridad de los magistrados y los fiscales y de ejecución de las penas, o una ausencia general de capacidad y de medios.
10. Estos retos pueden afectar de forma particular a varios Estados que cuentan con la voluntad y la intención de poner fin a la impunidad pero que carecen de los correspondientes recursos, conocimientos expertos y capacidad, así como de un estamento judicial competente e independiente.
11. La falta de voluntad constituye un reto especial a la hora de llevar a cabo procesamientos nacionales genuinos. Esta situación podría darse de resultas de la injerencia política en la judicatura y la complicidad gubernamental en la comisión de los crímenes, y se puede manifestar como una falta de voluntad a la hora de lograr la detención de los sospechosos. Si bien este documento no estudia en detalle la falta de voluntad, importa tener presente que la asistencia y la cooperación por sí solas no resolverán todas las cuestiones de impunidad (…)".

(20) *Véase* http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/953-1006.pdf.

(21) "Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".

establece que los pactos y tratados internacionales en materia de derechos humanos, suscritos y ratificados por la República tienen jerarquía constitucional, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales.

Esto último es un punto en discusión, que no ha sido resuelto por instancia judicial alguna, a diferencia de Colombia, en donde su Corte Constitucional, en la sentencia C-370 de 2006, indicó claramente que: "El Estatuto de Roma, mediante el cual se crea la Corte Penal Internacional, constituye probablemente el mayor instrumento internacional de protección a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario (…)" (Corte Constitucional Colombiana, 2006); lo cual fue ratificado al señalar en la sentencia C-488/09, que la tipificación de los crímenes atroces, especialmente el genocidio, es una forma de protección de los derechos humanos (Corte Constitucional Colombiana, 2009).

Andrea Santacruz, en un artículo próximo a ser publicado, señala:

> Los tratados en materia de derechos humanos se caracterizan porque su objeto y fin es la protección de derechos humanos, ello no significa que solo serán aquellos que reconozcan y protejan derechos humanos, pues la visión de protección a los individuos debe ser lo más amplia posible, entendiendo el protagonismo de las personas en el derecho. En consecuencia, deben incluirse como tratados de derechos humanos aquellos cuyo objeto principal no se relacione con el área, pero que contenga disposiciones de derechos humanos, disposiciones de protección a los derechos humanos (…) (Santacruz, s. f.).

Sobre esto también ha expuesto Carlos Ayala Corao, quien ha señalado:

> (…) los tratados que tienen por objeto y propósito la protección de los derechos que emanan de la dignidad de la persona humana, son tratados relativos a los derechos humanos. Tal es el caso de los tratados sobre derechos humanos tanto del sistema universal (ONU) como del sistema interamericano (OEA). Sin embargo, en otros casos, aunque los tratados no tienen el objeto propio de reconocer derechos humanos, sí tienen por propósito la protección de las víctimas de violación de los derechos humanos o asegurar la investigación y sanción de los responsables de los crímenes internacionales contra los derechos humanos. Tal es el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) (Ayala, 2002, pp. 51-52).

El Estatuto de Roma, al tipificar "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", que en definitiva son aquellos que protegen o pretenden proteger los derechos humanos y evitar que atrocidades "que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia humana" (Ley Aprobatoria del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 13 de diciembre de 2000), como el holocausto, los crímenes de guerra en la ex-Yugoslavia, Uganda o Afganistán, debe entenderse como un tratado en materia de derechos humanos Esta visión ampliada de los tratados de derechos humanos, sustentada sobre la idea del núcleo duro de los derechos humanos, es desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-26/20, donde resalta que los tratados internacionales en materia de derechos humanos son tratados que tienen una naturaleza especial, porque "son un tipo específico de tratados multilaterales" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

Se debe destacar que no se pretende agotar en este apartado lo correspondiente a una implementación total del Estatuto de Roma, que incluya las consideraciones propias del derecho penal adjetivo, por el contrario se limita a los aspectos sustantivos, especialmente la tipificación de los crímenes atroces, siendo que el punto de interés en esta oportunidad son los crímenes de lesa humanidad, debido al contexto venezolano, y los crímenes de guerra por los conflictos armados que han existido y existen en la región Latinoamericana; entendiéndose entonces que en Venezuela el Estatuto al ser una norma de rango constitucional, pueda aplicarse directamente en los casos que los tribunales conozcan y que estén relacionados con los crímenes atroces.

Darle al Estado la posibilidad de hacer justicia utilizando el Estatuto en los términos antes expuestos, es un análisis muy limitado, que no profundiza en la falta de capacidad técnica: la carencia de conocimientos de expertos que integran el sistema de justicia nacional, la falta de recursos, o la inexistencia real de un programa efectivo de protección de testigos y víctimas. Además, en Venezuela es evidente la falta de voluntad por juzgar dichos crímenes, la cual se desprende de lo dicho por la Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, que en sus conclusiones detalladas señalan:

> (…) 486. El sistema de justicia ha tenido un papel de gran importancia y centralidad en la crisis venezolana. La Misión tiene motivos razonables para creer que, si los actores fiscales y judiciales hubieran desempeñado de manera adecuada y completa su función constitucional podrían haber evitado la comisión de muchos de estos crímenes y violaciones o, por lo menos, podrían haber

> puesto trabas rigurosas para obstaculizar la capacidad de los miembros de los servicios de seguridad pública e inteligencia del Estado para cometerlos.
>
> 487. La Misión tiene motivos razonables para creer que, en lugar de proporcionar protección a las víctimas de violaciones de derechos humanos y delitos, el sistema de justicia ha jugado un rol destacado en la represión del Estado contra las opositoras y los opositores al Gobierno (…) (MII, 2021, p. 208).

La anterior fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, en un informe enviado a la Sala de Cuestiones Preliminares en el marco de un procedimiento iniciado por el Estado venezolano, indicó que la situación de Venezuela I podría ser admisible por inacción[22], destacando como fundamento jurídico el artículo 17(2)(a) y 17(2)(c) del Estatuto de Roma, donde se establece que no hay disposición a actuar en asuntos determinados, bien porque el juicio que se adelanta ha sido utilizado para "sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal", o porque el proceso no fue o no está siendo sustanciado de manera independiente o imparcial (Fatou Bensouda, 15 de junio de 2021).

En definitiva, la implementación del Estatuto de Roma en Venezuela está limitada principalmente por la falta de voluntad, y diversos aspectos relacionados con la falta de capacidad, pero la inexistencia de normas internas ajustadas al Estatuto de Roma, es un obstáculo fácilmente superable, dada la posibilidad de aplicar este conforme al artículo 23 de la Constitución, por lo que no pareciera ser una prioridad la creación de un Código especial o la modificación sustancial de normas internas para que en un futuro cercano, el sistema de justicia penal institucionalizado pueda atender los posibles casos de crímenes de lesa humanidad ocurridos en el país.

3.3.2. Limitaciones jurisprudenciales

Debe señalarse, brevemente, que en el caso venezolano la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, especialmente de la Sala Constitucional, ha ido debilitando la nacionalización de las normas internacionales en materia de derechos humanos.

Ya en el año 2003, la Sala Constitucional en su Sentencia 1942, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, establecía límites al artículo 23 de la Constitución venezolana, llegando incluso al atrevimiento de atribuirse para sí la función de interpretar las normas de los pactos y tratados internacionales en materia de derechos humanos, en franco desconocimiento de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, del 23 de mayo de 1969, además vaciando de contenido al derecho internacional de los derechos humanos, al indicar que:

> (…) A juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23: 1) Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; 2) Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos (Sala Constitucional, 15 de julio de 2003).

Como ya se expuso previamente, los tratados en materia de derechos humanos no solo son aquellos que establecen dichos derechos, sino que también debe incluirse a los que los protegen y promueven. Esta sentencia también afectó principios esenciales como el de progresividad, pero por no ser el eje central de este trabajo no se profundizará más en ella.

Otro problema, de gran relevancia en el país es la decisión reiterada de la Sala Constitucional de declarar inejecutables las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera vez que ello ocurrió fue en la sentencia No. 1939, del 18 de diciembre de 2008, en la que, además, indicó:

> 2) Con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana

(22) "8. Significantly, having reviewed the information submitted by the domestic authorities, the potential cases that would likely arise from an investigation into the situation would be admissible in terms of inaction. This is because of the limited number of relevant domestic proceedings relating to the potential cases identified by the Prosecution; their highly limited scope relative to its findings; and the lack of concrete, progressive steps in those cases to ascertain the criminal responsibility of suspected persons. Nonetheless, given that some of the underlying conduct and specific incidents examined by the Venezuelan authorities appear to at least partially correspond to some of the underlying conduct and incidents assessed by the Prosecution as part of its potential cases, it has also conducted a genuineness assessment into potentially relevant national proceedings. This has resulted in the conclusion that the authorities are unwilling genuinely to investigate and/or prosecute such cases. This is because, according to the information available, domestic proceedings have been undertaken or national decisions made for the purpose of shielding persons from criminal responsibility, under article 17(2)(a), and/or domestic proceedings have not been conducted independently or impartially, meaning that they have been conducted in a manner which is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice, under article 17(2)(c) of the Statute". Para más información, *véase* https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2021_05505.PDF.

de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión (Sala Constitucional, 18 de diciembre de 2008).

La denuncia de la Convención ocurrió en el año 2012, pero evidentemente el poder judicial no se opuso a ella, pues ya la había solicitado hacía unos años, contraviniendo así el principio de progresividad y procurando dejar a los venezolanos en una situación de desprotección, que luego se vio profundizada una vez que se denunció en 2017 la Carta de la Organización de Estados Americanos.

Este escenario, expuesto de manera muy general, pretende estimular el debate y mostrar cómo el Estado Venezolano no tiene voluntad actualmente para implementar tratados en materia de derechos humanos desde una perspectiva amplia, ni de establecer la verdad de los hechos que han configurado graves violaciones de derechos humanos, proveer justicia a las víctimas, y establecer garantías de no repetición, porque el máximo tribunal del país se ha encargado de socavar las bases para ello, y en consecuencia, también se ha debilitado la implementación del Estatuto de Roma.

3.3.3. Venezuela y los conflictos armados

Por último, y siendo que el eje central de este análisis son los crímenes de guerra, debe destacarse que, durante el siglo XX, no se desarrollaron guerras o conflictos armados internaciones en territorio venezolano, lo más parecido fue el bloqueo marítimo que sufrieron las costas venezolanas por las fuerzas navales inglesa, alemana e italiana entre 1902 y 1903 (Zambrano, 2013). No obstante, a nivel interno hubo un período en el que existió una guerrilla venezolana, pues en 1963 nacen las Fuerzas Armadas de Liberación Nacional (FALN), pero el proceso de pacificación se inició prontamente, en 1969, con el gobierno de Rafael Caldera, por lo cual los movimientos guerrilleros perdieron fuerza al iniciar los años setenta (Lucha armada venezolana en los 60, octubre 2010, pp. 22-43).

Recientemente, se han vivido conflictos armados entre la Fuerza Armada Nacional y presuntos grupos disidentes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP) que hacen vida en Venezuela. El 21 de marzo de 2021 se inició un operativo armado, que incluyó bombardeos en el estado Apure, extendiéndose más de un mes y que derivó en la movilización forzada de miles de personas hacia Colombia, militares heridos y asesinados y campesinos ejecutados extrajudicialmente, pero es difícil obtener información precisa de los hechos[23].

En Venezuela, también hay grupos de delincuencia organizados que controlan determinadas zonas, por ejemplo, el ACNUDH hizo referencia a grupos de este tipo en la zona minera del estado Bolívar (ACNUDH, 2020), y hasta hace pocos meses una banda criminal liderada por "el Koki" dominaba de manera violenta diversas zonas de Caracas. Estas organizaciones en oportunidades se enfrentan con armas de guerra a las fuerzas de seguridad del Estado, pero por las características de la situación no puede considerarse como un conflicto armado en los términos desarrollados por el Derecho Internacional Humanitario.

Venezuela vive una Emergencia Humanitaria Compleja[24], derivada de una

(23) Para poder tener información, *véase* https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56645187

(24) A finales de 1994 el Comité Permanente entre Organismos (IASC), principal órgano de políticas humanitarias de las Naciones Unidas, formuló una definición de las emergencias humanitarias complejas en la 16ava. Reunión de su Grupo de Trabajo. *Véase* en https://interagencystandingcommittee.org/system/files/legacy_files/WG16_4.pdf. Allí se dijo que el término pudo ser utilizado mucho antes; pero no fue hasta que Naciones Unidas se vio más involucrada en "emergencias humanitarias por mandatos de paz y de seguridad internacionales" que se hizo necesario adoptar una definición para ejercer su papel de movilizar asistencia humanitaria en un vínculo dinámico con el establecimiento de la paz". *Véase* en https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/Manual-Derecho-a-la-Protección-Internacional-en-Crisis-Mayores-20191.pdf. Se define en inglés: "a) a humanitarian crisis which occurs in a country, region, or society where there is a total or considerable breakdown of authority resulting from civil conflict and/or foreign aggression; b) a humanitarian crisis which requires an international response which goes beyond the mandate or capacity of any single agency; c) a humanitarian crisis where the IASC assesses that it requires intensive and extensive political and management coordination" (*véase* https://interagencystandingcommittee.org/system/files/legacy_files/WG16_4.pdf). Para tener más información sobre el tema, *véase* https://www.civilisac.org/emergencia-humanitaria-compleja/las-emergencias-humanitarias-complejas-caracter-politico#:~:text=Civilis%20DDHH)%20A%20diferencia%20de,son%20fundamentalmente%20de%20car%C3%A1cter%20pol%C3%ADtico.&text=Esta%20es%20una%20situaci%C3%B3n%20que,entonces%20es%20una%20emergencia%20compleja. En esta fuente, se indica que: "A diferencia de las crisis humanitarias que vienen determinadas por desastres naturales o conflictos armados, las emergencias complejas son fundamentalmente de carácter político. Se trata de crisis humanitarias graves que suelen ser el resultado de una combinación de factores que van desde inestabilidad política, quiebre y fragmentación del Estado, conflictos y violencia, fracaso de políticas de desarrollo, desmoronamiento de la economía formal, desigualdades sociales y pobreza subyacente; que generan grandes impactos sobre la estabilidad cultural, civil, política y económica de las sociedades".

crisis multifactorial, en la que se ha quebrado la institucionalidad Estatal. Ello ha derivado en graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos, y es probablemente un factor de atención, frente a altos niveles de violencia que podrían profundizarse si no se atienden oportunamente.

4. Conclusiones

El análisis de los procesos de implementación de las obligaciones del Derecho Penal Internacional, particularmente de los crímenes internacionales, en estos tres países -Perú, Colombia y Venezuela- nos permite identificar algunos elementos comunes a los tres países, así como características particulares en cada uno de ellos.

Como punto de partida, hay una tarea ineludible: la plena implementación de todo el catálogo de crímenes internacionales dentro de nuestros países sigue siendo una tarea pendiente (aunque en Colombia se cuentan con más tipos implementados frente a los otros dos países). La tarea no debe comenzar desde cero: tanto en Perú como en Venezuela se cuentan con proyectos de ley sobre implementación del Estatuto de Roma que pueden servir de antecedentes importantes para la implementación en dichos países.

Frente al desafío de la ausencia de legislación expresa sobre crímenes internacionales (o de su plena implementación), los sistemas judiciales han respondido con innovaciones y alternativas interesantes. En Colombia, la falta de implementación específica encuentra una salida por el mandato de la JEP para hacer su propia calificación en torno a los crímenes internacionales, a través de un mandato constitucional expreso para hacerlo. Además, por vía de interpretación judicial, los tribunales han podido aplicar categorías del Estatuto de Roma a procesos internos. En el Perú, la aplicación del Estatuto de Roma a falta de tipos penales es más compleja, pero hemos tenido importantes decisiones que se han referido al Estatuto como medio de interpretación. Por último, en Venezuela, la interpretación del Estatuto de Roma como norma de derechos humanos que forma parte del bloque de constitucionalidad también ofrecen posibilidades de aplicación del Estatuto.

En conclusión, hay signos de innovación para utilizar o aplicar el Estatuto de Roma ante la falta de acción del legislador nacional. Empero, ello no elimina la urgencia de poder avanzar y culminar los procesos de implementación del Estatuto de Roma y otras obligaciones del Derecho Internacional de modo integral y sistemático dentro de nuestros ordenamientos, incluyendo de los principios relevantes del DIH y DPI. Ello, por las obligaciones asumidas, por el principio de complementariedad, pero, también, por los beneficios que la plena implementación ofrece.

Referencias bibliográficas

ACNUR. (2010, 28 de junio). Enmienda de Kampala al Estatuto de Roma relativa al crimen de agresión. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8015.pdf

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH]. (2020, 15 de julio). Independencia del sistema de justicia y acceso a la justicia, incluyendo violaciones a los derechos económicos y sociales en la República Bolivariana de Venezuela, y situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco. https://cepaz.org/wp-content/uploads/2020/07/Informe-Bachelet-15-de-julio-2019.pdf

Asamblea de Estados Partes. (s.f). The States Parties to the Rome Statute. Assembly of States Parties to the Rome Statute. https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx

Asamblea de Estados Partes. (2010, 25 de marzo). Resolución ICC-ASP/8/Res.9 Conferencia de Revisión. https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ICC-ASP-8-Res.9-SPA.pdf

Ayala, C. (2002). *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias.* En R. Méndez (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos* (pp. 37-90). Instituto de Investigaciones Jurídicas. https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/jerarquc3ada-de-los-tratados-de-ddhh-ayala-corao-1.pdf

Bensouda, F. (2021, 15 de junio). *Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela I*. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2021_05505.PDF

Centro Nacional de Historia. (2010). Lucha armada venezolana en los 60. *Memorias de Venezuela, 16*, 22-43. http://cnh.gob.ve/images/PDDrmemoriasdevenezuela/Memorias16c.pdf

Comisión de Derechos Humanos [COMISEDH]. (2019). *Hacia la Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) en el Perú*. COMISEDH. https://comisedh.org.pe/wp-content/uploads/2016/12/Hacia-la-implementacion-del-Estatuto-de-Roma.pdf

Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. (2003). *Informe Final*. CVR. https://www.cverdad.org.pe/ifinal/

Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República del Perú. (2009, 14 de abril). *Acta de la Décimo Octava Sesión Ordinaria 2008*. Período Legislativo 2008-2009.

https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2008.nsf/1ActasComisiones/64E0FDC014AAA313052575BA0055350E/$FILE/ACTAJUSTICIA14-21-03-2009.pdf

Comisión Especial Revisora del Código Penal (CERCP). (2003). *Adecuación de la Legislación Penal al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

Comité Internacional de la Cruz Roja. (s.f). *Treaties, State Parties, and Commentaries*. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountry.xsp

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2018, 24 de setiembre). *Estos son los grupos que hacen parte del conflicto armado en Colombia.* https://www.icrc.org/es/document/el-nuevo-grupo-que-entra-hacer-parte-del-conflicto-armado-en-colombia

Congreso de la República Bolivariana de Venezuela. (2000, 13 de diciembre). *Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.* Gaceta Oficial extraordinaria 5507.

Congreso de la República de Colombia. (2000, 24 de julio). Ley 599. *Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial 44097. https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_599_2000.pdf

Congreso de la República de Colombia. (2001, 30 de julio). Acto legislativo 01 de 2001. *Por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política*. Diario Oficial 44506. https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-90475_archivo_pdf.pdf

Congreso de la República de Colombia. (2002, 7 de junio). Ley 742. *Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).* Diario Oficial 44826. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=5964

Congreso de la República de Colombia. (2008, 31 de diciembre). Ley 1268. *Por medio de la cual se aprueban las "reglas de procedimiento y prueba" y los "elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional", aprobados por la Asamblea de los Estados Parte de Corte Penal Internacional, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002*. Diario Oficial 47219. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=34489

Congreso de la República de Colombia. (2017, 4 de abril). Acto legislativo 1 de 2017. *Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial 50196. https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30030428

Congreso de la República de Colombia. (2019, 6 de junio). Ley 1957. *Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*. Diario Oficial 50976. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=94590

Congreso de la República del Perú. (2005). *Proyecto de Ley 14659/2005-CR*.

Congreso de la República del Perú. (2007). *Proyecto de Ley 1707/2007-CR*.

Congreso de la República del Perú. (2012). *Proyecto de Ley 1615/2012-CR*.

Congreso de la República del Perú. (2014). Dictamen de un texto sustitutorio mediante el cual se propone la Ley del Nuevo Código Penal.

Congreso de la República del Perú. (2016). *Proyecto de Ley 498/2016-CR*.

Constitución Política del Perú. (1993). *Presidencia de la República del Perú*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_del_Peru_1993.pdf

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. (1984, 10 de diciembre). *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx

Convenio de Ginebra I para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 1949. (1949, 12 de agosto). Comité Internacional de la Cruz Roja. https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-1-5tdkna.htm

Convenio de Ginebra II para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 1949. (1949, 12 de agosto). Comité Internacional de la Cruz Roja. htttps://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-2-5tdkwc.htm

Convenio de Ginebra III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949. (1949, 12 de agosto). Comité Internacional de la Cruz Roja. https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm

Convenio de Ginebra IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949. (1949, 12 de agosto). Comité Internacional de la Cruz Roja. https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm

Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio. (1948, 12 de setiembre). *Comité Internacional de la Cruz Roja.* https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-578/02. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-578-02.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sentencia C-370/06. https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2006/C-370-06.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia C-488/09. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-488-09.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2018). *Sentencia C-080/18*. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/c-080-18.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020, 9 de noviembre). Opinión Consultiva OC-

26/20. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_26_esp.pdf

Corte Penal Internacional. (s.f.). *National Criminal Jurisdictions.* ICC Legal Tools Database. https://www.legal-tools.org/

Corte Penal Internacional. (2011, 30 de agosto). Prosecutor v. Muthaura and others. Judgment on the Appeal of the Republic of Kenya against the Decision on Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled "Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute.

Corte Penal Internacional. (2013, 31 de marzo). Prosecutor vs. Saif Al-Islam Gaddafi. Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi. https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/11-01/11-344-Red

Corte Penal Internacional. (2014, 7 de marzo). The Prosecutor v. Germain Katanga. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/04-01/07-3436-tENG

Corte Penal Internacional. (2016, 27 de setiembre). Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/12-01/15-171

Corte Penal Internacional. (2019, 5 de abril). Prosecutor vs. Saif Al-Islam Gaddafi. Decisión sobre la Admisibilidad. https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/11-01/11-662

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2009, 13 de noviembre). Acuerdo Plenario 9-2009/CJ-116. http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Jurisp/2010/Enero/08/AP-9-2009-CJ-116.pdf

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (1998, 17 de julio). *Naciones Unidas*. https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2020, 14 de diciembre). *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020 (Colombia)*. https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-col-spa.pdf.

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2020, 14 de diciembre). *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020 (Venezuela I)*. https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-ven-i-spa.pdf.

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2020, 14 de diciembre). *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020 (Venezuela II)*. https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-ven-ii-spa.pdf

Gurmendi, A. (2017). *Conflicto armado en el Perú. La época del terrorismo bajo el derecho internacional*. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú. (2020). Anteproyecto de "Ley para prevenir y sancionar los crímenes internacionales y los delitos contra los derechos humanos"

Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela. (2020, 25 de setiembre). *Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Bolivariana de Venezuela*. https://undocs.org/es/A/HRC/45/33

Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela. (2021, 16 de setiembre). *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A-HRC-48-CRP.5_SP.pdf

Moya, T. (2019). *La figura de la atribución de la Responsabilidad establecida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su compatibilidad con la Constitución de Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana.

Parenti, P. (2010). *La Inaplicabilidad de Normas de Prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En G. Elsner, K. Ambos & E. Malarino (coords.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* (pp. 211-228). KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26835.pdf

Plataforma Única del Estado Peruano. (2020). *Ministro Fernando Castañeda se compromete a impulsar anteproyecto de ley para prevenir y sancionar crímenes internacionales. Nota de prensa*. https://www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/84857-ministro-fernando-castaneda-se-compromete-a-impulsar-anteproyecto-de-ley-para-prevenir-y-sancionar-crimenes-internacionales

Presidencia de la República del Perú. (1991, 8 de abril). Decreto Legislativo 635. *Por el que se promulga el Código Penal, aprobado por la Comisión Revisora constituida por la ley núm. 25280*. El Peruano. https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0034/codigo-penal-29.07.2020.pdf

Presidencia de la República del Perú. (2004, 29 de julio). Decreto Legislativo 957. *Por el que se dicta el Código Procesal Penal*. Poder Judicial. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/77a924804e7d8bb38ff6ff2670ef9145/dl+957.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=77a924804e7d8bb38 ff6ff2670ef9145

Presidencia de la República del Perú. (2010, 31 de agosto). Decreto Legislativo 1094. *Código de Justicia Militar Policial*. Presidencia de la República. https://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/13815/PLAN_13815_2014_D.LEG._N%C2%BA_1094_Codigo_Penal_Militar_Policial-126_pags.pdf

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977. (1977, 8 de junio). *Comité Internacional de la Cruz Roja. (*https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales, 1977.

(1977, 8 de junio). *Comité Internacional de la Cruz Roja*. https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados. (2000, 25 de mayo). *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. https://www.ohchr.org/sp/ProfessionalInterest/Pages/OPACCRC.aspx

Reyes, M. (2021). *Una tarea pendiente: apoyar la plena implementación del Estatuto de Roma*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/una-tarea-pendiente-apoyar-la-plena-implementacion-del-estatuto-de-roma/

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. (2003, 15 de julio). Sentencia 1942. http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1942-150703-01-0415.HTM

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. (2008, 18 de diciembre). Sentencia 1939. http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.HTML

Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2009, 7 de abril). Sentencia contra el expresidente Alberto Fujimori. Expediente N° AV 19-2001 (acumulado). Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE. https://derechoshumanos.pe/2009/04/sentencia-de-la-corte-suprema-contra-fujimori/

Salmón, E. (2007). *El Derecho Internacional Humanitario y su relación con el Derecho interno de los Estados.* Palestra Editores.

Tribunal Constitucional del Perú. (2015, 8 de julio). Sentencia recaída sobre el Expediente 022-2011-PI/TC. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el articulo único de la Ley 29548, diversos artículos del Decreto Legislativo 1094 y diversos artículos del Decreto Legislativo 1095. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00022-2011-AI.pdf

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. (1995, 2 de octubre). Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule". Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm

Zambrano, M. (2013). *El bloqueo Naval a Venezuela (1902/1903) como elemento cristalizador de un nuevo principio de derecho internacional.* http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/32378/Documento_completo_.pdf?sequence=4

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.004

Persecución penal internacional de los crímenes cometidos durante el Paro Nacional en Colombia como salvaguarda de la democracia(*)(**)

International criminal prosecution of crimes committed during the National Strike in Colombia as a safeguard of democracy

Santiago Alberto Vargas Niño(***)
Universidad de Los Andes (Bogotá, Colombia)

Resumen: Este artículo explora la posibilidad de remitir la situación del Paro Nacional de 2021 en Colombia a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Tras realizar un breve recuento de aquellos hechos y de verificar que estarían excluidos del examen preliminar vigente, el autor señala que existen motivos razonables para creer que podrían constituir crímenes de lesa humanidad y que los casos que potencialmente surgirían de estos serían admisibles. A continuación, el escrito sugiere que la intervención de la Corte Penal Internacional en Colombia podría enviar un mensaje de repudio a las conductas que atentan contra la democracia. Las conclusiones ofrecen un llamado a que estos lamentables acontecimientos no queden impunes.

Palabras clave: Corte Penal Internacional - Crímenes de Lesa Humanidad - Violencia Estatal - Remisión de Situaciones - Democracia - Colombia

Abstract: This article explores the possibility of referring the situation of the 2021 "National Strike" in Colombia to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court. Upon presenting a brief account of the relevant facts and confirming that they would fall outside the scope of the ongoing preliminary examination, the author indicates that there are reasonable grounds to believe that they could constitute crimes against humanity and that the potential cases stemming from them would be admissible. Subsequently, the paper suggests that the intervention of the International Criminal Court could signal repudiation for conduct that infringes upon democracy. The concluding remarks call for those regrettable occurrences not to go unpunished.

Keywords: International Criminal Court - Crimes Against Humanity - State Violence - Situation Referral - Democracy - Colombia

---

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 27 de octubre de 2021 y su publicación fue aprobada el 10 de diciembre de 2021.

(**) Las opiniones expresadas en este artículo son atribuibles exclusivamente a su autor y no representan la postura oficial de ninguna institución a la cual se encuentre vinculado.

(***) Abogado y Politólogo (Universidad de Los Andes, 2012) y Magíster de Estudios Avanzados en Derecho Internacional Público, Especializado en Derecho Penal Internacional, cum laude (Universided de Leiden, 2016). Ex practicante, asistente legal, oficial legal asistente y consultor de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Profesional Especializado Grado 33 del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia). ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0554-6577. Correo electrónico: santiagovargasnino@outlook.com.

1. Introducción

El 28 de abril de 2021, aproximadamente a las tres y media de la tarde, el adolescente Marcelo Agredo, quien se encontraba participando en las manifestaciones del Paro Nacional en la ciudad de Cali, pateó en la espalda a un agente motorizado de la Policía Nacional de la República de Colombia (en adelante "Colombia") y emprendió su huida. La reacción del uniformado fue accionar su arma de dotación, una pistola SIG Sauer SP 2022 calibre 9x19mm, en varias ocasiones contra el menor. Según fue reportado por "Cuestión Pública", un medio de comunicación independiente en Colombia, una de las balas impactó a Agredo en la cabeza y le causó la muerte (Campos, 2021).

Sería el preludio de tres meses de violencia estatal durante los cuales se cometieron numerosas violaciones a los derechos humanos (en adelante "DDHH"). En efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH") reportó un "uso excesivo y desproporcionado de la fuerza", dirigido a "disuadir la participación en las manifestaciones", que incluyó "el empleo indiscriminado de armas de fuego" y la participación de "personas civiles armadas [que] se desplazaban en motocicletas y camionetas con las placas tapadas al momento de intimidar, agredir y hostigar a manifestantes" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021).

En este contexto, la CIDH identificó, entre otros, los siguientes patrones de conducta estatal: (i) "la utilización de violencia de género como mecanismos [sic] de represión contra mujeres, niñas y personas LGBTI"; (ii) "[v]iolencia basada en discriminación étnico-racial"; (iii) "[v]iolencia contra periodistas"; (iv) "ataques a las misiones médicas por parte de la fuerza pública, poniendo en riesgo la vida e integridad del personal de salud"; (v) un "alto número de traslados por protección" irregulares y que se estarían utilizando "tanto para amedrentar a algunos manifestantes, como para eludir las exigencias de acreditar la flagrancia u orden judicial para la detención"; (vi) "informes de que algunas de las personas reportadas como desaparecidas han sido encontradas sin vida" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021).

Colombia ratificó el Estatuto de Roma (en adelante "ER") de la Corte Penal Internacional (en adelante "CPI") el 5 de agosto de 2002 (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1997). En consecuencia, de conformidad con el artículo 126(2) de dicho instrumento, la CPI ha tenido competencia sobre los crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio colombiano a partir de 1 de noviembre de 2002. De hecho, la Fiscalía de la CPI se encuentra adelantando un examen preliminar de la situación en Colombia desde junio de 2004 (Corte Penal Internacional, 2021). No obstante, dicho examen no cobija los hechos del Paro Nacional de 2021.

Dada la gravedad de las conductas presuntamente cometidas por agentes de la fuerza pública, las cuales no solo podrían configurar crímenes de lesa humanidad, sino que también amenazan con erosionar los pilares de la democracia participativa, este artículo analizará la posibilidad de remitirlas a la CPI como parte de una situación definida en términos geográficos y temporales muy precisos.

Con este propósito en mente, se consultaron y resumieron las principales fuentes secundarias relativas a la violencia estatal desplegada durante el Paro Nacional y a las investigaciones penales iniciadas por conductas punibles cometidas en su contexto. Ello con el propósito de ubicar al lector en la situación objeto de estudio. Asimismo, se analizaron los reportes sobre actividades de examen preliminar y el acuerdo suscrito entre la Fiscalía de la CPI y Colombia para cerrar la situación que se adelantaba en este país sudamericano. Dicha labor pretendía fijar el alcance de dicha situación, la aproximación de la Fiscalía de la CPI al principio de complementariedad en un contexto dominado por iniciativas de justicia transicional que dificultaban un análisis sencillo de admisibilidad y la imposibilidad de vincular los hechos del Paro Nacional a tal escenario. Posteriormente, se realizó un análisis doctrinal del ER, la jurisprudencia de la CPI y documentos de política emanados de su Fiscalía con miras a determinar si los hechos del Paro Nacional podrían satisfacer, *prima facie,* los requisitos de competencia y admisibilidad de situaciones ante la CPI. De igual manera, se evaluaron doctrinalmente los tratados y providencias internacionales relevantes para establecer el valor del derecho de reunión en los regímenes democráticos y la necesidad de proteger su ejercicio aun por vía del Derecho Penal Internacional (en adelante "DPI").

Luego de esta introducción, la segunda sección ofrecerá un sucinto recuento fáctico de la oleada de manifestaciones pacíficas durante el Paro Nacional de 2021 y de la reacción del gobierno de Iván Duque Márquez (en adelante, "Duque") y sus fuerzas de seguridad. A continuación, el tercer acápite del texto realizará una breve referencia al

examen preliminar de la situación en Colombia para demostrar que este abarcó, ni podría abarcar, los hechos relativos al Paro Nacional de 2021. Seguidamente, el cuarto capítulo presentará un análisis preliminar de competencia y admisibilidad de una nueva situación en Colombia. Una vez presentado tal escenario, el quinto apartado promoverá la intervención de la CPI en la situación en Colombia como un escenario idóneo para enviar el mensaje de defensa de la democracia que no ha podido consolidar en las situaciones en Kenia, Costa de Marfil, Guinea y Burundi. Por último, se ofrecerán algunas conclusiones acerca de la necesidad de que el DPI sea empleado una herramienta para defender la vigencia del estado de derecho en un país al menos nominalmente democrático.

2. Los hechos más notorios del Paro Nacional de 2021

A partir del año 2019, la ciudadanía colombiana se ha movilizado en respuesta a múltiples causas de insatisfacción: la pobreza, la desigualdad y la violencia, aunadas a un gobierno altamente impopular y plagado de escándalos de corrupción, vínculos -en ocasiones familiares- con narcotraficantes y clientelismo, han mantenido a la población en un estado de ebullición permanente. No obstante, el considerable impacto económico de la pandemia ocasionada por el virus SARS-CoV-2 y la inoportuna presentación de una propuesta de reforma tributaria que ampliaba la base de tributación de personas naturales y los productos sujetos al IVA, gravaba servicios públicos domiciliarios para los estratos sociales más altos y extendía beneficios a sectores económicos cercanos al gobierno catalizaron una masiva movilización social a partir del 28 de abril de 2021.

La CIDH identificó que: “entre el 28 de abril y el 4 de junio, en el marco del paro nacional, se realizaron 12,478 protestas en 862 municipios de los 32 departamentos, que incluyen: 6,328 concentraciones, 2,300 marchas, 3,190 bloqueos, 632 movilizaciones y 28 asambleas”. En 11% de esos eventos, correspondientes a 1,418 manifestaciones, el estado decidió desplegar unidades del Escuadrón Móvil Antidisturbios (en adelante “ESMAD”) de la Policía Nacional para controlar multitudes que, en su criterio, participaron en “disturbios o acciones violentas que a su juicio afectaron la convivencia ciudadana” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021). Human Rights Watch (en adelante “HRW”) identificó que: “en reiteradas ocasiones los policías han dispersado manifestaciones pacíficas de manera arbitraria y empleado la fuerza de forma excesiva, y a menudo brutal, incluso mediante el uso de municiones letales” (Human Rights Watch, 2021). Esta información fue reafirmada por la CIDH, la cual identificó que: “en reiteradas ocasiones, así como en diversas regiones del país, la respuesta del Estado se caracterizó por el uso excesivo y desproporcionado de la fuerza, en muchos casos, incluyendo la fuerza letal” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021).

Al uso arbitrario de la fuerza pública se adicionó un preocupante patrón de actuación paraestatal: “en algunos departamentos como el Valle del Cauca, las personas civiles armadas se desplazaban en motocicletas y camionetas con las placas tapadas al momento de intimidar, agredir y hostigar a manifestantes o a quienes huían de los enfrentamientos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021).

Los resultados de la respuesta armada del Estado y los particulares que aparentemente actuaron con su aquiescencia fueron dramáticos.

A pesar de señalar su preocupación por la incongruencia de las cifras relativas a violaciones a los DDHH cometidas en el marco del Paro Nacional, la CIDH observó que, entre el 28 de abril y el 5 de junio se presentaron entre 51 y 84 muertes, 21 a 84 de las cuales se habrían producido en el marco de la protesta social (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021). Por su parte, HRW documentó 68 fallecimientos y confirmó que 34 de aquellos tuvieron lugar durante las manifestaciones (Human Rights Watch, 2021).

Adicionalmente, la CIDH identificó entre 1,106 y 1,790 civiles lesionados, 18 a 84 de los cuales sufrieron pérdidas anatómicas de al menos uno de sus globos oculares (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021).

Según HRW, entre los heridos se contaban varios “periodistas y defensores de derechos humanos que estaban cubriendo las protestas. Muchos de ellos estaban usando chalecos que los identificaban como miembros de la prensa o de organizaciones de derechos humanos” (Human Rights Watch, 2021). En esta materia, la CIDH identificó “por lo menos 236 ataques desde el comienzo de las protestas. Dichos ataques incluyen agresiones físicas, amenazas relacionadas con su labor en la cobertura de las protestas, robos y eliminaciones de material documental, hostigamientos, obstrucciones al trabajo periodístico, detenciones ilegales” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021).

El trabajo de las misiones médicas también se vio afectado por el brutal despliegue de tácticas represivas por parte del estado colombiano. En efecto, la CIDH reportó "ataques a las misiones médicas por parte de la fuerza pública, poniendo en riesgo la vida e integridad del personal de salud, así como sobre denuncias de obstáculos para el tránsito regular de vehículos de emergencia sanitaria". Entre estos últimos, la CIDH llamó la atención sobre episodios de "presunta obstrucción del paso de ambulancias por parte de la fuerza pública, como sobre su uso en algunos casos para el transporte de fuerza pública y/o su armamento" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021). A estas graves conductas adicionó la existencia de "amenazas y de hostigamientos a unidades médicas y a personal de salud, especialmente a quienes estarían brindando soporte a las personas de la primera línea, así como hacía estudiantes que se han organizado para apoyar las manifestaciones" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021). Igualmente, se refirió a "presuntos impedimentos por parte de la fuerza pública, particularmente del ESMAD, para la atención oportuna de personas manifestantes heridas" y a "presuntas indicaciones de agentes del Estado para recusar la atención a las personas heridas en las manifestaciones" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021).

Asimismo, HRW documentó "17 golpizas violentas cometidas por la policía, en muchos casos con bastones", una de las cuales causó la muerte de la víctima (Human Rights Watch, 2021).

De otra parte, se presentaron entre 419 (Human Rights Watch, 2021) y 465 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021) casos de desaparición, así como un estimado de más de 5,500 (Human Rights Watch, 2021) a 7,020 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021) privaciones irregulares de la libertad. Este elevado número de detenciones, adelantadas bajo la controversial figura de "traslado por protección", llamó la atención de la CIDH, pues contradecía el carácter excepcional de dicha medida.

Adicionalmente:

> No se conocerían los parámetros objetivos utilizados por la policía para realizar tales figuras policiales (…) la detención se habría extendido, en algunos casos, más allá del plazo de 12 horas permitido y en lugares no habilitados. Además, se estaría utilizando, tanto para amedrentar a algunos manifestantes, como para eludir las exigencias de acreditar la flagrancia u orden judicial para la detención por la presunta comisión de actos delictivos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021).

Agentes de la fuerza pública, además, fueron presuntamente responsables de entre 85 (Human Rights Watch, 2021) y 113 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021) instancias de violencia sexual y basada en el género.

Otro aspecto notorio de la violencia desplegada durante el Paro Nacional fue la prevalencia de ataques contra grupos étnicos o raciales protegidos, particularmente en la ciudad de Cali (Valle). Al respecto, la CIDH remarcó que "al menos 82 personas afrodescendientes entre 13 y 60 años habrían sido víctimas de represión por parte de la fuerza pública en el marco de las protestas" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021). Similarmente, "se registran 50 casos de ataques contra integrantes de la Minga Nacional, Social, Popular y Comunitaria desde el inicio de las movilizaciones el 28 de abril de 2021" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021).

Para Amnistía Internacional (en adelante "AI"), fue posible determinar:

> Un patrón en las violaciones de los derechos humanos cometidas en el marco de manifestaciones sociales en diferentes partes del país. Los hechos denunciados por organizaciones de derechos humanos nacionales no son hechos aislados o esporádicos, sino que responden a un "modus operandi" de represión violenta documentado en manifestaciones de años anteriores (Amnistía Internacional, 2021).

La violencia desplegada por agentes (para)estatales en el marco del Paro Nacional generó considerable preocupación internacional. Así, al evidenciar "la situación extremadamente tensa, con soldados y policías desplegados para controlar la protesta", la Portavoz de La Oficina de la Alta Comisionada de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante "ONU") para los Derechos Humanos: "llamó a la calma y recordó a las autoridades del país sudamericano su responsabilidad de proteger los derechos humanos, incluido el derecho a la vida y a la seguridad personal, y de facilitar el ejercicio del derecho a la libertad de reunión pacífica" (Organización de las Naciones Unidas, 2021). Por su parte, la CIDH expresó: "su más profunda preocupación por la gravedad y el elevado número de denuncias de violaciones a los derechos humanos producto del uso excesivo de la fuerza en el contexto de las protestas sociales" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021). Similarmente, el Comité contra las Desapariciones Forzadas de la ONU consignó su inquietud acerca de los hechos violentos acaecidos en Colombia y reiteró que ninguna circunstancia, por excepcional

que esta sea, justifica la desaparición forzada (Organización de las Naciones Unidas, 2021).

Adicionalmente, el 12 de mayo de 2021, varias organizaciones de derechos humanos remitieron una comunicación a la Fiscalía de la CPI solicitándole que se pronunciara acerca de 47 homicidios, 12 casos de acoso sexual, 548 personas desaparecidas y 963 detenciones ilícitas (ECCHR, 2021).

No obstante, la persecución penal de estas conductas ha sido enteramente insuficiente en Colombia. En efecto, la CIDH expresó su preocupación ante la iniciación de -tan solo- 12 investigaciones por homicidio ante la jurisdicción penal militar. En su criterio, "la aplicación del fuero militar es incompatible con la Convención Americana, pues supone que las propias fuerzas de seguridad juzguen a sus pares" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021). Por su parte, AI señaló que el Ministerio de Defensa apenas refirió cuatro investigaciones disciplinarias contra miembros de la fuerza pública y 34 indagaciones a cargo de la justicia penal militar por hechos asociados al Paro Nacional (Amnistía Internacional, 2021). Más recientemente, reportes de prensa indican que la Policía Nacional ha abierto "231 investigaciones internas por el paro nacional, de las cuales 176 empezaron de oficio y 55 por quejas recibidas. De ellas, 111 permanecen vigentes y 120 fueron cerradas". Tan solo "seis uniformados resultaron sancionados, dos de ellos destituidos, y siete están suspendidos provisionalmente" (El Espectador, 2021). Es más, la ausencia de persecución penal con respecto a los hechos de violencia del Paro Nacional llevó a que el Consejo de Estado conminara a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación a que:

> De manera célere, prevalente y especial realicen las investigaciones penales y disciplinarias por los posibles hechos delictivos y de abuso de poder de los servidores públicos, acaecidos en el marco de las protestas desarrolladas desde el día 28 de abril de 2021 y siguientes en el territorio nacional, con la finalidad de que los acciones penales y disciplinarias no prescriban, toda vez que las resultas de esos procesos representan un interés nacional por el momento histórico que atraviesa el país (Jeimmy Acuña Naranjo, 2021).

A pesar de este requerimiento judicial, la opinión pública no ha conocido -a la fecha de redacción de este documento- las medidas tomadas por las autoridades penales y disciplinarias ordinarias para garantizar que los hechos relatados anteriormente no queden en la impunidad.

Más recientemente, el Senador Iván Cepeda Castro, en conjunto con varias organizaciones de DDHH, informó a la Fiscalía de la CPI acerca del lento avance de las investigaciones penales por hechos de violencia relacionados con el Paro Nacional. En su misiva, el legislador advirtió que:

> Existe una demora injustificada en la investigación de la gran mayoría de los casos (…) en los pocos casos en los que existe un avance procesal, se ha podido determinar que no existe independencia e imparcialidad por parte de los órganos judiciales, pues buena parte de las investigaciones se están adelantando por la Justicia Penal Militar, y en otras, la Fiscalía ha decidido investigar únicamente a los autores materiales de las conductas, obviando la responsabilidad de superiores jerárquicos (Cepeda Castro, 2021).

En específico, se resaltó que: "la Justicia Penal Militar está conociendo y tramitando cerca de 13 casos, pese a tratarse de violaciones a los derechos humanos y no ser un tribunal competente e independiente para conocer de estas conductas" (Cepeda Castro, 2021). Igualmente, se manifestó preocupación acerca del manejo de las investigaciones relativas al Paro Nacional por parte de la Fiscalía General de la Nación, pues "pese a que el organismo le reportó a la CIDH que había esclarecido 13 homicidios relacionados con las protestas sociales, lo cierto es que hasta el momento solo hay un caso en etapa de juicio y en ninguno se ha proferido condena" (Cepeda Castro, 2021). En la misma línea, se advirtió que "no exista ninguna línea de investigación de la Fiscalía de Colombia por hechos de tortura, pese a la abrumadora evidencia que muestra que esta fue una práctica sistemática contra los manifestantes, y en particular las personas detenidas" (Cepeda Castro, 2021). Finalmente, se comunicó preocupación acerca de "la situación de intimidación a víctimas y testigos como estrategia de silenciamiento e impunidad" (Cepeda Castro, 2021).

Ante la inacción aparente de las entidades nacionales responsables de administrar justicia frente a los casos de presunto homicidio, lesiones personales, desaparición forzada, violencia sexual y basada en el género -algunos de los cuales parecieron estar fundados en motivos discriminatorios-, resulta pertinente indagar acerca de la posibilidad de que la CPI conozca de esta situación en el marco de su examen preliminar de la situación en Colombia.

3. El examen preliminar de la situación en Colombia

Los exámenes preliminares son actuaciones pre-procesales por vía de las cuales la Fiscalía de la CPI evalúa la procedencia de

una investigación formal de cara a los factores de competencia, admisibilidad e intereses de la justicia establecidos en los artículos 15 y 53 del ER. Se dividen en cuatro fases: (i) la evaluación inicial de la información recibida de diversos actores con miras a establecer su pertinencia y utilidad para exámenes preliminares o investigaciones nuevos o en marcha; (ii) el análisis de satisfacción de los criterios de competencia material, territorial, temporal y personal de la CPI por los hechos reportados a la Fiscalía; (iii) la verificación de los requisitos de complementariedad y gravedad suficiente de la situación ante la CPI, y; (iv) de manera excepcional (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2007), la determinación de circunstancias que ameritarían suspender la intervención de la CPI si esta no redundara en interés de la justicia (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2013).

En principio, la finalidad de estos ejercicios debía limitarse a verificar las circunstancias en las cuales la CPI tiene que activar su competencia complementaria respecto a hechos que no han sido investigados o judicializados de manera genuina por las autoridades nacionales (El Zeidy, 2002). No obstante, para maximizar el impacto del ER en la lucha contra la impunidad, a pesar de los límites estatutarios y materiales de la CPI (Burke-White, 2008), la Fiscalía reconoció la importancia de poner en marcha estrategias de "complementariedad positiva" orientadas a promover procesos nacionales auténticos mediante: (i) reportes de sus labores de monitoreo; (ii) visitas de trabajo; (iii) solicitudes de información; (iv) diálogos con autoridades locales y organizaciones (no) gubernamentales; (v) actividades de sensibilización; (vi) intercambios de lecciones aprendidas y mejores prácticas para apoyar estrategias investigativas y de enjuiciamiento nacionales; e (vi) identificación de vacíos de impunidad y las medidas para atenderlos (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2013).

Colombia fue objeto del examen preliminar más longevo en la historia de la CPI (Grupo de Expertos Independientes, 2020). En 2012, la Fiscalía de la CPI concluyó que existían fundamentos razonables para creer que en el país se han cometido crímenes de lesa humanidad, a partir del 1 de noviembre de 2002, y crímenes de guerra, a partir del 1 de noviembre de 2009, por parte de agentes estatales y grupos armados organizados (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2012). Específicamente, priorizó la evaluación de los siguientes patrones criminales como potenciales casos de interés para la CPI: (i) la promoción y expansión de grupos paramilitares; (ii) el desplazamiento forzado; (iii) los delitos sexuales y basados en el género, y; (iv) los homicidios de civiles por parte de agentes del estado y su posterior presentación como bajas en combate, un fenómeno coloquialmente conocido como "falsos positivos" (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2012).

Tras establecer que la CPI tendría competencia sobre dichos hechos, la Fiscalía no evaluó información acerca de crímenes internacionales presuntamente cometidos en Colombia de 2012 en adelante. De hecho, sus reportes sobre las actividades de examen preliminar en este país a partir del año 2013 muestran que, a lo largo de los últimos 9 años, la Fiscalía de la CPI enfocó sus esfuerzos en hacer de Colombia un verdadero laboratorio de "complementariedad positiva".

En efecto, la Fiscalía de la CPI adelantó un activo intercambio con las autoridades colombianas para incentivarlas a cumplir "con sus obligaciones de persecución penal de manera independiente, imparcial y dentro de un plazo razonable, lo que evitaría la apertura de una investigación formal por parte de la propia CPI" (Olásolo, 2014). En efecto, en su llamado a elaborar puntos de referencia, la misma Fiscalía de la CPI afirmó que, a partir de 2012, procuró apoyar esfuerzos de rendición de cuentas a nivel nacional (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2021). Puede decirse, entonces, que la CPI no ejerció el rol de un mero tribunal penal, sino que operó como un "órgano de control" que buscó catalizar el cumplimiento del deber de persecución de crímenes internacionales (Jessberger & Geneuss, 2012) a cargo de Colombia. Tal objetivo se persiguió en el contexto de complejos procesos de justicia transicional dirigidos a incentivar la contribución de diversos actores armados a la verdad, la reparación y la no repetición a las víctimas de crímenes internacionales a cambio de tratamientos penales especiales.

Así, los desmovilizados de las Autodefensas Unidas de Colombia (en adelante "AUC") que se acogieran al procedimiento previsto en la Ley 975 de 2005 podrían acceder a una pena alternativa de 5 a 8 años de contribuir a "la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización" (Congreso de la República de Colombia, 2005). Este mecanismo no solo sirvió para que la Fiscalía de la CPI se mostrara deferente ante las actuaciones penales nacionales por los crímenes de las AUC (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2012), sino que también ha sido considerado acorde al ER, pues:

> No comporta impunidad, por vía de que "la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte" (art. 17.2.a Estatuto de Roma), sino racionalización del derecho penal como instrumento de control social formal que no se justifica por sí mismo, sino en la medida que cumpla unos cometidos como la ya citada convivencia (Barreto Ardila, 2006) (énfasis agregado).

Por su parte, los antiguos integrantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (en adelante "FARC-EP"), los miembros de la fuerza pública, otros agentes estatales y los civiles involucrados en la comisión de crímenes internacionales, con ocasión del conflicto entre el estado colombiano y las FARC-EP, pueden someterse a la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante "JEP"). Allí, dependiendo del grado y oportunidad de su contribución a la verdad, la reparación y la no repetición, pueden obtener: restricciones no penitenciarias de su libertad acompañadas de un componente restaurativo, penas alternativas de 5 a 8 años de prisión o penas privativas de la libertad de hasta 20 años (Olásolo & Ramírez Mendoza, 2017).

Originalmente, el andamiaje punitivo de la JEP inspiró desconfianza en la Fiscalía de la CPI (Giles Samson, 2019). En efecto, el entonces Fiscal Adjunto, James Stewart, afirmó en un discurso ofrecido en Bogotá D.C. que: "una pena que resulte manifiestamente inadecuada a la luz de la gravedad del delito y del grado de responsabilidad de la persona condenada podría viciar el aparente carácter genuino de ese proceso" (Stewart, La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional, 2015). En su criterio, tan solo una disminución -más no un reemplazo por sanciones no privativas de la libertad- sería compatible con el ER si cumpliera condiciones propias de la transición, tales como: el reconocimiento de la responsabilidad individual, la desmovilización y el desarme, el ofrecimiento de garantías de no repetición, la participación en el proceso de esclarecimiento de los hechos y una eventual interdicción de funciones públicas (Stewart, La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional, 2015).

Empero, esta postura ha sido considerablemente atemperada. De un lado, la Fiscalía pareció haber aceptado las sanciones propias, no privativas de la libertad en establecimiento penitenciario, al afirmar que:

> La efectividad de las penas dependerá de la naturaleza y los alcances de las medidas que, combinadas, formarían una sanción y si, en las circunstancias particulares de un caso, cumplirían adecuadamente los objetivos de la pena y brindarían una reparación a las víctimas. El cumplimiento de dichos objetivos también dependerá de una implementación efectiva de las restricciones de libertades y derechos, de un sistema riguroso de verificación, y de si su operacionalización con actividades que no forman parte de la sanción, como la participación en los asuntos políticos, no frustraría el objeto y el fin de la pena (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2017).

En su consulta sobre los puntos de referencia para definir la admisibilidad de la situación en Colombia, la Fiscalía de la CPI también adoptó una postura constructiva muy distante de su animadversión inicial a las sanciones propias de la JEP. En esa ocasión, reiteró que su principal preocupación es la de asegurar que dichos tratamientos penales sean efectivos, aun en términos de verificación y monitoreo, y satisfagan "objetivos condenatorios apropiados, ya sea en términos de retribución, rehabilitación, restauración y/o disuasión" (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2021).

De otra parte, la hostilidad de Duque y su partido político hacia la JEP -expresada en declaraciones públicas, proyectos de reforma y objeciones presidenciales a la ley estatutaria que fijaba las bases legales de su trabajo (Giles Samson, 2019)- llevó a la Fiscalía de la CPI a pronunciarse inequívocamente a favor de aquella institución. En efecto, durante una conferencia en Bogotá D.C. en mayo de 2018, James Stewart expresó su "admiración, mientras los magistrados afrontan la formidable tarea de impartir justicia por una amplia gama de crímenes relacionados con el conflicto" y deseó "éxito a la Jurisdicción Especial para la Paz" (Stewart, 2018). Pocos meses después, el entonces Fiscal Adjunto de la CPI sostuvo que las propuestas de reformas procedimentales y orgánicas de la JEP introducidas por el partido del presidente Duque -las cuales serían declaradas inexequibles por la Corte Constitucional (Corte Constitucional de Colombia, 2019)- "será[n] necesariamente vist[as] de manera negativa por la Fiscal de la CPI, por razones que ya deben ser ampliamente conocidas". Entre estas mencionó, por ejemplo, el riesgo de que:

> Las disposiciones legislativas que regulan los procedimientos diseñados para abordar conductas que constituyen crímenes ante la CPI pudiesen resultar en: retrasos en la rendición de cuentas de los responsables, restricciones en el alcance y la minuciosidad de las investigaciones de crímenes complejos y, en general, poner en duda la autenticidad de los procesos, más allá del control de la JEP (Stewart, 2018).

Esta preocupación fue reiterada en el informe sobre actividades de examen

preliminar de 2018 (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2018).

A pesar de este complejo y prolongado proceso de interacción y adaptación interinstitucional entre la Fiscalía de la CPI y las autoridades colombianas, ninguna de las cuales controla la narrativa por completo (Urueña, 2017), lo cierto es que la primera conserva su rol de verificación de la admisibilidad de la situación en Colombia. Efectivamente, su más reciente informe sobre el examen preliminar contiene una evaluación sobre el avance de los procedimientos nacionales relativos a los casos de interés identificados desde 2012 en la jurisdicción ordinaria, los tribunales de Justicia y Paz y la JEP (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2020).

Tal escenario ha significado un considerable desgaste institucional. En efecto, la Fiscalía de la CPI señaló recientemente que su experiencia en Colombia "ha demostrado ser altamente específica al contexto y, si bien la Fiscalía ha aprendido una cantidad de lecciones importantes, estas no siempre son fácilmente transferibles a otras situaciones" (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2021). Asimismo, resaltó que:

> Cada vez que la Fiscalía articuló un punto de vista sobre una cuestión particular que afectaba el análisis de admisibilidad en Colombia, esto en general era incorporado por uno y otro de los actores en el discurso de rendición de cuentas interno, y era tanto defendido o estructurado como un asunto interno vital (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2021).

De otra parte, la evaluación del desempeño de la CPI advirtió que un examen preliminar tan prolongado puede amenazar el cumplimiento de los fines del ER al afectar la evidencia y otras oportunidades investigativas, frustrar a las víctimas y a la sociedad civil, y reducir las posibilidades de cooperación estatal (Grupo de Expertos Independientes, 2020).

Como corolario de esta situación, el recientemente posesionado Fiscal de la CPI, Karim A. A. Khan, QC, resolvió cerrar el examen preliminar de la situación en Colombia a condición de la firma de un acuerdo de cooperación que inauguró una nueva era para la complementariedad positiva en Colombia (Vargas Niño, 2021). Este no solo le impone a Colombia el deber de informar a la Fiscalía de la CPI "sobre los avances en las investigaciones y los procesamientos en Colombia", sino que también obliga al estado a "continuar apoyando los procesos pertinentes ante las diferentes instancias judiciales interconectadas, incluyendo la justicia ordinaria, el sistema de Justicia y Paz y la Jurisdicción Especial para la Paz, en cumplimiento de los marcos procesales temporales previstos para las mismas". Asimismo, la Fiscalía de la CPI señaló que "podrá reconsiderar su evaluación de la complementariedad a la luz de cualquier cambio significativo de las circunstancias" (Acuerdo de Cooperación entre la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional y el Gobierno de Colombia, 2021).

Si bien la suscripción de dicho acuerdo ofrece cierto grado de estabilidad a las medidas nacionales de persecución de crímenes bajo el ER y reafirma el interés de la Fiscalía de la CPI en continuar su rol de veeduría de la complementariedad en Colombia, se considera poco probable que la Fiscalía de la CPI decida solicitar la apertura de una investigación de oficio en Colombia. De hecho, el cierre mismo de la situación indica una preferencia por dejar la adjudicación de los crímenes identificados en 2012 en manos de las autoridades nacionales.

Aún si la Fiscalía de la CPI decidiera solicitar la apertura de una investigación formal en Colombia, esta no cobijaría los hechos posteriores a 2012. Recuérdese que el análisis de competencia se circunscribió a los crímenes internacionales presuntamente cometidos por agentes estatales, las FARC-EP y las AUC hasta ese entonces (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2012). Paralelamente, la decisión de mantener una relación de cooperación con las autoridades colombianas al cierre del examen preliminar, con los propósitos de seguir apoyando sus esfuerzos "en materia de rendición de cuentas" y de evaluar la "complementariedad" de la situación en Colombia (Acuerdo de Cooperación entre la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional y el Gobierno de Colombia, 2021), indica renuencia a pronunciarse acerca de hechos posteriores al informe intermedio de 2012.

Por consiguiente, la información relativa al Paro Nacional debería ser sometida a una evaluación propia. Escenarios semejantes han tenido lugar, por ejemplo, en la República Centroafricana (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2014) y en la República Bolivariana de Venezuela (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2020).

En el caso colombiano, la marcada separación temporal, el diverso alcance territorial y la distinta naturaleza material de las conductas presuntamente cometidas durante el Paro Nacional de 2021 también implica que estas no están suficientemente vinculadas (Situación en la República Popular de Bangladesh y en la República de la Unión

de Myanmar, 2019) a la hipotética investigación formal de la Fiscalía de la CPI.

Por lo tanto, sería necesario pensar en mecanismos alternativos de activación de la jurisdicción internacional, como la remisión de la situación en Colombia por parte del Consejo de Seguridad de la ONU -como sucedió en las situaciones en Darfur (Consejo de Seguridad de la ONU, 2005) y en Libia (Consejo de Seguridad de la ONU, 2011)- o de Estados parte del ER -como sucedió en el caso de Venezuela con el beneplácito, no puede olvidarse, de Colombia (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2017)-.

Naturalmente, la premisa de cualquiera de ambos escenarios sería que los hechos del Paro Nacional constituyeran crímenes de competencia de la CPI y que aquella situación fuese admisible. Por lo tanto, en las próximas líneas se indagará acerca de la posibilidad de que tales hechos constituyan crímenes de lesa humanidad. Igualmente, se explorará la admisibilidad de los casos que potencialmente los cobijarían.

4. La competencia de la CPI sobre los hechos del Paro Nacional de 2021 y la admisibilidad de la situación

De conformidad con el artículo 53(1) del ER, la intervención de la Fiscalía de la CPI en Colombia con respecto a los hechos de Paro Nacional requeriría verificar que: “la información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte” y que: “la causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17” (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1997). En efecto, una vez establecidos estos factores, se configuraría una presunción a favor de la investigación que tan solo podría ser desvirtuada excepcionalmente en presencia de razones sustanciales para creer que esta no redundaría en interés de la justicia (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2007).

A continuación, se presentarán las razones por las cuales se considera que existen fundamentos razonables para creer que los hechos del Paro Nacional constituyen diversos crímenes de lesa humanidad sancionados por el artículo 7 del ER. Posteriormente, se expondrán los argumentos que justifican un hallazgo de admisibilidad de los casos que potencialmente podrían surgir de esta situación a causa de la inacción estatal.

Naturalmente, esta exposición requiere una breve mención del estándar probatorio relevante. Según la jurisprudencia de cuestiones preliminares de la CPI, el “fundamento razonable” es el estándar probatorio más bajo previsto por todo el ER (Situación en la República de Costa de Marfil, 2011). Este apenas exige que los materiales aportados por la Fiscalía de la CPI permitan sostener razonablemente que uno o varios crímenes de competencia de la CPI han sido cometidos. En consecuencia, no es necesario que la información sea concluyente (Situación en la República de Burundi, 2017). Bastaría, entonces, con que la información puesta a disposición de la Fiscalía de la CPI indicara que crímenes de su competencia pudieron haber sido cometidos durante el Paro Nacional para satisfacer el estándar probatorio requerido para iniciar una investigación formal de esta nueva situación en Colombia.

4.1. La Presunta Comisión de Crímenes de Lesa Humanidad Durante el Paro Nacional

Este apartado se enfocará en indagar acerca de la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad por parte de agentes del estado colombiano con ocasión del Paro Nacional. Con este fin en mente, se procederá a desagregar los elementos principales de dicha calificación jurídica y a reflexionar, a partir de estos, acerca de la violencia vivida en Colombia en los meses de abril y mayo de 2021.

4.1.1. Hecho Global

En atención a lo establecido por el artículo 7(1) del ER, no basta con demostrar la consumación de los elementos objetivos y subjetivos de las conductas subyacentes que pueden configurar crímenes de lesa humanidad, sino que también debe probarse la existencia del elemento contextual que los dota de relevancia internacional (Cryer, Friman, Robinson, & Wilmshurst, 2014). Es decir que se hace necesario establecer la ejecución de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Estos componentes del hecho global se examinarán sucintamente en las próximas líneas. Posteriormente, se ofrecerán algunas consideraciones sobre su satisfacción en los hechos del Paro Nacional.

A) Ataque

El primer componente del elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad es el “ataque”. Dicho vocablo evoca la conducción de hostilidades propias de un conflicto armado. Empero, el nexo germinal de aquellas conductas con la guerra -previsto en el Artículo 6(C) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (Estatuto del Tribunal Militar Internacional, 1945) y confirmado en

su sentencia (Estados Unidos de América *et al.* v. Hermann Wilhelm Göring *et al.*, 1946)- fue eliminado a partir de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado (Consejo de Control, 1945).

Así lo reconoció la Comisión de Derecho Internacional en el artículo 2(11) de su Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1954. Al tenor de aquella propuesta normativa, serían punibles una serie de actos inhumanos o de persecución social, política, racial, religiosa o cultural, toda vez que fuesen cometidos por las autoridades del estado, por instigación suya o con su aquiescencia (Comisión de Derecho Internacional, 1954). En ningún momento se hizo referencia a la necesidad de un nexo entre tales atrocidades y una conflagración.

Posteriormente, el relator especial Doudou Thiam, afirmó que "el proyecto de código de 1954 dio cierta autonomía al crimen contra la humanidad al desligarlo del contexto de la guerra" (Comisión de Derecho Internacional, 1986). Esta postura también fue recogida por autores como Van Schaack (1999) y Servín (2014).

En consecuencia, se ha aceptado de larga data que los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos tanto en tiempos de paz como en el curso de conflictos armados con o sin carácter internacional.

En línea con esta postura, el Artículo 7(2)(a) del ER define el ataque como: "[i] una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 (…) [ii] de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política" (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1997).

a. Línea de Conducta

En palabras de Stahn (2019), los crímenes de lesa humanidad suelen estar relacionados con sistemas sociales de opresión y dominación. Por consiguiente, cobijan diversas formas de maltrato, incluyendo aun aquellas prácticas discriminatorias que no requieren de una violencia física escandalosa para afectar las condiciones de vida de un número considerable de personas, como los regímenes de apartheid. Una expresión clara de la naturaleza sistémica de los crímenes de lesa humanidad es que requieran de la ejecución de una multiplicidad de actos violentos. En efecto, en el caso Ongwen se hizo referencia a la necesidad de comprobar una serie o flujo global de actos violatorios del Artículo 7(1) del ER. Esto implica, naturalmente, la superación de un umbral cuantitativo que los hechos aislados o fortuitos no estarían en capacidad de satisfacer (La Fiscal v. Dominic Ongwen, 2021).

En el caso colombiano, el Paro Nacional fue un escenario de movilización masiva y prolongada con pocos antecedentes históricos. Ante una situación de tales proporciones, era fácil anticipar que la fuerza pública tuviese que intervenir -aún haciendo un uso excepcional de la violencia estatal- para garantizar el derecho de reunión pacífica y prevenir afectaciones a terceros que no lo estuviesen ejerciendo. Al respecto, la más reciente Observación General del Comité de DDHH de la ONU sobre el Artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "PIDCP") previó que:

> Todo uso de la fuerza debe ajustarse a los principios fundamentales de legalidad, necesidad, proporcionalidad, precaución y no discriminación (…) Solo se puede utilizar la fuerza mínima necesaria cuando sea imprescindible para un fin legítimo de aplicación de la ley durante una reunión. Una vez que haya pasado la necesidad de usar la fuerza, por ejemplo, cuando se detiene a una persona violenta sin peligro, no se puede seguir recurriendo a la fuerza. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no pueden usar más fuerza de la proporcional al objetivo legítimo de dispersar una reunión, prevenir un delito o practicar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o ayudar a practicarla (Comité de Derechos Humanos, 2020).

Asimismo, aclaró que:

> Solo en casos excepcionales se puede dispersar una reunión. Se puede recurrir a la dispersión si la reunión como tal ya no es pacífica o si hay indicios claros de una amenaza inminente de violencia grave que no se pueda abordar razonablemente con medidas más proporcionadas, como las detenciones selectivas. En todos los casos, las normas de aplicación de la ley sobre el uso de la fuerza se deben cumplir estrictamente. Las condiciones para ordenar la dispersión de una reunión se deberían establecer en la legislación nacional y solo un funcionario debidamente autorizado puede ordenar la dispersión de una reunión pacífica. Una reunión que, aunque sea pacífica, cause una gran perturbación, como el bloqueo prolongado del tráfico, se puede dispersar, por regla general, solo si la perturbación es "grave y sostenida" (…) Cuando se adopte la decisión de dispersar de conformidad con el derecho interno e internacional, se debería evitar el uso de la fuerza. Cuando ello no sea posible, solo se puede utilizar la fuerza mínima necesaria. En la medida de lo posible, la fuerza que se utilice se debería dirigir contra una persona o grupo específico que participe en la violencia o amenace con hacerlo. La fuerza que es probable que cause una lesión más que insignificante no se debería utilizar

> contra personas o grupos que se resistan pasivamente (Comité de Derechos Humanos, 2020).

Finalmente, señaló que:

> Las armas de fuego no son un instrumento adecuado para vigilar las reuniones. Nunca se deben utilizar simplemente para dispersar una reunión. A fin de cumplir con el derecho internacional, todo uso de armas de fuego por parte de los agentes del orden en el contexto de las reuniones se debe limitar a personas concretas en circunstancias en las que sea estrictamente necesario hacer frente a una amenaza inminente de muerte o lesiones graves (Comité de Derechos Humanos, 2020).

A pesar de esta clara postura del órgano responsable de la interpretación del PIDCP, los hechos reportados en el segundo acápite de este escrito dan cuenta de una "línea de conducta" en los términos del Artículo 7(2) del ER. En efecto, durante el Paro Nacional, la fuerza pública desplegó miles de conductas violentas en contra de ciudadanos que ejercían su derecho a la reunión pacífica, dejando un lamentable saldo de miles de personas muertas, desaparecidas, privadas irregularmente de su libertad, mutiladas, lesionadas y agredidas sexualmente. Estas actuaciones no sucedieron en el vacío, sino que respondieron al propósito estatal de aplacar las manifestaciones políticas en contra del gobierno Duque. Por ende, resulta razonable entender que se encontraban suficientemente vinculadas entre sí para integrar un mismo flujo global de acontecimientos.

b. Política Estatal

Ahora bien, el Artículo 7(2) del ER exige igualmente que los múltiples actos constitutivos del ataque sean perpetrados de conformidad con una política estatal u organizacional de cometerlo o, cuando menos, como un medio para promover dicha política. Dado que -en la situación colombiana- se ausculta la presunta responsabilidad de agentes estatales en la comisión de crímenes de lesa humanidad, tan solo se evaluará la existencia de una política estatal y su promoción en el marco del Paro Nacional.

b.1. Definición del Estado

La primera dificultad que se presenta al estudiar tal política es que el marco jurídico de la CPI no indica qué ha de entenderse por "estado". De hecho, su jurisprudencia al respecto se ha limitado a señalar que el término es "autoevidente" (Situación en la República de Costa de Marfil, 2011; El Fiscal v. Francis Kirimi Muthaura *et al.,* 2012).

Para llenar este vacío, resulta útil recodar la reciente decisión acerca de la competencia de la CPI sobre los territorios palestinos ocupados en Cisjordania y la Franja de Gaza. En esta, la Sala de Cuestiones Preliminares I concluyó que la frase "El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate", contenida en el Artículo 12(2)(a) del ER, se refiere a un estado parte del tratado (Situación en el Estado de Palestina, 2021).

Tentativamente, podría pensarse que esa lógica es extensiva a otros dos escenarios de intervención estatal relevante ante la CPI: la suscripción de una declaración bajo el Artículo 12(3) del ER y la remisión de la situación en el territorio de un estado que no haya ratificado el ER por parte del Consejo de Seguridad de la ONU, en atención a lo previsto por el Artículo 13(b) del ER. De esa manera, se garantizaría una comprensión plena del término "Estado" para efectos de aplicar el ER.

Una vez resuelto este asunto, debe tenerse presente que diversas salas de la CPI han señalado que la política no debe ser adoptada en los niveles más altos de la jerarquía estatal, sino que puede ser concebida por órganos regionales o locales (Situación en la República de Kenia, 2010; Situación en la República de Costa de Marfil, 2011).

Aclarados estos asuntos preliminares, es menester demostrar dos asuntos independientes: la existencia de la política y su atribución a las autoridades estatales.

b.2. Existencia de la política

Frente a lo primero, baste con señalar que la política se refiere a la intención de lanzar un ataque contra una población civil (La Fiscal v. Germain Katanga, 2014) y que esta no debe estar formalizada ni explícitamente declarada. En cambio, es suficiente con demostrar que tales lineamientos existían, aunque fuese implícitamente o de facto (Hall & Ambos, 2016). De hecho, diversas salas de Primera Instancia de la CPI han coincidido en señalar que esta puede desarrollarse mientras los perpetradores ejecutan sus acciones (La Fiscal v. Bosco Ntaganda, 2019; La Fiscal v. Dominic Ongwen, 2021).

Similarmente, tales colegiaturas han concluido que la existencia de la política puede probarse a través de diversos indicios, tales como: (i) patrones recurrentes de violencia; (ii) movilizaciones colectivas orquestadas por la organización; (iii) el uso de recursos públicos o privados para promover la política; (iv) la participación de fuerzas estatales en la comisión de crímenes; (v) declaraciones, instrucciones o documentación atribuibles al estado que condonen o promuevan la

comisión de crímenes; (vi) una motivación subyacente; y (vii) el hecho de que el ataque fuese planeado o dirigido (La Fiscal v. Bosco Ntaganda, 2019; La Fiscal v. Dominic Ongwen, 2021).

b.3. Atribución de la política al Estado

Con respecto a lo segundo, resulta de la mayor importancia insistir en que los redactores del ER previeron que la regla general de promoción de la política requería una conducta activa de las autoridades estatales. Esta postura se expresa claramente en la fórmula adoptada en los elementos de los crímenes adjuntos al Artículo 7 del ER, según los cuales la política "requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil" (Elementos de los Crímenes, 2002). Tan solo en la nota al pie 6 del documento se reconoce que:

> En circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización (Elementos de los Crímenes , 2002).

De allí que, como expresa elocuentemente Fernández Carter (2021), la omisión tan solo sea penalmente relevante en aquellos supuestos en los cuales:

> El Estado [sea] consciente de los crímenes, [tenga] la capacidad de responder ante ellos, pero [decida] no hacerlo. En esos términos se pronuncia Gil Gil, quien indica que, si bien la mera inactividad del Estado por negligencia no es suficiente, la tolerancia del mismo sí cumple con este requisito, en tanto ella esté "dirigida conscientemente a posibilitar la comisión de los crímenes". Por tanto, sería suficiente si existe una denegación deliberada de protección contra dicha acción masiva (énfasis agregado).

Según la autora en comento, tal posibilidad interpretativa "tiene así un potencial expansivo de los crímenes de lesa humanidad, que nos recuerda que los mismos pueden cometerse incluso en contextos democráticos" (Fernández Carter, 2021). De hecho, ella sugiere explícitamente que:

> La violencia policial generalizada, sumada a una falta de intervención de las autoridades para regular el uso de la fuerza, tomar acciones contra los responsables y proteger a la población civil, puede enmarcarse en un caso de omisión deliberada de actuar que permita configurar el hecho global de los crímenes de lesa humanidad (Fernández Carter, 2021).

b.4. La satisfacción del elemento de política en Colombia

Ciertamente, la postura de Fernández Carter (2021) parece adecuarse cómodamente a la trágica situación vivida en Colombia en los meses de abril y mayo de 2021.

En primer lugar, la participación del ESMAD y otras unidades de la Policía Nacional en actos de violencia se encuentra bien documentada. Al tratarse de órganos del estado que ejercen funciones "de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado" (Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 2002), es incuestionable que sus acciones le son imputables a Colombia.

En segundo lugar, varios indicios apuntan a la existencia de una política estatal de extinción de las manifestaciones a como diere lugar, aún lanzando un ataque contra la población civil. Recuérdese que en el capítulo II de esta pieza se señaló que la Policía Nacional acudió frecuentemente a tácticas excesivas y brutales para dispersar manifestaciones pacíficas, incluyendo el uso de munición legal de manera indiscriminada. Asimismo, la connivencia de agentes de la Policía Nacional con civiles armados fue clara en ciertas regiones del país. De otra parte, se evidenció violencia policial contra misiones médicas y periodistas que cubrían los acontecimientos del Paro Nacional. Finalmente, hubo numerosas instancias de violencia desproporcionada contra minorías étnicas.

En tercer lugar, hay motivos para sospechar -por lo menos- de la aquiescencia de las máximas autoridades militares y de policía, incluyendo al ministro de defensa y al presidente Duque, frente a la conducta de la fuerza pública durante el Paro Nacional. Efectivamente:

> Los funcionarios han acusado a los manifestantes de ser "terroristas" o han emitido débiles declaraciones rechazando la "violencia" sin desautorizar explícitamente los excesos policiales. Aún más, el ministro de defensa expresó "gratitud y admiración" por las fuerzas de seguridad y atribuyó la violencia a grupos armados organizados (GAO) y a ciudadanos venezolanos. Mientras tanto, el presidente Duque ordenó la asistencia militar en ciudades afectadas por la brutalidad policial y ordenó la movilización de la policía y el ejército hacia Cali el 9 de mayo (Vargas Niño, No Cesa La Horrible Noche: Represión Estatal, Derecho Penal Internacional y la Búsqueda de Justicia en Colombia, 2021).

En consecuencia, la situación atravesada por Colombia a mediados de 2021 pareciera satisfacer la descripción de un ataque para efectos del Artículo 7(1) del ER.

B) Sistemático o generalizado

El ataque sobre el cual se funda la comisión de crímenes de lesa humanidad debe ser:

"sistemático o generalizado". Esta calificación alternativa no se predica de los actos subyacentes, sino del ataque como tal (La Fiscal v. Dominic Ongwen, 2021). Este requisito es fundamental para distinguir los crímenes de lesa humanidad de los delitos ordinarios que no dan lugar a responsabilidad individual bajo el derecho internacional (Badar, 2004). En efecto, parte de la doctrina considera que se trata del elemento internacional más ampliamente reconocido para diferenciarlos (Hall & Ambos, 2016).

De un lado, el ataque es "generalizado" si se comete a gran escala y produce un número considerable de víctimas (Stahn, A Critical Introduction to International Criminal Law, 2019). Esta evaluación no es eminentemente cuantitativa o geográfica, sino que se debe realizar en atención a todos los hechos relevantes del caso (La Fiscal v. Dominic Ongwen, 2021).

De otro lado, el ataque es "sistemático" si se comete de manera organizada, por ejemplo, mediante la repetición regular de conductas criminales semejantes (Stahn, A Critical Introduction to International Criminal Law, 2019). Esta devela patrones de criminalidad e indica la improbabilidad de que tales actos ocurriesen fortuitamente (La Fiscal v. Dominic Ongwen, 2021).

En la situación del Paro Nacional, pareciera posible que se satisficieran ambas características. En efecto, el elevado número de víctimas dejadas por la Policía Nacional a lo largo y ancho del territorio colombiano (Cerosetenta, 2021), aunado a ciertas prácticas que se detallarán a continuación, ofrecen indicios de un ataque generalizado y sistemático contra manifestantes mayoritariamente pacíficos.

Algunos de los patrones más notorios incluyen:

> (i) Tras manifestaciones mayoritariamente pacíficas a la luz del día, operativos policiales coordinados se llevan a cabo en barrios vulnerables al caer la noche. Por ejemplo, cada uno de los ataques en Bogotá, Cali y Medellín ocurrieron después del ocaso; (…) (ii) Algunos actos se cometieron al amparo de cortes de energía eléctrica [36] o internet que fueron denunciados por el Relator Especial de la ONU sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación; (…) (iii) El uso de la fuerza parece haber sido desproporcionado y algunos agentes de la policía parecen haberlo disfrutado; (…) (iv) Algunos agentes de la policía removieron los números de identificación de sus uniformes o se vistieron con ropa de civil antes de usar fuerza excesiva, y; (…) (v) (…) algunos civiles han lanzado ataques contra manifestantes pacíficos y la Guardia Indígena con la aparente aquiescencia de las fuerzas del orden (Vargas Niño, No Cesa La Horrible Noche: Represión Estatal, Derecho Penal Internacional y la Búsqueda de Justicia en Colombia, 2021).

C) Dirigido contra una población civil

Otra característica del ataque en ocasión del cual se pueden cometer crímenes de lesa humanidad es que se debe dirigir "contra una población civil". Al respecto, vale la pena recordar que:

> Desde la década de 1990, se ha entendido que son *civiles* todas aquellas personas que no hacen parte de las fuerzas armadas o que no participan activamente en las hostilidades y se ha requerido que el ataque se dirija contra una población *predominantemente* civil. Esto quiere decir que la presencia de algunos combatientes en medio de un grupo de civiles no afecta la protección que el derecho penal internacional le concede. El TPIY, el TPIR y la CPI acogieron ampliamente esta postura. Por último, el TPIY sostuvo que la población civil debe ser el *objetivo primario* del ataque y no solo una víctima incidental del mismo. La CPI también adoptó esta postura en BEMBA y KENIA. No obstante, el ataque no debe ser dirigido contra la totalidad de la población […] sino que es suficiente que los actos se dirijan contra un grupo identificable por su nacionalidad, etnia u otros rasgos distintivos, incluida la afiliación política (Vargas Niño, 2017).

Como se mencionó en el segundo capítulo del escrito, el ESMAD y otras unidades de la Policía Nacional ejercieron violencias descomunales contra manifestantes pacíficos, comunidades étnicas, misiones médicas y periodistas. Resulta evidente, entonces, que este aspecto del elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad también se encuentra satisfecho en la situación relativa al Paro Nacional.

4.1.2. Conductas Subyacentes

Si bien una revisión detallada de todos los crímenes de lesa humanidad potencialmente cometidos por agentes del estado colombiano en el marco del Paro Nacional excedería el objeto de este ensayo, resulta oportuno presentar un bosquejo de las imputaciones que podría hacer la Fiscalía de la CPI si decidiera abrir una investigación formal al respecto.

Según la información reseñada en el capítulo II, las conductas de competencia de la CPI que pudieron haberse cometido en Colombia durante los meses de mayo y junio de 2021 fueron:

(i) Asesinatos de conformidad con el Artículo 7(1)(a) del ER;

(ii) Otros actos inhumanos de carácter similar, particularmente amputaciones oculares, lesiones personales, golpizas y obstrucciones al trabajo de misiones médicas de conformidad con el Artículo 7(1)(k) del ER;

(iii) Desapariciones forzadas de conformidad con el Artículo 7(1)(i) del ER;

(iv) Encarcelaciones u otras privaciones graves de la libertad física de conformidad con el Artículo 7(1)(e) del ER, y;

(v) Diversos actos de violencia sexual de conformidad con el Artículo 7(1)(g) del ER.

Además de comprobar que tales actos hubiesen sido cometidos con los elementos de intencionalidad o conocimiento aplicables según el Artículo 30 del ER, para asegurarse de su naturaleza como crímenes de lesa humanidad sería necesario verificar que satisficieran dos requisitos que los asociarían al hecho global discutido en la sección anterior: (i) el nexo con el ataque; y (ii) el conocimiento del ataque.

A) En relación con el ataque

Con miras a establecer un nexo entre el hecho global y los delitos subyacentes, basta con verificar que las características de ambos niveles de los crímenes de lesa humanidad, sus propósitos, naturaleza o consecuencias coincidan objetivamente. Para ello, la CPI puede emplear indicadores como la cercanía temporal o geográfica de los actos. De cualquier manera, aquellas conductas que se hayan cometido antes o después del núcleo del ataque contra la población civil podrían satisfacer este requisito toda vez que estuviesen suficientemente conectados a este (La Fiscal v. Bosco Ntaganda, 2019). Naturalmente, esta evaluación dependería de los casos efectivamente seleccionados y priorizados como objeto de una investigación internacional. Por ende, resultaría apresurado y enteramente hipotético aventurar un conjunto de hechos que debieran ser analizados.

B) Con conocimiento del ataque

Finalmente, el ER exige que los perpetradores ejecuten las conductas punibles con conocimiento de las circunstancias de su comisión. Esto es: siendo conscientes del ataque o teniendo la intención de promoverlo. Este requisito es la contracara subjetiva del nexo con el ataque evaluado en el apartado inmediatamente anterior (La Fiscal v. Dominic Ongwen, 2021). Según Cassese & Gaeta (2003), tal requisito se satisface cuando los autores o partícipes del crimen de lesa humanidad obran con "conciencia del contexto más amplio en el que el crimen encaja, esto es conocimiento de que los crímenes son parte de una política sistemática o de abusos a gran escala". Los presuntos responsables no deben contar con conocimiento de todas las características del ataque ni con los detalles precisos de la política estatal. Basta, por ejemplo, con que sepan de circunstancias como el uso voluntario, coordinado y reiterativo de la violencia contra una población civil (La Fiscal v. Bosco Ntaganda, 2019).

Frente a este requisito, la evaluación sería igualmente casuística, razón por la cual habría que esperar al avance de la eventual investigación formal de esta nueva situación en Colombia para analizarlo.

4.2. La Admisibilidad de la Situación Relativa al Paro Nacional

Recientemente, la Sala de Apelaciones de la CPI concluyó que el control jurisdiccional a la solicitud de apertura de una investigación formal por parte de la Fiscalía se debe limitar a confirmar la existencia de motivos razonables para creer que se han cometido crímenes de su competencia en una situación determinada (Situación en la República Islámica de Afganistán, 2020). Sin embargo, una lectura sistemática de los artículos 1, 15, 17 y 53 del ER permite concluir claramente que la CPI no puede ejercer su competencia sobre situaciones o casos que sean inadmisibles. De allí que sea necesario evaluar los dos ejes vinculantes de la admisibilidad de una eventual situación relativa al Paro Nacional: (A) la complementariedad (Benzing, 2003) y (B) la gravedad suficiente (Schabas & El Zeidy, 2016).

4.2.1. Complementariedad

El régimen de complementariedad de la CPI es un mecanismo de distribución de las responsabilidades sobre la persecución de los crímenes internacionales básicos entre los estados partes del ER y la CPI (El Zeidy, 2002). Este efectivamente bloquea la acción de la CPI mediante la declaratoria de inadmisibilidad de situaciones y casos (Benzing, 2003) que satisfagan alguno de los escenarios previstos en el Artículo 17 del ER.

El primero de estos, de conformidad con el Artículo 17(a) del ER, se presenta cuando: "El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo" (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1997).

La CPI ha concluido que tal precepto exige investigaciones penales nacionales (Stahn, 2005). En efecto, desde la sentencia en la apelación de Germain Katanga contra la decisión sobre la admisibilidad de su caso (2009), la Sala de Apelaciones ha sostenido que la inacción de parte del estado que ejercería jurisdicción sobre el caso lo hace admisible ante la CPI aun sin indagar acerca de la voluntad o la capacidad para sustanciarlo a nivel interno (Schabas & El Zeidy, 2016).

Aunque la CPI no ha concluido explícitamente que mecanismos alternativos a la justicia penal -como las investigaciones disciplinarias, la responsabilidad del estado o los mecanismos de justicia transicional- serían considerados como "inactividad" para efectos del Artículo 17(1)(a) del ER, esa conclusión sí puede inferirse de la postura acogida en la autorización de apertura de una investigación formal en Kenia (2010). En esa ocasión, a pesar de la existencia de respuestas extrajudiciales a la Violencia Postelectoral de 2007, la Sala de Cuestiones Preliminares II concluyó que los casos potenciales serían admisibles dada la ausencia de enjuiciamientos penales contra las personas que detentarían los máximos grados de responsabilidad por la comisión de presuntos crímenes de lesa humanidad.

Más adelante, cuando la Sala de Apelaciones evaluó específicamente la admisibilidad de la situación en Kenia, concluyó que las investigaciones nacionales tendrían que involucrar la toma de pasos dirigidos a esclarecer qué sospechosos eran responsables por cuáles conductas (El Fiscal v. William Samoei Ruto *et al.,* 2011). Teniendo en cuenta que el preámbulo del ER establece que uno de los propósitos de la CPI es "poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes" (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1997), parece claro que las conductas mencionadas son los delitos de competencia de la CPI.

De hecho, es claro que tales delitos también ofrecen el punto de referencia contra el cual se deben evaluar los procedimientos penales internos con miras a determinar la admisibilidad de casos potenciales ante la CPI.

En efecto, la Sala de Cuestiones Preliminares I decidió que un caso sustanciado a nivel nacional tan solo sería inadmisible si cobijara a la misma persona y por los mismos cargos identificados en el caso ante la CPI (El Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo, 2006). El corolario de esta idea es que la existencia de procesos penales contra el mismo individuo por hechos distintos a los que interesan a la CPI no impediría que esta declarara admisible el caso y procediera con la detención y el enjuiciamiento del sospechoso. Tal fue la determinación que se tomó frente a la antigua primera dama de la República de Costa de Marfil, Simone Gbagbo, cuyo caso por crímenes de lesa humanidad ante la CPI fue declarado admisible a pesar de que las autoridades de Abiyán adelantaban sendos procesos judiciales en su contra por delitos económicos y contra la seguridad del estado (La Fiscal v. Simone Gbagbo, 2014).

Esta postura también fue acogida por la Sala de Apelaciones de la CPI en el contexto de la Situación en Kenia. En efecto, dicha instancia determinó que los elementos definitorios de un caso específico ante la CPI son el individuo y la conducta presuntamente cometida. Por lo tanto, para que tal caso fuese inadmisible, la investigación nacional tendría que dirigirse contra la misma persona y sustancialmente por la misma conducta de interés de la CPI (El Fiscal v. Francis Kirimi Muthaura *et al.,* 2011).

Posteriormente, la Sala de Apelaciones halló que el grado de sobreposición entre los incidentes investigados por la Fiscalía de la CPI y las autoridades nacionales definiría la (in)admisibilidad de un caso ante la CPI, de tal manera que las investigaciones en el orden interno tendrían que "reflejar suficientemente" (La Fiscal v. Saif al-Islam Gaddafi y Abdullah al-Senussi, 2014) el caso adelantado por la Fiscalía de la CPI.

A partir de estas consideraciones debe indicarse que, al momento de redacción de este artículo, Colombia no está cumpliendo los estrictos estándares de persecución penal nacional de los crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en el marco del Paro Nacional. Recuérdese que, tal y como se expuso en el capítulo II, la CIDH, el Consejo de Estado, la prensa nacional y el Senador Iván Cepeda Castro, en conjunto con varias organizaciones de DDHH, expresaron su preocupación acerca de la insuficiente persecución de los autores de las graves conductas punibles ejecutadas contra la población civil en los meses de abril y mayo de 2021. Ante tal situación, es necesario concluir que Colombia se encuentra inmersa en una situación de inacción que, al tenor del Artículo 17(1)(a) del ER y de la jurisprudencia de la CPI en materia de complementariedad, haría claramente admisibles los casos potenciales que se desprendieran de esta nueva situación en el país sudamericano.

4.2.2. Gravedad Suficiente

Adicionalmente, se considera que los hechos del Paro Nacional satisfacen el umbral de gravedad suficiente previsto en el Artículo 17(1)(d) ER. Este representa un componente obligatorio del análisis de admisibilidad que, sin obviar la seriedad de la totalidad de los crímenes de competencia de la CPI (Situación en la República de Kenia, 2010), la obliga a enfocarse exclusivamente en aquellos que superen un estándar más alto de gravedad (El Fiscal v. Bahar Idriss Abu Garda, 2010). Esa evaluación exige evaluar: (i) la gravedad sustantiva de las conductas; y (ii) el grado de responsabilidad de sus presuntos perpetradores (Situación en la

República de Kenia, 2010; Situación en la República de Costa de Marfil, 2011).

A) Gravedad sustantiva de las conductas

La gravedad de los crímenes no se evalúa exclusivamente a partir del número de víctimas que hayan dejado, sino que tiene en cuenta factores de agravación de orden cualitativo (Situación en la República de Kenia, 2010; Situación en la República de Costa de Marfil, 2011). A falta de una orientación más adecuada para identificar estos factores en etapas tempranas de los procedimientos ante la CPI, como la solicitud de apertura de una investigación *proprio motu* por parte de la Fiscalía o la solicitud de órdenes de detención contra sospechosos de haber cometido crímenes internacionales, la Sala de Cuestiones Preliminares II tuvo que acudir a la Regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (en adelante "RPP"). Esta provisión, contentiva de los factores de individualización de la pena a imponerle a una persona que hubiese sido efectivamente condenada por la CPI, no pareciera encajar perfectamente a una evaluación preliminar de gravedad. Sin embargo, ha influenciado profundamente la comprensión del Artículo 17(1)(d) ER desde 2010.

En ese entonces, la Sala de Cuestiones Preliminares II consideró que la gravedad podía ser medida a partir de la escala, la naturaleza y el impacto de los crímenes, los medios empleados para su comisión y el daño causado a las víctimas directas y a sus familias (Situación en la República de Kenia, 2010). En consecuencia, determinó que el número de víctimas, el alcance territorial, la extensión temporal y la brutalidad con la cual se ejecutaron los crímenes de lesa humanidad que tiñeron de sangre el período poselectoral de 2007 ameritaban la apertura de una investigación formal en dicho país de África Oriental (Situación en la República de Kenia, 2010). Poco tiempo después, la Sala de Cuestiones Preliminares III concedió la solicitud de apertura de una investigación *motu proprio* en Costa de Marfil empleando exactamente los mismos criterios (Situación en la República de Costa de Marfil, 2011).

Debido a que se trató de las dos primeras decisiones expedidas por un órgano de la CPI bajo el Artículo 15 ER, su importancia no puede ser exagerada. En efecto, durante el debate jurídico acerca de la procedencia de una investigación en la situación de la "Flotilla Humanitaria", los argumentos de la Fiscalía de la CPI (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2014) y de la Sala de Cuestiones Preliminares I (Situación en las Naves Registradas de la Unión de las Comoras, la República Helénica y el Reino de Camboya, 2015) se centraron en los factores de gravedad contenidos en la Regla 145 de las RPP (Reglas de Procedimiento y Prueba, 2002).

Tal ha sido el impacto de esta aproximación a la gravedad sustantiva de los crímenes internacionales castigados por el ER que la Fiscalía de la CPI también la adoptó en su Documento General de Política sobre Selección y Priorización de Casos (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2016).

Dada la prevalencia de estos criterios, resulta pertinente emplearlos para evaluar la gravedad de los crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos durante el Paro Nacional. Al respecto, baste con recordar que:

> Estos crímenes parecen ser suficientemente graves. En términos de su escala, han afectado a cientos de personas a través de un amplio ámbito temporal y territorial. En lo atinente a su naturaleza, éstos representan graves violaciones de los derechos a la vida, la integridad, la libertad y las prohibiciones de tratos inhumanos o la violencia sexual. La información acerca de la forma de comisión de los crímenes indica que éstos pueden ser atribuibles a servidores públicos que abusaron de su autoridad y pervirtieron su deber de proteger la vida, integridad y libertad de la ciudadanía. Todavía más, parecieron actuar desenfrenadamente y disfrutar del sufrimiento que causaron entre la población civil. Por lo demás, parece haberse seleccionado a la Guardia Indígena como objetivo con base en motivos discriminatorios. A manera de ejemplo, el presidente Duque los instó a "volver a sus resguardos" para evitar "confrontaciones innecesarias" (Vargas Niño, 2021).

B) Grado de responsabilidad de los presuntos perpetradores

En lo relativo al grado de responsabilidad de los presuntos responsables, la CPI ha sostenido que esa evaluación se funda en su contribución material a la comisión de crímenes internacionales más que en consideraciones excesivamente formalistas acerca del rango que ocupan en diversas estructuras jerarquizadas (Situación en la República Democrática del Congo, 2006). Por consiguiente, aun aquellos individuos que se encuentran en niveles inferiores del aparato criminal podrían ser investigados por la CPI si se establece que su conducta fue particularmente grave o notoria. Este análisis se basa en criterios como la naturaleza de la conducta ilícita, el grado de participación de los sospechosos, la intensidad de su dolo, la existencia de motivos discriminatorios y cualquier abuso del poder o de las funciones oficiales que desempeñen (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2016).

En la situación de la "Flotilla Humanitaria", la Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo que

la Fiscalía incurrió en un error al no evaluar si aquellas personas que probablemente quedarían sujetas a sus investigaciones podrían detentar el mayor grado de responsabilidad por los crímenes cometidos a bordo de la embarcación A/V Mavi Marmara independientemente de su rango al interior de las Fuerzas de Defensa de Israel (Situación en las Naves Registradas de la Unión de las Comoras, la República Helénica y el Reino de Camboya, 2015). Esto indica que, de abrirse una nueva situación sobre Colombia, la Fiscalía de la CPI tendría que adelantar un minucioso ejercicio de identificación de aquellas personas que, sin importar su posición jerárquica, tuvieron una influencia particular en la comisión de los crímenes de lesa humanidad que potencialmente tuvieron lugar durante el Paro Nacional.

5. El rol de la CPI en defensa de la democracia

Además de la satisfacción de los requisitos de competencia y admisibilidad previstos en los Artículos 1, 5, 7, 17 y 53 ER, la situación relativa al Paro Nacional le ofrecería a la CPI la oportunidad de realizar una contribución -hasta el momento esquiva- a la defensa de la democracia sustantiva a través del DPI.

5.1. El Derecho de Reunión Pacífica como Componente de la Democracia

De conformidad con el Artículo 1 de la Carta Democrática Interamericana (en adelante "CDI"), "[l]os pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla" (Organización de Estados Americanos, 2001). Esta se fortalece "con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional" (Organización de Estados Americanos, 2001) y uno de sus pilares es "el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales" (Organización de Estados Americanos, 2001). Asimismo, en el ámbito interamericano se entiende que el correcto funcionamiento de sistemas democráticos "es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos" (Organización de Estados Americanos, 2001).

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de DDHH (en adelante "Corte IDH") concluyó recientemente que "[l] a interdependencia entre democracia, Estado de Derecho y protección de los derechos humanos es la base de todo el sistema del que la Convención forma parte" (Opinión Consultiva OC-28/21, 2021). Adicionalmente, sostuvo que "el ejercicio efectivo de la democracia en los Estados americanos constituye una obligación jurídica internacional y estos soberanamente han consentido en que dicho ejercicio ha dejado de ser únicamente un asunto de su jurisdicción doméstica, interna o exclusiva (Opinión Consultiva OC-28/21, 2021). En este marco, la Corte IDH reconoció que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH") fomenta el pluralismo político de diversas maneras, incluyendo "el derecho de reunión" y los derechos políticos que, vistos en su conjunto, "hacen posible el juego democrático" (Opinión Consultiva OC-28/21, 2021).

Se tiene, entonces, que el respeto del derecho de reunión constituye una de las obligaciones internacionales inherentes al ejercicio efectivo de la democracia que han reconocido los estados vinculados al sistema interamericano de DDHH. Colombia es uno de éstos. De allí que resulte importante recodar que, de conformidad con el Artículo 15 de la CADH -una norma casi idéntica al Artículo 21 del PIDCP-:

> Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

Según la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia, el derecho de reunión:

> Abarca tanto reuniones privadas como reuniones en la vía pública, ya sean estáticas o con desplazamientos. La posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos. Por tanto, el derecho de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y no debe ser interpretado restrictivamente (Caso López Lone y Otros Vs. Honduras, 2015).

De manera semejante, el Comité de DDHH de la ONU concluyó, en su Observación General 37, que:

> El derecho humano fundamental de reunión pacífica permite a las personas expresarse colectivamente y participar en la configuración de sus sociedades. El derecho de reunión pacífica es importante por sí mismo, puesto que protege la capacidad de las personas para ejercer su autonomía individual en solidaridad con los demás. Junto con otros derechos

> conexos, constituye también el fundamento mismo de un sistema de gobierno participativo basado en la democracia, los derechos humanos, el respeto de la ley y el pluralismo. Las reuniones pacíficas pueden desempeñar un papel fundamental al permitir a los participantes presentar ideas y metas a las que aspirar en la esfera pública y determinar el grado de apoyo u oposición a esas ideas y objetivos. Cuando se utilizan para ventilar quejas, las reuniones pacíficas pueden crear oportunidades para la solución inclusiva, participativa y pacífica de las diferencias (…) El derecho de reunión pacífica es, además, un valioso instrumento que se puede utilizar y se ha utilizado para reconocer y hacer realidad muchos otros derechos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales. Es especialmente importante para las personas y los grupos marginados. La falta de respeto y garantía del derecho de reunión pacífica suele ser un indicio de represión (Comité de Derechos Humanos, 2020).

De hecho, como se mencionó en el capítulo IV, el recurso a la violencia indiscriminada y desproporcionada por parte de las autoridades colombianas durante el Paro Nacional no solo dejó al descubierto su preferencia por la represión, sino que también ofreció el contexto necesario para la presunta comisión de numerosos crímenes de lesa humanidad. Entonces, es razonable sostener que esa línea de conducta representó una amenaza a los tres pilares interdependientes de la democracia, el estado de derecho y el respeto por los DDHH.

5.2. La Oportunidad de Enviar un Mensaje a Favor de la Democracia

Esta constatación sin duda trasciende la estricta interpretación y aplicación del ER. No obstante, milita a favor de la intervención de la CPI con respecto a esta nueva situación en Colombia por una razón sencilla: a lo largo de sus 18 años de existencia, la CPI ha demostrado un interés notable en la protección de la democracia por vía de la acción penal internacional. Ciertamente, las situaciones en Kenia, Costa de Marfil, Guinea y Burundi surgieron de instancias de violencia masiva acaecidas como resultado de disputas electorales que desbordaron los cauces institucionales. En aquellas instancias de "política cancerígena" (Luban), la acción penal internacional ofreció una breve esperanza de restablecimiento de los postulados jurídicos esenciales de una comunidad política pacífica y sensible a la opinión de sus ciudadanos: el respeto por la diferencia, el derecho a elegir y ser elegido, la posibilidad de participar en los asuntos públicos y la más mínima consideración por la vida, la integridad física, la libertad individual, la libertad de conciencia y el derecho de reunión pacífica.

Lamentablemente, el anhelo de una restauración efectiva de los pilares democráticos por vía del DPI se erosionó rápidamente.

Tras investigaciones afectadas por la ausencia de cooperación del "Gobierno del Jubileo" y heridas de muerte por campañas de soborno, intimidación y hasta asesinato de testigos de cargo (Cacciatori, 2018) -presuntamente vinculadas a los acusados principales-, los casos relativos a la violencia postelectoral de 2007 contra Uhuru Kenyatta (La Fiscal v. Uhuru Muigai Kenyatta, 2015) y William Samoei Ruto (La Fiscal v. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang, 2016) colapsaron. Al día de hoy, la única investigación vigente con respecto a Kenia versa, precisamente, sobre los intentos del abogado Paul Gicheru de interferir con testigos de la Fiscalía (El Fiscal v. Paul Gicheru, 2021).

De otra parte, la Sala de Primera Instancia I decretó el sobreseimiento del caso adelantado contra el ex presidente marfileño Laurent Gbagbo y su ministro de juventudes Charles Blé Goudé por crímenes de lesa humanidad, presuntamente cometidos durante la represión de manifestaciones a favor de Alassane Ouattara tras las controversiales elecciones presidenciales de 2010. La Sala fundó su decisión en la ausencia de material probatorio suficiente para demostrar la responsabilidad de los acusados más allá de toda duda razonable (La Fiscal v. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé, 2019). Como consecuencia de esta determinación, la orden de detención emitida contra la antigua primera dama Simone Gbagbo también fue privada de efectos (El Fiscal v. Simone Gbagbo, 2021).

En lo que respecta al examen preliminar de la situación en Guinea, relativa a la violenta represión de manifestaciones a favor de la democracia en Conakry el 28 de septiembre de 2009, el más reciente reporte de actividades de la Fiscalía de la CPI apenas indicó que continuará su evaluación de complementariedad antes de determinar si la situación es admisible (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2020).

Por último, aunque la Sala de Cuestiones Preliminares III autorizó la apertura de una investigación formal de la situación en Burundi apenas días antes de que la denuncia del ER presentada por el gobierno del fallecido Pierre Nkurunziza entrara en vigor (Situación en la República de Burundi, 2017), en la actualidad no se conocen pasos progresivos orientados a esclarecer las responsabilidades penales individuales derivadas de la campaña de persecución a sus opositores políticos, reales o presuntivos, lanzada a partir de 26 de abril de 2015.

Colombia, entonces, le ofrece a la CPI la posibilidad de enviar el contundente mensaje en defensa de la democracia que aún no ha podido consolidar.

5.3. La Activación de la Competencia de la CPI frente al Paro Nacional

Como se aseveró en el capítulo III de este escrito, el prolongado examen preliminar de la Fiscalía de la CPI en Colombia ha generado un considerable desgaste institucional que hace improbable la solicitud de autorización de cualquier investigación *motu proprio* con respecto a los hechos del Paro Nacional. De hecho, el recientemente posesionado Fiscal de la CPI, Karim A.A. Khan, QC, manifestó en un comunicado de prensa relativo a su primera visita a Colombia que: "el estrechamiento de las relaciones y la cooperación con los Estados Partes mejorará el funcionamiento del régimen del Estatuto de Roma en consonancia con el principio de complementariedad" (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2021). El énfasis en la complementariedad, un tema recurrente en los primeros meses de trabajo del nuevo Fiscal (Khan, 2021), pareciera indicar una preferencia por dejar la adjudicación de los crímenes cometidos en Colombia en manos de las autoridades nacionales. Esta se confirmó con los términos del cierre de su examen preliminar de la situación en Colombia y de apertura de una investigación formal en Venezuela (Vargas Niño, 2021).

No obstante, este obstáculo podría superarse en dos escenarios alternativos de activación de la competencia de la CPI: la remisión por parte del Consejo de Seguridad de la ONU bajo el Artículo 13(b) ER o por iniciativa de uno o varios estados partes del ER, según el Artículo 14 de dicho tratado internacional.

La primera posibilidad parece remota, pues el Consejo de Seguridad de la ONU tan solo ha remitido las situaciones en Darfur (Consejo de Seguridad de la ONU, 2005) y Libia (Consejo de Seguridad de la ONU, 2011) a la CPI, habiendo pasado una década desde esta última decisión. Además, varios intentos por remitir la situación en Siria a la CPI fueron bloqueados por dos de los miembros permanentes de dicho órgano. La Federación Rusa, en particular, sostuvo que una decisión en ese sentido tan solo serviría para preparar una intervención militar (Fehl, 2014). La susceptibilidad de las decisiones del Consejo de Seguridad de la ONU a consideraciones más propias de la *realpolitik* que del DPI (Harvard Law Review, 2015), aunada a la creciente competencia por influencia en América Latina entre varios de sus miembros permanentes, pone en tela de juicio la viabilidad de este mecanismo.

No sucede lo mismo con la remisión de terceros estados. De hecho, Colombia -actuando como parte del denominado "Grupo de Lima"- participó en la remisión de la situación en Venezuela (I) a la Fiscalía de la CPI (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2017). Dado que la discusión doctrinaria acerca de la posibilidad de que el Artículo 14 ER incluya tanto las remisiones de situaciones acaecidas en terceros estados como las "autorremisiones" de aquellas que tengan lugar en el territorio del mismo estado que las formula ya ha sido resuelta (Robinson, 2011), lo único que se necesitaría para que la CPI conociera de los hechos del Paro Nacional sería la voluntad política para remitir la situación. Aunque esta no se ha evidenciado hasta el momento, nada obsta realmente para prever que se pueda materializar en el futuro.

Antes bien, dado que Colombia es un estado miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2020), un socio global de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (France 24, 2018) y un estado que continúa dependiendo del gobierno de Estados Unidos y de la Unión Europea en diversos frentes, pareciera haber un clima internacional propicio a la intervención de la CPI.

Es evidente que el principal propósito de tal intervención sería el de investigar, judicializar y, de ser el caso, condenar a los máximos responsables de los crímenes internacionales más graves cometidos durante el Paro Nacional. No obstante, la mera apertura de un nuevo examen preliminar sobre estos hechos podría producir réditos en materia de justicia que hasta el momento no se han obtenido. Al respecto, vale la pena retomar la tesis de Jessberger y Geneuss (Jessberger & Geneuss, 2012) quienes, hace ya casi una década, sostuvieron que la CPI podía acudir a la complementariedad positiva para catalizar procesos nacionales de justicia que dieran efecto a la promesa del ER de "poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes".

6. Conclusiones

Luego de realizar un somero recuento de los hechos de violencia más notorios del Paro Nacional colombiano de mediados de 2021, este artículo ofreció algunos argumentos a favor de la apertura de un nuevo

examen preliminar de la Fiscalía de la CPI que se refiriera exclusivamente a ese contexto.

En primer lugar, se demostró que la recientemente clausurada situación en Colombia únicamente se refería a crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra presuntamente cometidos hasta el año 2012. A partir de allí, la Fiscalía de la CPI se enfocó en promover los procesos judiciales internos a partir de la denominada "complementariedad positiva". Esto, aunado a las complejas iniciativas de justicia transicional adoptadas en Colombia desde mediados de la década del 2000, produjo un considerable desgaste institucional que hace poco probable la apertura de cualquier investigación oficiosa de la situación en Colombia ante la CPI.

En segundo lugar, se presentaron las razones a partir de las cuales se podría concluir que existen fundamentos razonables para creer que se cometieron al menos cinco tipos de crímenes de lesa humanidad durante el Paro Nacional: (i) asesinatos de conformidad con el Artículo 7(1)(a) del ER; (ii) otros actos inhumanos de carácter similar, particularmente amputaciones oculares, lesiones personales, golpizas y obstrucciones al trabajo de misiones médicas de conformidad con el Artículo 7(1)(k) del ER; (iii) desapariciones forzadas de conformidad con el Artículo 7(1)(i) del ER; (iv) encarcelaciones u otras privaciones graves de la libertad física de conformidad con el Artículo 7(1)(e) del ER, y; (v) diversos actos de violencia sexual de conformidad con el Artículo 7(1)(g) del ER. Igualmente, se demostró que una situación que cobijara tales crímenes internacionales sería actualmente admisible ante la CPI como consecuencia de la inacción estatal.

En tercer lugar, se sugirió que la violación del derecho a la reunión pacífica por parte de las autoridades colombianas en el marco del Paro Nacional representaba una amenaza a los tres pilares interrelacionados de la democracia, el estado de derecho y el respeto por los DDHH. En vista de que los intentos de la CPI por perseguir conductas criminales que atentaron contra la democracia en cuatro situaciones en África fracasaron o se encuentran irresueltos por distintas razones, se propuso que esta nueva situación en Colombia podría darle a la CPI la posibilidad de enviar un mensaje contundente en defensa de ese régimen político.

Dada la baja probabilidad de que la situación propuesta sea iniciada *motu proprio* por la Fiscalía de la CPI o sea remitida a esta por parte del Consejo de Seguridad de la ONU, se sostuvo que tan solo haría falta voluntad política de un tercer estado parte del ER para garantizar que la CPI interviniera. Puesto que Colombia pertenece a varias organizaciones que promueven la cooperación internacional en temas de desarrollo económico y asistencia militar, y por cuenta de su dependencia de Estados Unidos y la Unión Europea, se sostuvo que existen incentivos considerables para que la CPI intervenga. Tal intervención conduciría, idealmente, al enjuiciamiento y sanción de los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad en La Haya. Empero, en su rol de *watchdog court*, la CPI podría catalizar procesos nacionales que, a la fecha, no existen. Esto representaría una ganancia neta en términos de justicia.

En un controversial discurso ante estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Beijing, el magistrado francés de la CPI Marc Perrin de Brichambaut remarcó que los latinoamericanos nos encontramos en una "extraña situación" ante la CPI (Perrin de Brichambaut, 2017). Aunque no aclaró a qué se refería, su premisa es esencialmente cierta: a pesar de que 28 estados de América Latina y el Caribe (en adelante "GRULAC") han ratificado el ER, a pesar de que Bolivia, Colombia, Honduras, México y Venezuela han sido objeto de (extensa) consideración por parte de la Fiscalía de la CPI, a pesar de la creciente demanda de justicia por las múltiples y diversas atrocidades cometidas en nuestra región, la CPI ha iniciado una sola investigación formal en un país latinoamericano: Venezuela. No obstante, a la fecha de publicación de este artículo, la Fiscalía de la CPI continúa promoviendo una visión positiva de la complementariedad que implica que sean sus propias autoridades internas las que indaguen por las responsabilidades penales individuales a que haya lugar (Memorándum de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela y la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2021). Nuestras nacionalidades están subrepresentadas en la mayoría de las categorías de personal de la CPI (Asamblea de los Estados Partes, 2020). Aún la jurisprudencia de la Corte IDH pareciera estar ausente de las deliberaciones de la CPI a menos que haya una magistrada del GRULAC en la Sala competente (Vargas Niño, 2021). En ocasiones, pareciera que no existiéramos.

Sin embargo, no somos pocos los profesionales latinoamericanos que conservamos la esperanza de que la CPI se convierta en un verdadero tribunal universal que investigue los crímenes de su competencia dondequiera que ocurran. Ese anhelo inspira hoy el llamado a que los crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos durante el Paro Nacional no

queden impunes. El clamor de que su castigo emita una clara señal de repudio por el cruel recurso de un estado nominalmente democrático a la fuerza ciega para aplacar a un pueblo ávido de pan y de libros, no de balas y granadas aturdidoras.

Declamaba Borges:

Sediento de saber lo que Dios sabe,
Judá León se dio a permutaciones
de letras y a complejas variaciones
y al fin pronunció el Nombre que es la Clave

Aquel nombre, pronunciado por las madres de todos que alimentaban al pueblo en las ollas comunitarias de Puerto Resistencia, exigido a gritos por feministas de torso desnudo en la Plaza de Bolívar, muerto en la boca ensangrentada de un artista perforado por proyectiles anónimos en la noche pereirana, es uno solo:

Justicia. Justicia. Justicia.

Referencias bibliográficas

Acuerdo de Cooperación entre la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional y el Gobierno de Colombia. (2021, 28 de octubre).

Amnistía Internacional. (2021, 30 de julio). Cali: en el Epicentro de la Represión. Violaciones a los Derechos Humanos durante el Paro Nacional 2021 en Cali, Colombia. https://www.amnesty.org/es/documents/amr23/4405/2021/es/

Asamblea de los Estados Partes. (2020). Proyecto de informe de la Mesa sobre la representación geográfica equitativa y el equilibrio entre los géneros en la contratación del personal de la Corte Penal Internacional.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (2002, 28 de enero). *A/RES/56/83. 56/83. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.*

Badar, M. (2004). From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes against Humanity. *San Diego International Law Journal, 5*(73), 73-144.

Barreto, H. (2006, 4 de agosto). La Ley de Justicia y Paz Frente a la Corte Penal Internacional. *Derecho Penal y Criminología, 27*(81), 47-70.

Benzing, M. (2003). The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity. *Max Planck Yearbook of United Nations Law, 7*, 591-632.

Burke-White, W. (2008). Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice. *Harvard International Law Journal, 49*(1), 53-108.

Cacciatori, M. (2018). When Kings are Criminals: Lessons from ICC Prosecutions of African Presidents. *International Journal of Transitional Justice, 12*, 386-406.

Campos, A. (2021, 2 de mayo). Monólogos del adiós: sobre la muerte de Marcelo Agredo.

Cassese, A. & Gaeta, P. (2003). *International Criminal Law*. Oxford University Press.

Cepeda, I. (2021, 28 de setiembre). Senador Ivan Cepeda y organizaciones de DD.HH. Entregan informe a la Corte Penal Internacional -CPI- sobre violaciones de derechos humanos en el marco del Paro Nacional. *Polo Democrático Alternativo*. https://www.polodemocratico.net/senador-ivan-cepeda-y-organizaciones-de-dd-hh-entregan-informe-a-la-corte-penal-internacional-cpi-sobre-violaciones-de-derechos-humanos-en-el-marco-del-paro-nacional/

Cerosetenta. (2021, 9 de mayo). Cartografía de la Violencia Policial. https://cerosetenta.uniandes.edu.co/especiales/violencia-policial/

Comisión de Derecho Internacional. (1954). Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, II*. Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind.

Comisión de Derecho Internacional. (1986). Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Observaciones y Recomendaciones Visita de Trabajo a Colombia Junio 2021.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021, 7 de mayo). La CIDH y su RELE expresan preocupación ante la gravedad y elevado número de denuncias de violaciones de derechos humanos durante las protestas sociales en Colombia. https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/118.asp

Comité de Derechos Humanos. (2020, 17 de setiembre). Observación general 37 (2020), relativa al derecho de reunión pacífica (artículo 21).

Congreso de la República de Colombia. (2005, 25 de julio). Ley 975 de 2005. *Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial 51.744.

Consejo de Control. (1945, 20 de diciembre). Ley 10. *Castigo de Personas Responsables de Crímenes de Guerra, Crímenes Contra la Paz y Crímenes de Lesa Humanidad.* https://www.legal-tools.org/doc/ffda62/pdf/

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. (2021, 5 de agosto). Jeimmy Acuña Naranjo, 11001-03-15-000-2021-02367-00.

Consejo de Seguridad de la ONU. (2005, 31 de marzo). S/RES/1593.

Consejo de Seguridad de la ONU. (2011, 26 de febrero). S/RES/1970.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969, 7-22 de noviembre). San José, Costa Rica.

Corte Constitucional de Colombia. (2019, 13 de marzo). Sentencia C-112 de 2019. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-112-19.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015, 5 de octubre). Caso López Lone y Otros Vs. Honduras, Serie C, 302.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021, 7 de junio). Opinión Consultiva OC-28/21, Serie A, 28.

Corte Penal Internacional. (2011, 15 de noviembre). Situación en la República de Costa de Marfil, ICC-02/11-14-Corr.

Corte Penal Internacional. (2017, 9 de noviembre). Situación en la República de Burundi, ICC-01/17-9-Red.

Corte Penal Internacional. (2021, 22 de agosto). Preliminary Examination Colombia. https://www.icc-cpi.int/colombia

Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmshurst, E. (2014). An Introduction to International Criminal Law and Procedure (3.ª ed). Cambridge University Press.

ECCHR, C. (2021, 2 de mayo). Re: Including allegations of police violence in the Colombian preliminary examination. https://www.ecchr.eu/fileadmin/Juristische_Dokumente/20210510_Letter_ICC_Colombia_police_violence.pdf

El Espectador. (2021, 8 de setiembre). Paro Nacional: de 231 investigaciones por abuso policial, hay dos destituciones. https://www.elespectador.com/judicial/paro-nacional-de-231-investigaciones-por-abuso-policial-hay-dos-destituciones/

El Zeidy, M. (2002). The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law. *Michigan Journal of International Law, 23*(896), 869-888.

Elementos de los Crímenes. (2002, 3-10 de setiembre). Documentos Oficiales de la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones. Naciones Unidas.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (1997, 17 de julio). *Roma, Lazio, Italia*. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en#EndDec

Estatuto del Tribunal Militar Internacional. (1945, 8 de agosto). https://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp

Fehl, C. (2014). Growing Up Rough: The Changing Politics of Justice at the International Criminal Court. Frankfurt: Peace Research Institute Frankfurt (PRIF).

Fernández, C. (2021). ¿Un ataque generalizado, pero no sistemático? Sobre la omisión deliberada de actuar en los crímenes de lesa humanidad. En C. Guerrero, *El Derecho Penal Internacional ante la jurisdicción internacional y la jurisdicción chilena: a 20 años del Estatuto de Roma*.

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2007). Policy Paper on the Interests of Justice. https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/772c95c9-f54d-4321-bf09-73422bb23528/143640/iccotpinterestsofjustice.pdf

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2012). Situación en Colombia Reporte Intermedio. https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2013). Policy Paper on Preliminary Examinations. https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-policy_paper_preliminary_examinations_2013-eng.pdf

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2014). Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia: Article 53(1) Report. La Haya.

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2014, 12 de junio). Statement by the ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the referral of the situation since 1 August 2012 in the Central African Republic. https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-statement-12-06-2014&ln=en

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2016, 15 de setiembre). Policy Paper on Case Selection and Prioritisation. https://www.icc-cpi.int/itemsdocuments/20160915_otp-policy_case-selection_eng.pdf

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2017, 27 de setiembre). Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sra. Fatou Bensouda, sobre la remisión por parte de un grupo de seis Estados Partes en relación con la situación en Venezuela. https://www.icc-cpi.int//Pages/item.aspx?name=180927-otp-stat-venezuela&ln=Spanish

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2017, 4 de diciembre). Informe sobre las actividades de examen preliminar. Informe sobre las actividades de examen preliminar. https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2017-PE-rep/2017-otp-rep-PE-COLOMBIA_SPA.pdf

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2018, 5 de diciembre). Informe sobre las actividades de examen preliminar. https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2018-otp-rep-PE-Colombia.pdf

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2020). Report on Preliminary Examination Activities 2020.

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2020, 17 de febrero). Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sra. Fatou Bensouda, sobre la remisión por parte de Venezuela en relación a la situación en su propio territorio. https://www.icc-cpi.int//Pages/item.aspx?name=200217-otp-statement-venezuela&ln=Spanish

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2020, 14 de diciembre). Informe sobre las actividades de examen preliminar. https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-col-spa.pdf

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2021, 15 de junio). Situación en Colombia. Consulta sobre Puntos de Referencia. https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20210615-COL-Benchmarking-Consultation-Report-spa.pdf

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2021, 25 de octubre). El Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sr. Karim A. A. Khan QC, inicia visitas oficiales a Colombia y a Venezuela. https://www.icc-cpi.int//Pages/item.aspx?name=pr1622&ln=Spanish

France 24. (2018, 31 de mayo). Colombia formalizó su ingreso a la OTAN y se convierte así en el primer socio global latinoamericano. https://www.france24.com/es/20180531-colombia-otan-bruselas-latinoamerica

Giles, M. (2019). On "Tempered Complementarity": The International Criminal Court and the Colombian Peace Process. *Canadian Journal of Human Rights, 8*(1), 151-184.

Grupo de Expertos Independientes. (2020, 30 de setiembre). Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System Final Report. https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/IER-Final-Report-ENG.pdf

Hall, C. & Ambos, K. (2016). Article 7: Crimes Against Humanity. En O. Triffterer & K. Ambos, The Rome Statute of the International Criminal Court A Commentary (3.rd Edition). C.H. Beck - Hart - Nomos.

Harvard Law Review. (2015, 12 de enero). U.N. SCOR, 69th Sess., 7180th mtg. at 4, U.N. Doc. S/PV.7180 (May 22, 2014) Draft Security Council Resolution Referring Syrian Conflict to the International Criminal Court Vetoed by Russia and China (13 in Favor, 2 Against). https://harvardlawreview.org/2015/01/u-n-scor-69th-sess-7180th-mtg-at-4-u-n-doc-spv-7180-may-22-2014/

Human Rights Watch. (2021, 9 de junio). Colombia: Brutalidad policial contra manifestantes. Urge una reforma policial para prevenir futuros abusos. https://www.hrw.org/es/news/2021/06/09/colombia-brutalidad-policial-contra-manifestantes

Jessberger, F. & Geneuss, J. (2012). The Many Faces of the International Criminal Court. *Journal of International Criminal Justice,10,* 1081-1094.

Khan, K. (2021, 16 de junio). Swearing-in ceremony: Speech of new ICC Prosecutor Karim Asad Ahmad Khan QC, 16 June 2021. https://www.youtube.com/watch?v=tDldr2ma1S0

Memorándum de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela y la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2021, 3 de noviembre).

Olásolo, H. (2014). Los exámenes preliminares de la Corte Penal Internacional en América Latina: el caso colombiano y su impacto sobre futuras negociaciones de paz en la región. *Anuario de Derechos Humanos, 10*, 35-56.

Olásolo, H. & Ramírez, J. (2017). The Colombian Integrated System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repetition. *Journal of International Criminal Justice, 15*, 1011-1047.

Organización de Estados Americanos. (2001, 11 de setiembre). Carta Democrática Interamericana.

Organización de las Naciones Unidas. (2021, 4 de mayo). ONU Derechos Humanos llama a la calma en Colombia, y denuncia el uso excesivo de la fuerza contra los manifestantes. https://news.un.org/es/story/2021/05/1491612

Organización de las Naciones Unidas. (2021, 7 de mayo). Committee on Enforced Disappearances Closes Online Twentieth Session after Adopting Concluding Observations on Reports of Mongolia, Switzerland and Colombia. https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27075&LangID=E

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2020, 28 de abril). La OCDE global da la bienvenida a Colombia como su 37o miembro. https://www.oecd.org/newsroom/la-ocde-global-da-la-bienvenida-a-colombia-como-su-37o-miembro.htm

Perrin de Brichambaut, M. (2017). *ICC Statute Article 68. Beijing*. Centre for International Law Research and Policy.

Reglas de Procedimiento y Prueba. (2002, 10 de setiembre). Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002 (ICC-ASP/1/3 y Corr.1).

Robinson, D. (2011). The Controversy over Territorial State Referrals and Reflections on ICL Discourse. *Journal of International Criminal Justice, 9*, 355-384.

Rodríguez, C. (2014). La Evolución del Crimen de Lesa Humanidad en el Derecho Penal Internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 139*, 209-249.

Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional. (2006, 13 de julio). Situación en la República Democrática del Congo, ICC-01/04-169.

Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional. (2009, 25 de setiembre). El Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07-1497 (Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones 25 de septiembre de 2009).

Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional. (2011, 30 de agosto). El Fiscal v. Francis Kirimi Muthaura et al., ICC-01/09-02/11-274.

Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional. (2011, 30 de agosto). El Fiscal v. William Samoei Ruto et al., ICC-01/09-01/11-307.

Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional. (2014, 21 de mayo). La Fiscal v. Saif al-Islam Gaddafi y Abdullah al-Senussi, ICC-01/11-01/11-547-Red.

Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional. (2020, 5 de marzo). Situación en la República Islámica de Afganistán, ICC-02/17-138.

Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional (Artículo 70) A. (2021, 15 de julio). El Fiscal v. Paul Gicheru, ICC-01/09-01/20-153-Red.

Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional. (2006, 10 de febrero). El Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-1-Corr-Red.

Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional. (2010, 8 de febrero). El Fiscal v. Bahar Idriss Abu Garda, ICC-02/05-02/09-243-Red.

Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional. (2014, 11 de diciembre). La Fiscal v. Simone Gbagbo, ICC-02/11-01/12-47-Red.

Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional. (2015, 16 de julio). Situación en las Naves Registradas de la Unión de las Comoras, la República Helénica y el Reino de Camboya, ICC-01/13-34.

Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional. (2021, 5 de febrero). Situación en el Estado de Palestina, ICC-01/18-143.

Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional. (2010, 31 de marzo). Situación en la República de Kenia, ICC-01/09-19-Corr.

Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional. (2012, 23 de enero). El Fiscal v. Francis Kirimi Muthaura et al., ICC-01/09-02/11-382-Red.

Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional. (2021, 19 de julio). El Fiscal v. Simone Gbagbo, ICC-02/11-01/12-90.

Sala de Cuestiones Preliminares III de la Corte Penal Internacional. (2017, 25 de octubre). Situación en la República de Burundi, ICC-01/17-9-Red.

Sala de Cuestiones Preliminares III de la Corte Penal Internacional. (2019, 14 de noviembre). Situación en la República Popular de Bangladesh y en la República de la Unión de Myanmar, ICC-01/19-27. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_06955.PDF

Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional. (2019, 16 de julio). La Fiscal v. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé, ICC-02/11-01/15-1263.

Sala de Primera Instancia II de la Corte Penal Internacional. (2014, 7 de marzo). La Fiscal v. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07-3436-tENG.

Sala de Primera Instancia V(A) de la Corte Penal Internacional. (2016, 5 de abril). La Fiscal v. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11-2027-Red-Corr.

Sala de Primera Instancia V(B) de la Corte Penal Internacional. (2015, 13 de marzo). La Fiscal v. Uhuru Muigai Kenyatta, ICC-01/09-02/11-1005.

Sala de Primera Instancia VI de la Corte Penal Internacional. (2019, 8 de julio). La Fiscal v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06-2359.

Sala de Primera Instancia IX de la Corte Penal Internacional. (2021, 4 de febrero). La Fiscal v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-1762-Red.

Schabas, W. & El Zeidy, M. (2016). Article 17: Issues of Admissibility. En O. Triffterer & K. Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. C.H. Beck - Hart - Nomos.

Stahn, C. (2005). Complementarity, Amnesties and Alternative forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court. *Journal of International Criminal Justice, 3*, 695-720.

Stahn, C. (2019). *A Critical Introduction to International Criminal Law*. Cambridge University Press.

Stewart, J. (2015, 13 de mayo). La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional. https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf

Stewart, J. (2018, 31 de mayo). El Rol de la CPI en el Proceso de Justicia Transicional en Colombia. https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/20180SpeechDP_ESP.pdf

Tribunal Militar Internacional. (1946, 1 de octubre). Estados Unidos de América et al. v. Hermann Wilhelm Göring et al.

Urueña, R. (2017). Prosecutorial Politics: The ICC's Influence in Colombian Peace Processes, 2003-2017. *American Journal of International Law, 111*(1), 104-125.

Van Schaack, B. (1999). The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence. *Columbia Journal of Transnational Law, 37*, 787-850.

Vargas Niño, S. (2017). Comentario V: El traje nuevo del emperador: recurso de la Corte Suprema de Justicia a los crímenes de lesa humanidad como justificación para violar el principio de legalidad. En R. Posada, F. Velásquez & M. Correa, *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, 6* (pp. 149-190). Universidad de Los Andes-Editorial Ibáñez-Universidad Sergio Arboleda.

Vargas Niño, S. (2021, 16 de mayo). No Cesa La Horrible Noche: Represión Estatal, Derecho Penal Internacional y la Búsqueda de Justicia en Colombia. https://una.uniandes.edu.co/index.php/blog/220-no-cesa-la-horrible-noche-represion-estatal-derecho-penal-internacional-y-la-busqueda-de-justicia-en-colombia

Vargas Niño, S. (2021, 2 de julio). Remedios Latinoamericanos: La Incorporación de la Jurisprudencia Interamericana relativa a las Reparaciones en la CPI. https://agendaestadodederecho.com/la-incorporacion-de-la-jurisprudencia-interamericana-relativa-a-las-reparaciones-en-la-cpi/

Vargas Niño, S. (2021, 24 de noviembre). *No Todos los Caminos Conducen a La Haya: el Principio de Complementariedad en América Latina*. Agenda Estado de Derecho.

Vargas Niño, S. (2021, 2 de diciembre). *When a Preliminary Examination Closes, a New Era Opens: The OTP's Innovative Support for Transitional Justice in Colombia*. Opinio Juris.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.005

El marco jurídico internacional de los niños soldado. Evolución y nuevos debates tras el Caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional(*)

The international legal framework for child soldiers. Evolution and new debates after the Ongwen case before the International Criminal Court

Jorge Rodríguez Rodríguez(**)
Universidad Complutense de Madrid (Madrid, España)

Resumen: La situación de los niños soldado es sin duda uno de los contextos de mayor peligrosidad dentro de la comunidad internacional. Pese a lo amplio de la regulación internacional en la materia (ya dentro del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Penal), todavía encontramos cifras ciertamente alarmantes que deben ser interpretadas como un aviso para que los Estados redoblen sus esfuerzos de cara a erradicar cualquier participación de menores en los conflictos armados. Este artículo realiza un análisis sobre la normativa internacional vigente en la materia desde los Protocolos adicionales de 1977 hasta la Convención sobre Derechos del Niño y su Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Además, estudia la regulación presente en el Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional al respecto, deteniéndose especialmente en los debates abiertos a colación de la sentencia sobre Dominic Ongwen, antiguo niño soldado.

Palabras clave: Derecho Internacional Humanitario - Derechos Humanos - Corte Penal Internacional - Niños soldado

Abstract: The situation of child soldiers is undoubtedly one of the most dangerous contexts within the international community. Despite the broadness of international regulation in this area (International Humanitarian Law, International Human Rights Law or International Criminal Law), we still find certainly alarming figures that should be interpreted as a warning for States to redouble their efforts in order to eradicate any participation of childs in armed conflicts. This article analyses the international standards in this area from the 1977 Additional Protocols to the Convention on the Rights of the Child and its Optional Protocol on the involvement of children in armed conflict. In addition, the article studies the Rome Statute and the jurisprudence of the International Criminal Court. Also, it focuses especially on the debates on the judgment on Dominic Ongwen, a former child soldier.

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 5 de noviembre de 2021 y su publicación fue aprobada el 10 de diciembre de 2021.

(**) Licenciado en Derecho por la Universidad de Granada, Máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá y Doctor en Derecho (cum laude) por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha sido investigador invitado en el Instituto Holandés de Derechos Humanos (SIM) de la Universidad de Utrecht y en el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto (Bilbao). Asimismo, ha sido colaborador de Amnistía Internacional España, de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, conferenciante invitado en múltiples congresos y seminarios en España y América, y docente en varios cursos de capacitación en Derechos Humanos. Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2689-3017. Correo electrónico: jorgro04@ucm.es.

Key words: International Humanitarian Law - Human Rights - International Criminal Court - Child soldiers

1. A modo de introducción: Los niños soldado, una realidad en nuestra comunidad internacional

La problemática que rodea a los menores que participan en conflictos armados es, quizás, una de las materias más sensibles a las que se ha enfrentado (y se enfrenta) la comunidad internacional. Una tarea que, por ahora, a la luz de los fríos datos que nos arrojan los distintos estudios en la materia, podemos calificar como inconclusa. Su solución ni siquiera se vislumbra, pues seguramente el correcto aborde de la cuestión no pase solo por el derecho, sino que sus raíces son más profundas y complejas que la mera falta de efectividad de la normativa internacional.

Esto no quiere decir que la comunidad internacional no haya intentado paliar el daño que sufren estos menores o que no se persiga a aquellos que los siguen reclutando. Ni mucho menos: contamos con una vasta regulación a todos los niveles del ordenamiento jurídico internacional: Derecho Internacional Humanitario (DIH), Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y Derecho Internacional Penal (DIP). Pese a ello, según datos actualizados del Secretario General de las Naciones Unidas, 8,521 menores participaron en conflictos armados en 2020 (Secretario General, A/75/873, 2021, párr. 4). Entre 2005 y 2020, Naciones Unidas ha confirmado el reclutamiento y el uso de al menos 1,000 niños por país en 15 países durante este periodo. Un total de 93,000 casos de niños reclutados y utilizados por grupos beligerantes(1). Entre las causas detrás de estos reclutamientos masivos encontramos, por ejemplo, los Estados fallidos, las guerras olvidadas, o la pobreza generalizada(2).

Un ejemplo de la gravedad de la situación en contextos concretos lo tenemos actualmente en Colombia, dentro del Caso 07 ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) sobre "Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado". Según datos de la propia JEP, recogidos en su Auto 159 de 4 de agosto de 2021, 18,677 niñas y niños fueron utilizados por las FARC - EP en el conflicto. Ello, no obstante, no solo implica su uso en acciones armadas, sino que también se determinó que su conexión con el grupo armado implicaba a su vez sufrir homicidios, torturas, tratos crueles, humillantes y degradantes, así como otros actos inhumanos, como parte de las sanciones disciplinarias que el grupo llevaba acabo(3).

Dentro de las respuestas dadas desde el Derecho Internacional, la gran piedra en el camino se encuentra sin duda en el modo de hacer eficaz su normativa en la materia. Pues no únicamente hablamos ya de obligaciones aplicables a los Estados, auténticos ejecutores del Derecho Internacional, sino que las dificultades actuales se encuentran en lo que ya podemos denominar "conflictos de

(1) *Véase* UNICEF. (2021, 26 de agosto). *Niños y niñas en la mira: 6 violaciones graves de los derechos de la infancia en tiempos de guerra*. https://www.unicef.org/es/historias/ninos-en-la-mira-seis-graves-violaciones-contra-ninos-en-tiempos-de-guerra. Aunque la mayor parte de los índices coinciden en apuntar que es sumamente difícil poder dar un número exacto, se estima igualmente, según María Rosario Ojinaga, que: "unos 300.000 jóvenes menores de 18 años de edad se han visto obligados a tomar las armas y participar en las hostilidades en más de 30 países. El fenómeno afecta a niños y jóvenes en Asia, América Latina, África y Oriente Medio, aunque también han participado niños en los conflictos armados ocurridos tras la desintegración de la antigua Unión Soviética y el reclutamiento de menores de 18 años es una práctica regular en algunos Estados Occidentales como Estados Unidos y Reino Unido. En algunos casos, el porcentaje de menores que participan en hostilidades es alarmante. Se estima que hasta el 30% de algunas unidades guerrilleras y el 50% de determinadas unidades paramilitares están formadas por niños. La mayor parte de ellos tienen entre 15 y 18 años, pero se conocen muchos casos de utilización en tareas militares y conexas de niños de menor edad" (2002, pp. 44-45).

(2) Más allá de la intensa y prolífica literatura jurídica a este respecto, un perfecto ejemplo de esta problemática lo podemos encontrar en relato de Xavier Aldekoa en la Revista 5W sobre Rodrigue, un niño soldado de la República Democrática del Congo: "Rodrigue era un niño soldado por esas tres palabras. ''No tenemos nada''. Para dejar de decirlas. Porque para niños como Rodrigue, sin futuro ni salida, la promesa de fidelidad a un grupo rebelde no solo significa la forma más factible de mantenerse con vida; el kaláshnikov aporta algo más importante: una identidad y un objetivo vital. El día que mataron a su padre, Rodrigue era un huérfano condenado. Ahora tenía algo: un AK-47 y todo el odio del mundo" (Aldekoa, 2020).

(3) *Véase* Jurisdicción Especial para la Paz en https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/07.html. Asimismo, en su Auto 159 de 2021, la Sala confirmó que preliminarmente se centrará en la investigación de tres conductas sufridas por los menores dentro de las FARC-EP: violencia sexual basada en género, desaparición forzada y homicidio, tortura, tratos crueles, humillantes y degradantes y otros actos inhumanos.

tercera generación", donde los actores no estatales copan el protagonismo en conflictos de carácter étnico y/o asimétrico en Estados desestructurados o fallidos (Villasante, 2011, p. 220).

La participación de los menores en conflictos armados, sin embargo, no es ni mucho menos algo característico de nuestra época, sino que ha estado presente desde la misma Antigüedad (Gómez Isa, 2000, p. 12). Fue precisamente a raíz de la aparición de los mencionados "nuevos conflictos", a partir de la década de los cincuenta, cuando, en palabras de Sonia Hernández Pradas "el fenómeno de los niños soldado va a comenzar a adquirir dimensiones preocupantes, en conflictos armados principalmente de carácter interno y en las guerras de liberación nacional en países en desarrollo" (Hernández, 2017, p. 874). Para Dutli (2003):

> Desde la aparición de los nuevos tipos de conflicto, en los que se enfrentan ejércitos regulares y la guerrilla, los niños han desempeñado un papel en movimientos de resistencia. Ellos han sido deportados, detenidos o enviados a campos de concentración. Vemos demasiado a menudo, en los escenarios de las hostilidades, a muchachos que apenas han salido de la niñez llevando armas y dispuestos a utilizarlas sin discernimiento. Están en peligro de muerte no sólo el niño que participa en las hostilidades, sino también las personas que son su blanco, a causa de su comportamiento inmaduro y emotivo (pp. 1-2).

Según el citado informe del Secretario General de las Naciones Unidas, actualmente, los principales incumplimientos referidos a la protección de menores en conflicto los encontramos en Afganistán, República Democrática del Congo, Somalia, República Árabe de Siria y Yemen (Secretario General, A/75/873, 2021, párr. 5). Esto hace que la eficacia de las normas internacionales sea una tarea difícil, cuando no imposible de cumplir en contextos donde parte de los actores implicados son difícilmente controlables por las autoridades estatales. Y es que estos grupos suelen contar con refugio en Estados débiles, desestructurados, incluso fallidos; aquellos, en definitiva, que no tienen capacidad para controlar de forma efectiva la totalidad de su territorio.

La proliferación de estos conflictos fue, precisamente, el desencadenante de que la comunidad internacional valorase la pertinencia de contar con una regulación específica que protegiese a los menores, no únicamente como población civil vulnerable dentro de un conflicto armado, sino de cara a impedir que se convirtieran en combatientes, en sujetos activos dentro de un conflicto armado y quedasen a mereced del desarrollo de las hostilidades.

En este trabajo, analizaremos las distintas aristas que rodean a los menores como combatientes dentro de los conflictos armados: desde las dificultades de contar con una definición concreta que englobe la mayor parte de las situaciones a las que se enfrentan estos menores, así como su regulación vigente en el ordenamiento jurídico internacional y las novedades que al respecto plantea la última sentencia de la Corte Penal Internacional.

2. El concepto de niño soldado y el interés superior del menor en el Derecho Internacional Humanitario

Como bien afirma Villasante, el fenómeno de los niños soldado es "la antítesis de la protección de los niños en la guerra" (2020, p. 42). Es por ello que la respuesta en forma de protección que debe dar el Derecho Internacional ante esa situación ha de ser lo más completa posible.

El artículo 77.2 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1977 (que después analizaremos) recoge una definición tipo de niño soldado como: "menor de 15 años que participa directamente en las hostilidades". No obstante, sería cuanto menos limitado ligar el concepto de niño soldado a su estricta participación armada en un conflicto. Como se ha venido demostrando, la realidad de estos menores no está únicamente relacionada con su posición como soldados, es decir, con portar un arma, sino que, más allá de su participación activa en las hostilidades, han desarrollado otras actividades, especialmente peligrosas, que también habrían de estar amparadas por la regulación que engloba la categoría de "niño soldado".

De este modo, se ha entendido como más completa la definición recogida por los Principios de Ciudad del Cabo de 1997[(4)]:

> Toda persona menor de 18 años de edad que forma parte de cualquier fuerza armada regular o irregular en la capacidad que sea, lo que comprende, entre otros, cocineros, porteadores, mensajeros o cualquier que acompañe a dichos grupos, salvo los familiares. La definición incluye a las niñas reclutadas con fines sexuales y para matrimonios forzados. Por consiguiente, no se refiere solo a un niño que lleva o ha llevado armas. Algunos niños y

(4) Estos Principios fueron auspiciados en un simposio por UNICEF y un conjunto de ONGs sobre la "prevención del reclutamiento de niños en las fuerzas armadas y la desmovilización y reintegración social de niños soldado en África".

> niñas pueden haber sido secuestrados o reclutados a la fuerza; a otros los ha impulsado a unirse a estos grupos la pobreza, los malos tratos y la discriminación, presión de la sociedad o de los compañeros, o el deseo de vengarse de la violencia ejercida contra ellos o sus familias[5] (énfasis agregado).

Como bien apunta Ruth Abril, estos Principios carecen de fuerza jurídica vinculante para los Estados al ser un mero conjunto de recomendaciones políticas, orientadas a mejorar la protección de los menores en situaciones de conflicto armado. Empero, ofrece una definición que reivindica la protección de cualquier menor asociado con un grupo armado, independiente de si dentro de sus funciones está la de portar un arma. De hecho, a través de la expresión "forma(r) parte de cualquier fuerza armada regular o irregular" se incluiría en la definición de niño soldado (y, por tanto, objeto de protección) a cualquier menor de 18 años, independientemente de la función que realice dentro de unas fuerzas armadas regulares o irregulares (Abril, 2020, p. 158).

Pese a esta falta de vinculación jurídica, los Principios de Ciudad del Cabo sí cuentan con una alta autoridad política. Un buen ejemplo de ello lo tenemos en el ya mencionado Caso 07 de la JEP. Como parte del proceso de definición de las acciones objeto de investigación, la JEP aludió en su auto de apertura (Auto 029 de 1 de marzo de 2019) que: "Para una primera aproximación al tema, la Sala acoge la noción amplia del reclutamiento que se halla en la Declaración de Principios de Ciudad del Cabo del 30 de abril de 1997" (p. 4). Afirmando que:

> El Reclutamiento [sic] y utilización de niñas y niños en el conflicto armado no solo incluye las anteriores conductas[6], sino que, de acuerdo con las reglas del derecho internacional humanitario y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, también otros comportamientos que pudieron haber puesto en riesgo la vida, la integridad física o psicológica y el desarrollo de niños y niñas, y que afectan sus derechos, a través del cumplimiento de funciones de apoyo, como por ejemplo, pero no exclusivamente, servir de correo, mensajero, cocinero ; adelantar labores de espionaje o sabotaje; participar como señuelos, o en controles militares, o ser víctimas de situaciones reiteradas de abuso (p. 5).

Más allá de este estándar, de cara a poder completar qué vamos a entender por niño soldado dentro del Derecho Internacional, la adopción de la Convención de las Naciones Unidas para los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989, supuso un importante hito en la protección de los derechos de los menores. Amén de incluir una definición genérica de "niño", en su artículo 1, como "todo ser humano menor de dieciocho años de edad", este tratado internacional afianza el archiconocido principio del "interés superior del menor", aplicable, según el párrafo 1 del artículo 3, ''En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos". De este modo, este principio nos obliga por tanto a tratar, aunque sea brevemente de cara a contextualizar todo el desarrollo posterior, su aplicación en los escenarios objeto de este trabajo: la participación de los menores en conflictos armados. Ello en aras de comprobar si este "interés superior del menor" va a afectar o, de algún modo, condicionar su protección dentro estos contextos.

Sin entrar al fondo del asunto por no apartarnos del tema central de este trabajo, sí que hemos de precisar que la aplicación del DIH en conflictos armados, pese a ser su situación de objetiva aplicación, no se realiza de forma ni exclusiva ni excluyente de otros regímenes jurídicos; es decir, el DIH debe convivir necesariamente con otras normas en estos ámbitos. Hablamos, por tanto, en palabras de Augusto Cançado Trindade de una "interacción normativa" en el campo de la protección de la persona humana (Cançado, 1997, p. 332). Así, toda la normativa del DIH ligada o referente a la infancia habría de "coordinarse obligatoriamente con el art. 3, párr. 1, de la Convención de 1989 (Salerno, 2020, p. 83).

De esta forma el principio de interés superior del menor (norma de DIDH), en una situación de conflicto armado, ha de completarse necesariamente con los principios propios del DIH, entre ellos, por ejemplo, el principio de distinción, que diferencia entre personal civil y combatientes; pudiendo solo estos últimos ser objetivos militares.

¿Dónde ubicamos entonces la posición de los niños soldado? En este sentido, como persona que participa en las hostilidades (más allá de que los Estados no hayan podido cumplir con su obligación de impedir que así sea), según afirma Salerno (2020), no se

(5) Sin subrayado en el original.

(6) Aquí la JEP se refirió a: "las acciones básicas de reclutamiento (esto es, la conscripción o el enrolamiento de personas a las filas de los actores armados); la inducción a integrar sus filas; el entrenamiento militar e, incluso, la obligación a participar con el empleo de las armas en las hostilidades" (p. 4).

puede (…) invocar el interés superior del niño para derogar el principio de distinción, impidiendo al combatiente que considere al menor como un objetivo militar legítimo si éste lleva uniforme o abraza abiertamente las armas (p. 93). Esto es, su participación armada y directa en el conflicto le despojaría de cualquier protección adicional como persona especialmente vulnerable, quedando a merced del conflicto.

No obstante, según prescribe el artículo 77 del Protocolo I, en caso de que "cayeran en poder la Parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no prisioneros de guerra". O lo que es lo mismo: su captura les devuelve su condición de personal especialmente vulnerable, volviendo a ser aplicable el interés superior del menor. En definitiva, es su participación armada (ya sea puntual o continuada) lo que anula la protección a la que tienen derecho como menores de 18 años. De ahí, que la normativa que a continuación se analizará tenga como objetivo prioritario evitar que ningún menor se convierta en combatiente.

3. Los niños soldado en el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La normativa jurídica internacional en relación con los niños soldado abarca distintos escenarios: desde el DIH, hasta el DIP, pasando, evidentemente, por el DIDH. Antes de entrar en el análisis de la regulación jurídica internacional sobre este particular, es preciso subrayar que el estudio que se presenta a continuación queda encuadrado exclusivamente en aquella normativa que tiene como objetivo impedir el reclutamiento y alistamiento de menores en fuerzas armadas regulares o grupos armados no estatales. Más allá de esta normativa, encontramos una muy exhaustiva regulación acerca de la debida protección de la que deben disfrutar los menores en tiempo de conflictos armados como personal vulnerable, en la cual no entraremos pues desbordaría los márgenes marcados de este trabajo.

3.1. Derecho Internacional Humanitario

3.1.1. Los niños soldado como personal combatiente

Habiendo ya analizado la aplicación del principio del "interés superior del menor" dentro del DIH, hemos de definir a continuación su posición como "combatiente", la cual está definida en los Protocolos Facultativos de 1977. Por un lado, dentro de los conflictos armados internacionales, por "combatientes" (y, por tanto, objetivos militares) consideramos, según el artículo 43 del Protocolo I, a "todo miembro de las fuerzas armadas", exceptuando personal sanitario y religioso. Aquí por tanto interpretaremos que un miembro de las fuerzas armadas lo será cualquiera que pertenezca a sus cuerpos con independencia de la función que realice (limpieza, cocina, logística, etc.). De esta forma, la mera pertenencia formal de un menor a las fuerzas armadas, sea en la condición que sea, le convierte en objetivo militar.

Por otro lado, dentro de los conflictos armados internos, el artículo 4 del Protocolo II no menciona quién será considerado combatiente, sino que los equipara a aquellos que "participen directamente en las hostilidades", pudiendo ingresar en esta definición tanto el personal de las fuerzas armadas ya comentado, como aquellos miembros de los grupos armados no estatales que combaten al Estado. La principal distinción que sacamos de esta definición será que la simple pertenencia de un menor a las fuerzas armadas regulares le convierte directamente en combatiente y, por tanto, en objetivo militar; mientras que solo su participación directa en las hostilidades (entendiendo como tal una "función continua de combate") hará que se le considere combatiente a aquellos que estén asociados a un grupo armado no estatal.

De este modo, a efectos de una correcta aplicación del principio de distinción, solo aquellos miembros de los grupos armados no estatales con una "función continua de combate" podrán ser catalogados como combatientes, no considerados, así, como personal civil objeto de especial protección. Es decir, independientemente de su pertenencia al grupo, será la función que realicen la que determine efectivamente su condición de combatiente. Según Nils Melzer (2010):

> La función continua de combate no conlleva *de iure* que se tiene derecho al privilegio de combatiente, sino que distingue a los miembros de las fuerzas combatientes organizadas de una parte no estatal de las personas civiles que participan directamente en las hostilidades solo de forma espontánea, esporádica o no organizada o que asumen funciones exclusivamente políticas, administrativas o cualquier otra función que no sea de combate (p. 34).

Por tanto, dentro del contexto de grupos armados no estatales solo una participación continuada, como parte directa en las hostilidades, otorgaría la condición de combatiente. Así, como bien ha aclarado Ruth Abril (2020):

> Las niñas, sea como sea la forma en que se hayan vinculado al grupo armado, si son encargadas de logística, cocineras, cuidadoras o esclavas sexuales, por ejemplo, no se considerarán miembros de los grupos armados y estarán protegidas de ataques salvo cuando esporádicamente puedan ellas utilizar la fuerza y en el momento en el que lo hagan. Como tampoco lo serían, salvo que realicen actividades continuadas de combate, las niñas casadas por coerción directa o coyuntural o incluso, voluntariamente, con miembros de las fuerzas armadas, salvo que tengan funciones de combate continuas (p. 167).

3.1.2. Los niños soldado en los Protocolos Facultativos de 1977

Teniendo, por tanto, presente en qué situaciones los menores encajarán en la categoría de "combatientes", pasaremos a continuación a analizar la normativa específica aplicable dentro del DIH a los niños soldado.

Nuestra primera referencia será necesariamente el artículo 77.2 del Protocolo I Facultativo a los Convenios de Ginebra de 1977[7], dentro de la normativa aplicable a los conflictos armados internacionales:

> Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años, pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad.

De esta primera referencia específica en el DIH, podemos las siguientes conclusiones:

(i) Siguiendo el comentario al tratado realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CIRC), la formulación "tomarán todas las medidas posibles" ("all feasible measures") es un resultado directo de la reticencia de los Estados a no comprometerse a cumplir obligaciones absolutas en este particular. Según María Teresa Dutli, este precepto no ha de entenderse en ningún caso como una prohibición total, pues los Estados consideraron que no podían asegurar que menores no participasen de forma directa y espontánea en las hostilidades (2003, p. 5). Estamos, por tanto, ante una obligación de comportamiento, no de resultado (Gómez, 2000, p. 37). Es igualmente significativo la querencia de los Estados por incluir en esta disposición el principio de necesidad militar, esto es, la posibilidad de que los menores de 15 años puedan participar en conflictos armados cuando las circunstancias lo requiriesen (Gómez, 2000, p. 37). Esta decisión motivó la inclusión del término "posibles" en detrimento de la propuesta del CICR por "necesarias" (Sandoz, Swinarski & Zimmerman, 1987, p. 936), que hubiese aumentado el rango de protección a los menores, al quedar incluidas un espectro más amplio de medidas exigibles.

(ii) El artículo también deja abierta la puerta a una participación "no directa". Según el propio CICR, por "indirecta" podemos entender acciones como la transmisión de información militar, el transporte de armas, munición o provisiones, etc. (Sandoz, Swinarski & Zimmerman, 1987, p. 936). En definitiva, la auténtica obligación que se desprende de este artículo es la prohibición del reclutamiento de menores de 15 años. Sin embargo, la gran pregunta que podemos hacernos aquí se encuentra en qué interpretamos por "reclutar", en el sentido de si dentro de esta acción incluimos solo el reclutamiento forzoso, o también existe la prohibición de no permitir un alistamiento voluntario.

A efectos de poder interpretar mejor el término "reclutar" dentro de estos contextos, las reglas generales de interpretación de los tratados contenidas en el art. 31 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, aluden al principio de buena fe "conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos teniendo en cuenta su objeto y fin". En efecto, son varios los autores que han interpretado que dentro del término "reclutar", habría de incluirse necesariamente la acción del "alistamiento voluntario" debido al sentido corriente del término (Dutli, 2003, p. 5; Cohn & Goodwin, 1997, p. 62).

A contrario sensu, el hecho de que en el IV Convenio de Ginebra aparezca una separación entre "reclutamiento forzoso" y "alistamiento voluntario"[8] parece inclinar la balanza por la interpretación que apunta a que los Estados deliberadamente decidieron omitir el término "alistamiento" dentro del artículo 77.2 para permitir de

(7) Normativa sobre la protección de menores en conflicto armado también la encontramos en los Convenios de Ginebra de 1949, concretamente en el Convenio IV como miembro de la población civil.

(8) Artículo 51: "La Potencia ocupante no podrá forzar a las personas protegidas a servir en sus fuerzas armadas o auxiliares. Se prohíbe toda presión o propaganda tendente a conseguir alistamientos voluntarios".

esta manera la participación voluntaria de menores de 15 años (Van Bueren, 1994, p. 814), en lo que podríamos calificar de nuevo como una concesión en favor del principio de necesidad militar.

No obstante, podríamos precisar que como mejor modo de cumplir con el objeto y finalidad del tratado (proteger a población civil en un conflicto armado) y de cara a respetar el ya aludido interés superior del menor, sería más que conveniente la aplicación de la primera de las interpretaciones apuntadas. En este sentido, podemos aludir a la posición que al respecto ha mantenido el Tribunal Especial para Sierra Leona (primer tribunal internacional en condenar a los implicados en el reclutamiento y utilización de menores en conflicto armado), donde se consideró acerca de esta distinción que:

> Es en cierto modo artificiosa. Atribuir a los niños menores de 15 años la capacidad de alistarse voluntariamente en las fuerzas o grupos armados, particularmente en un escenario de conflicto plagado de abusos de derechos humanos (…) es de un mérito cuestionable (Fiscal c. Fofana y Kondewa, 2008, párr. 192)[9].

(iii) La prohibición ya de participación, ya de reclutamiento se recoge para menores de 15 años[10]; con la salvedad de que, entre los menores de 15 y 18 años, los Estados deberán primar el reclutamiento de los mayores. Esta formulación fue apuntada de modo que recogiera la pretensión de algunos Estados de elevar la prohibición de reclutamiento por encima de los 15 años (Sandoz, Swinarski & Zimmerman, 1987, p. 901).

Pasando ahora al Protocolo II aplicable a los conflictos armados no internacionales, también encontramos una disposición referente a los niños soldado en su art. 4.3.c) "los menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades".

Sin duda estamos ante una regulación más estricta que la contenida en el Protocolo I. Teniendo presente lo ya comentado acerca de los puntos analizados anteriormente, baste con apuntar que al contrario de la letra del tratado anterior, la prohibición que se recoge en este artículo es absoluta e independiente de si se trata de una participación directa o indirecta, es decir, de si realizan actos de transmisión de información y similares a los que se anotaron anteriormente (Sandoz, Swinarski & Zimmerman, 1987, p. 1380). No obstante, la falta de mención a los menores entre 15 y 18 deja vía libre a su participación en conflictos no internacionales.

3.2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Teniendo estos dos tratados como base de la regulación de este particular en el DIH, la falta de cumplimiento efectivo de su regulación impulsó su paso al campo del DIDH. Tal y como afirma Sonia Hernández:

> [D]urante los años ochenta el incremento cada vez mayor de la participación de niños soldados en los conflictos armados de estos años no parecía reflejar un retroceso en esta práctica en respuesta a la aprobación de los Protocolos adicionales, sino que, por el contrario se fue instaurando como una táctica de guerra utilizada, tanto en el contexto de conflictos armados de carácter internacional, de tipo "clásico", como el caso del conflicto entre Irán e Irak (1980-1988), como de conflictos armados internos o de luchas de liberación nacional, como los conflictos de El Salvador, Myanmar, Afganistán, Angola, Etiopía, Guatemala, Irán-Irak, Líbano, Perú, Nicaragua y Filipinas, entre otros (2017, p. 875).

Como ya se ha mencionado, la adopción de la Convención de Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989 marcó un importante hito al convertirse en el principal instrumento internacional de referencia dentro de la protección de la infancia, codificando el Derecho Internacional vigente que hasta entonces aparecía de forma dispersa en normas convencionales y consuetudinarias de distintas áreas, como el DIDH, el Derecho Internacional de los refugiados y el DIH (Ojinaga, 2002, p. 63). Pese a la relevancia internacional con la que cuenta[11], para el ámbito de la participación de menores en conflictos armados el resultado de las negociaciones derivó en un artículo 38 (párrafos 2 y 3) con un alcance bastante limitado:

(9) En este sentido también resulta interesante la reflexión de Kai Ambos: "¿Es realmente imposible pensar en una situación en donde un niño 'voluntariamente' se une a un grupo armado? ¿Y si pensáramos en el caso de un niño que desesperadamente necesita el pago que podría recibir por su servicio militar para pagar el tratamiento médico de algún miembro de su familia?" (2012, p. 23).

(10) Algunas de las razones detrás de esta negativa de los Estados a elevar la prohibición a los 18 años, se encuentran en razones meramente políticas. Tal y como recoge Ann Shepard: "a military commander can easily pass off a 13-year old as 15-year old. However, a 13-year old cannot easily be mistaken for an 18-year old" (2000, p. 49).

(11) A la fecha cuenta con 196 Estados parte, teniendo por tanto una aceptación casi universal.

> 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.
>
> 3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

Se puede comprobar perfectamente que, en comparación con la ya analizada protección que brinda el Protocolo II (recordemos: ante cualquier forma de participación en el conflicto), estamos ante un paso atrás, siendo el literal de esta disposición idéntico al artículo 77 del Protocolo I, lo que en la práctica se traduce en aplicar el "estándar de protección más bajo para los niños soldado" (Gómez, 2000, p. 43). No amplía el rango de edad[12], no prohíbe expresamente el alistamiento voluntario ni tampoco su participación indirecta. En efecto, debido a las grandes disputas que a este respecto se generaron en el seno de las negociaciones, varios Estados mostraron su descontento por el resultado final del artículo 38. Así, por ejemplo, España interpuso una declaración sobre esta disposición alegando que:

> Spain, wishing to make common cause with those States and humanitarian organizations which have manifested their disagreement with the contents of article 38, paragraphs 2 and 3, of the Convention, also wishes to express its disagreement with the age limit fixed therein and to declare that the said limit appears insufficient, by permitting the recruitment and participation in armed conflict of children having attained the age of fifteen years.

Sin embargo, interesante es también mencionar el párrafo primero de este artículo, en el cual se realiza una remisión a "las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño". Ello implica que, "ante casos dudosos", sería aplicable, según Dutli, el artículo 4.3 del Protocolo II (1990, p. 422).

En este mismo sentido, no podemos dejar de anotar la existencia de cierta práctica progresiva (y garantista) al respecto iniciada por el Comité sobre Derechos Niños (CDN) en su aplicación del artículo 38.3. Así, en sus observaciones finales a la República Democrática del Congo (uno de los Estados con más participación de menores en conflicto), el CDN estableció que este Estado debía revisar "su Código Penal a fin de tipificar como delito el reclutamiento de niños menores de 18 años"[13] (CDN, 2017, CRC/C/COD/CO/3-5, párr. 48.b), cuando la obligación en la Convención prohíbe menores de 15.

Igualmente, en unas observaciones finales sobre Belice:

> El Comité considera motivo de preocupación la propuesta del Estado Parte de fijar los 16 años como edad mínima para el reclutamiento en el ejército. El Comité recomienda que el Estado Parte revise su legislación para que concuerde con las disposiciones de la Convención. El Comité alienta además al Estado Parte a que establezca una edad mínima de reclutamiento y que la fije en 18 años y no en 16 (CDN, 1999, CRC/C/15/Add.99, párr. 14).

En efecto, fue el propio CDN, de hecho, uno de los que lideró la iniciativa dentro de la comunidad internacional para la elaboración de un protocolo facultativo a la Convención que modificara, entre otras deficiencias sin resolver, la edad permitida para la participación en conflictos armados.

Así, el CDN expresó su preocupación sobre este particular en el informe de su tercer período de sesiones presentado a la Asamblea General. En su anexo V afirmó que:

> En muchas partes del mundo, los niños se ven profundamente afectados por conflictos armados y les resulta imposible disfrutar de

(12) A este respecto, es interesante la observación de Felipe Gómez Isa quien anota que, pese a que el artículo 1 de la Convención define "niño" como "todo ser humano menor de 18 años de edad", la única excepción a esta regla general es el artículo 38, donde permite la participación en un conflicto armado de menores entre 15 y 18 años; en de las situaciones de mayor peligro (Gómez, 2000, p. 46). Es interesante el planteamiento de la Carta Africana sobre Derechos del Niño en este particular. En ella se define niño en el artículo 2 "ser humano menor de dieciocho años" y en el artículo 22 se contempla directamente: "Los Estados Parte en la presente Carta adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que ningún niño tome parte directamente en las hostilidades y, en especial, se abstendrán de reclutar a algún niño".

(13) Además, consideró que: "Normalice los procedimientos de reclutamiento en el ejército e imparta capacitación a los oficiales para garantizar la coherencia y la eficacia de la verificación de la edad de los reclutas a fin de prevenir eficazmente el reclutamiento de niños en las fuerzas armadas. A este respecto, el Estado parte debería distribuir ampliamente directrices para la verificación de la edad y dar instrucciones a los reclutadores para que, en caso de duda sobre la edad de una persona, esta no sea reclutada" (CDN, 2017, CRC/C/COD/CO/3-5, párr. 48.e). En este mismo sentido, en unas observaciones finales sobre Belice consideró: "El Comité considera motivo de preocupación la propuesta del Estado Parte de fijar los 16 años como edad mínima para el reclutamiento en el ejército. El Comité recomienda que el Estado Parte revise su legislación para que concuerde con las disposiciones de la Convención. El Comité alienta además al Estado Parte a que establezca una edad mínima de reclutamiento y que la fije en 18 años y no en 16" (CDN, 1999, CRC/C/15/Add.99, párr. 14).

> sus derechos y libertades fundamentales. Son numerosos los casos en los que las partes en los conflictos armados no actúan de conformidad con las normas del derecho internacional humanitario (CDN, CRC/C/16, 1993, párr. 48).

En consecuencia, el CDN solicitó que Naciones Unidas emprendiera un "estudio de gran envergadura" sobre el problema de los niños soldados y, en concreto, que el Secretario General solicitara la colaboración de los organismos especializados de Naciones Unidas, ONGs y el CICR.

El fruto de este nuevo esfuerzo de la comunidad internacional cristalizó en la adopción el 25 de mayo del 2000 del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados. En este nuevo tratado internacional sí encontramos diferencias sustanciales en comparación con la Convención de 1989 y los Protocolos Facultativos ya comentados de 1977.

En primer lugar, en el artículo 1 se eleva finalmente la edad mínima a 18 años para participar "directamente en hostilidades". Sin embargo, el artículo establece que los Estados deben "tomar todas las medidas posibles": la misma formulación que fue utilizada en el Protocolo I. Esto implica, recordemos, seguir dejando cierta discrecionalidad a los Estados para que en las situaciones que estimen oportunas puedan permitir la participación de menores de 18 años. Tomar todas las medidas "posibles" no implica necesariamente una prohibición estricta y rotunda.

En segundo lugar, se prohíbe únicamente la participación directa. Esto es, al igual que ocurría con el Protocolo I, se deja la puerta abierta a una participación indirecta que pueda implicar otro tipo de actividades más allá de la meramente bélicas.

El tercer punto a destacar reside en el reclutamiento de los menores. El reclutamiento forzado antes de 18 años queda prohibido en el artículo 2. No hubo el mismo consenso para considerar lo propio con el alisamiento voluntario (Gómez, 2000, pp. 60 y ss). Debido a ello, el artículo 3 establece que los Estados deben elevar la edad de reclutamiento voluntario por encima de la establecida en la Convención de Derechos del Niño, es decir, los 15 años. Para ello, sin embargo, este artículo dispone que cada Estado parte deberá interponer "una declaración vinculante en la que se establezca la edad mínima en que permitirá el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales y se ofrezca una descripción de las salvaguardias que haya adoptado para asegurarse de que no se realiza ese reclutamiento por la fuerza o por coacción"(14). De su lado, el párrafo 3 de este artículo concreta las salvaguardas que hay que cumplir para determinar que el alistamiento de menores de 18 años es auténticamente voluntario(15).

En último lugar, al contrario de la obligación aplicable a los Estados, el artículo 4 contiene una prohibición genérica para grupos armados no estatales, los cuales deben abstener de reclutar o utilizar menores de 18 años en hostilidades.

Como corolario a este último avance en el campo del DIDH, ciertamente este Protocolo facultativo resulta una mejora evidente, aunque no definitiva, a la hora de reforzar las obligaciones de los Estados. Su simple adopción responde a una preocupación sincera de la comunidad internacional. Sin embargo, no deja de ser alarmante la aparición de ciertas deficiencias que se han ido constatando con el transcurso del tiempo; muchas de ellas relacionadas, todavía, con la edad. Así, por ejemplo, en sus observaciones finales a Israel sobre la implementación del Protocolo, el CDN mostró su preocupación por:

> Al Comité le preocupa que en la definición del niño que figura en la legislación israelí se siga estableciendo una discriminación entre los niños israelíes (menores de 18 años) y los niños palestinos de los territorios palestinos ocupados (menores de 16 años) de acuerdo con la Orden Militar Nº 132 (CDN, CRC/C/OPAC/ISR/CO/1, 4 de marzo de 2010, párr. 8).

O, por otro lado, la falta de tipificación del delito de reclutamiento de menores. Por ejemplo, sobre Arabia Saudí:

---

(14) En el caso de España, por ejemplo: "For the purposes of the provisions of article 3 of the Protocol, Spain declares that the minimum age for voluntary recruitment into its armed forces is 18 years". Pero, por ejemplo, en el caso de Estados Unidos (que es parte del Protocolo Facultativo del 2000 pero no de la Convención de 1989): "the minimum age at which the United States permits voluntary recruitment into the Armed Forces of the United States is 17 years of age". O el caso del Reino Unido: "The minimum age at which individuals may join the UK Armed Forces is 16 years. This minimum broadly reflects the minimum statutory school leaving age in the United Kingdom, that is the age at which young persons may first be permitted to cease full-time education and enter the full-time employment market. Parental consent is required in all cases of recruitment under the age of 18 years".

(15) Estas son: a) Ese reclutamiento sea auténticamente voluntario; b) Ese reclutamiento se realice con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal; c) Esos menores estén plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar; d) Esos menores presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional.

El Comité lamenta que la legislación del Estado parte no penalice explícitamente el reclutamiento y la utilización de niños en hostilidades por las fuerzas armadas, grupos armados no estatales o empresas privadas de seguridad. Al Comité le preocupa también que el reclutamiento de niños menores de 15 años de edad no esté tipificado como crimen de guerra en la legislación del Estado parte (CDN, CRC/C/OPAC/SAU/CO/1, 31 de octubre de 2018, párr. 28).

4. La Corte Penal Internacional y últimos desarrollos

Uno de los avances más notables en cuanto a la responsabilidad por reclutamiento de menores y su participación en conflictos armados se dio con la adopción del Estatuto de Roma. En él, contamos con dos artículos que específicamente califican como crímenes de guerra (artículo 8) el reclutamiento o alistamiento de menores, diferenciando entre conflictos internacionales e internos.

En el primero de ellos (artículo 8.b.xxvi), se tipifica el reclutamiento o alistamiento de "menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades". Dentro del desarrollo de este artículo en los Elementos de los Crímenes del Estatuto, se recogen 5 precisiones que habrá que tener en cuenta:

- Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en las fuerzas armadas nacionales o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades[16].
- Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años[17].
- Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años.
- Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
- Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Dentro de los conflictos internos, (artículo 8.e.vii), se tipifica: "Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades". Los Elementos de los Crímenes recogen precisiones prácticamente idénticas:

- Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en fuerzas armadas o grupos o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.
- Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años.
- Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años.
- Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
- Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

La principal diferencia que puede apreciarse en cuanto a ambos artículos es la precisión de que, dentro de los conflictos internacionales, se tipifica simplemente el reclutamiento en las fuerzas armadas "nacionales"; detalle que desaparece para conflictos armados internos, completándose aquí el artículo con la expresión "grupos". De este modo, siguiendo a Sonia Hernández, al basarse el artículo 8.b en exclusiva en las fuerzas armadas "nacionales", se excluye de responsabilidad a quienes recluten o usen menores para grupos no estatales en estos conflictos como los movimientos de liberación nacional (2017, p. 878).

La práctica de la Corte Penal Internacional a este respecto ha sido amplia. Ya en su primera sentencia (14 de marzo de 2012)[18] se encontró culpable a Thomas Lubanga Dylio por el reclutamiento y alistamiento de menores de 15 años y su utilización en conflicto armado. La CPI definió perfectamente el contenido de esta ofensa, alegando que el reclutamiento, alistamiento y utilización constituyen tres actos independientes[19] y

(16) Desaparece, por tanto, la diferenciación entre ambas acciones, prohibiéndose ambas.
(17) Dentro de la Conferencia Diplomática de Roma para la negociación del Estatuto, la delegación española intentó, sin éxito, elevar la edad a 18 años (Villasante, 2020, p. 59).
(18) Para un análisis sobre las reparaciones de la CPI a este caso, *véase* López, A. (2013).
(19) "Bearing in mind the use of the word 'or' in Article 8(2)(e)(vii), in the Chamber's view the three alternatives (viz. conscription, enlistment and use) are separate offences. It follows that the status of a child under 15 who has been enlisted or conscripted is independent of any later period when he or she may have been 'used' to participate actively in hostilities, particularly given the variety of tasks that he or she may subsequently be required to undertake" (ICC, ICC-01/04-01/06, 14 marzo 2012, párr. 609).

ahondó en que el consentimiento de un menor de 15 años no puede ser tenido en cuenta para permitir su alistamiento en un grupo armado, debido a que carece de un conocimiento pleno de las consecuencias de tal acción[20].

Por otro lado, también es interesante la interpretación que la CPI hizo sobre qué ha de ser considerado una "participación activa" en las hostilidades. Sobre este particular afirmó que:

> The use of the expression "to participate actively in hostilities", as opposed to the expression "direct participation" (as found in Additional Protocol I to the Geneva Conventions) was clearly intended to import a wide interpretation to the activities and roles that are covered by the offence of using children under the age of 15 actively to participate in hostilities (ICC, ICC-01/04-01/06, 14 marzo 2012, párr. 627).

Así, la CPI concluyó que la "participación activa" implicaría tanto una participación directa como indirecta en las hostilidades. Esto es, como ya hemos analizado, actividades más allá de la acción armada, pero que en cualquier caso han de tener conexión con el conflicto armado (ICC, ICC-01/04-01/06, 14 marzo 2012, párr. 628). Similar, por tanto, a lo ya comentado sobre la definición recogida por los Principios de Ciudad del Cabo.

Teniendo este desarrollo como base necesaria, el pasado 4 de marzo de 2021 la CPI adoptó su más reciente sentencia en relación con el reclutamiento, alistamiento y utilización de niños soldado. En ella encontró culpable a Dominic Ongwen de reclutamiento y utilización de niños soldado en el contexto de Uganda y fue condenado en sentencia de 6 de mayo de 2021 a 25 años de prisión. Sin embargo, la peculiaridad de este caso no reside únicamente en la gravedad de los hechos probados, sino en que fue la primera ocasión en la que la CPI juzga a un antiguo niño soldado. Dominic Ongwen fue reclutado con 9 años por el Lord's Resistance Army (LRA), liderado por Joseph Kony (del cual aún hoy existe una orden de detención vigente por doce cargos de crímenes de lesa humanidad[21] y fue, posteriormente, ocupando cargos de mayor responsabilidad dentro del grupo hasta llegar a ser comandante de la brigada Sinia. Fue por sus competencias derivadas de esta posición por la cual Dominic Ongwen fue juzgado y hallado culpable de 61 cargos entre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2005.

Los debates abiertos alrededor de este caso han sido numerosos, pues plantean varias e interesantes aristas de inevitable aborde, entre ellas: ¿es la experiencia sufrida por un niño soldado (con todo lo que ello implica) suficiente para ser considerada como una causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal cuando los hechos imputados fueron cometidos siendo la persona ya adulta?[22].

La pertinencia de esta duda es más que evidente, pues, más allá del artículo 78 del Estatuto de Roma[23], no puede pasar desapercibido que el desarrollo social y educativo de un niño queda quebrado en cuanto entra en contacto con un grupo armado y con todo el ambiente que le rodea: violencia constante, ausencia de familiares cercanos e interrupción de su educación. Todo este entorno fue utilizado por la defensa de Ongwen para pedir la exención de su responsabilidad penal por dos motivos: enfermedad o deficiencia mental y coacción (ICC, ICC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021, párr. 2248). Es decir, no se planteó que la "experiencia de un niño soldado", de un modo genérico, habría de ser causa de exención per se, sino si las secuelas que dejó en el caso concreto de Ongwen, y su experiencia particular, pudieran ser consideradas dentro de los motivos de exención de la responsabilidad recogidos en el Estatuto de Roma.

En cuanto a la consideración de la situación aludida como eximente de la responsabilidad penal, en virtud del artículo 31.1.a) del Estatuto, la CPI determinó que no quedó probado el hecho de que el acusado sufriera una enfermedad o deficiencia mental "en el momento de incurrir en una conducta"; lo que hacía imposible la exención de responsabilidad por este motivo (ICC, ICC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021, párr. 2580).

---

(20) "The Chamber endorses the conclusions of the expert witnesses, in the sense that it will frequently be the case that girls and boys under the age of 15 will be unable to give genuine and informed consent when enlisting in an armed group or force (…) the consent of a child to his or her recruitment does not provide an accused with a valid defence" (ICC, ICC-01/04-01/06, 14 marzo 2012, párrs. 613 y 617).

(21) *Véase* en https://www.icc-cpi.int/uganda/kony.

(22) Hemos de precisar que en virtud del artículo 26 del Estatuto de Roma, la CPI solo puede juzgar a mayores de 18 años. Por lo tanto, todo este debate queda enmarcado dentro de la posibilidad de juzgar a adultos que fueron antiguos niños soldado.

(23) "Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y *las circunstancias personales del condenado*". Sin énfasis en el original.

En cuanto al segundo (artículo 31.1.d del Estatuto), la defensa planteó que Ongwen "was under a continuing threat of imminent death and serious bodily harm from Kony and his controlling, military apparatus" (ICC, ICC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021, párr. 2586)[24]. No obstante, la CPI tampoco consideró aplicable este eximente debido, entre otras razones, a la posibilidad que el acusado tenía de poder escapar del grupo[25] y a la potestad que ostentaba, en virtud de su posición, de poder tomar sus propias decisiones de forma unilateral. Es decir, según el tribunal, debido al alto rango que ocupaba Ongwen en el LRA[26], no siempre obedecía las órdenes de Joseph Kony, pues su relación no se correspondía con una situación de dominación de este sobre aquel o de amenaza de muerte inminente (ICC, ICC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021, párrs. 2593-2597). En definitiva:

> The Chamber finds that Dominic Ongwen was not in a situation of complete subordination vis-à-vis Joseph Kony, but frequently acted independently and even contested orders received from Joseph Kony. The evidence indicates that in the period of the charges, Dominic Ongwen did not face any prospective punishment by death or serious bodily harm when he disobeyed Joseph Kony (ICC, ICC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021, párr. 2668).

De todo lo anterior se desprende que la CPI no entendió, en este caso concreto, que la experiencia vivida por Dominic Ongwen entrara dentro de las causas de exención de la responsabilidad penal.

Pasando a su consideración como atenuante, la cual fue objeto de discusión en la sentencia de determinación de la pena de 6 de mayo de 2021, es necesario precisar que la CPI entendió que "the fact of having been (or being) a victim of a crime in any case does not constitute, in and of itself, a justification of any sort for the commission of similar or other crimes" (ICC, ICC-02/04-01/15, 6 de mayo de 2021, párr. 69). No obstante, la CPI sí consideró que su historia personal podría tener influencia a la hora de determinar la pena (ICC, ICC-02/04-01/15, 6 de mayo de 2021, párr. 70). Hablamos de una persona nacida en 1978 y que fue reclutada por el LRA en 1987.

A este respecto, la CPI afirmó que:

> (I)t is evident to the Chamber that Dominic Ongwen's abduction at the age of around nine years and subsequent early years in the LRA brought to him great suffering, and led to him missing out on many opportunities which he deserved as a child. In this regard, the Chamber notes, (…) that at a peace negotiation meeting at Palabek around 2004 Dominic Ongwen threatened to kill people, repeatedly stating that his education had been interrupted. It is clear that Dominic Ongwen suffered following his abduction into the LRA, even though – as found in the Trial Judgment – this trauma did not lead to a mental disease or disorder and had no lasting consequences from that viewpoint. (…) Dominic Ongwen's personal history and circumstances of his upbringing, since his young age, in the LRA – in particular his abduction as a child, the interruption of his education, the killing of his parents, his socialisation in the extremely violent environment of the LRA – must be given a certain weight in the determination of the length of each individual sentence (ICC, ICC-02/04-01/15, 6 de mayo de 2021, párrs. 83 y 87).

Más allá de que los antecedentes de Dominic Ongwen sirvieran como atenuante para los crímenes imputados, concretamente en un tercio del total, la CPI consideró que, para el caso concreto de determinar la pena por los actos de reclutamiento al LRA de menores de 15 años, la experiencia del acusado, al haberla vivido él mismo y ser, por tanto, consciente del sufrimiento que causa, se convierte en agravante:

> The Chamber recalls that Dominic Ongwen himself had in the past been a victim of the same crime, having been abducted as a child and integrated as a fighter into the LRA ranks. He himself described the great suffering of the children abducted by the LRA, when providing an account of his own experience – an experience which the Chamber, as explained, has in fact acknowledged and significantly taken into account as a relevant mitigating circumstance for the purpose of the entirety of this decision and all the 61 crimes that he committed. At the same time, in discussing specifically the crime under Counts 69 and 70, it cannot go unnoticed that Dominic Ongwen, despite well aware of such suffering which he himself had been subjected to several years

(24) Concretamente, la defensa planteaba para sustentar esta eximente que: "the threat which caused Dominic Ongwen to engage in the conduct underlying the charged crimes originated in Joseph Kony's control of the LRA, which Joseph Kony allegedly maintained through a combination of strict disciplinary rules which severely punished non-compliance with orders, the tight supervision of commanders, and successful assertion of spiritual Powers" (ICC, ICC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021, párr. 2586).

(25) La CPI arguyó que: "There is also overwhelming evidence that during the period relevant to the charges, persons of relatively high rank and position in the LRA successfully escaped, including some proximate to Dominic Ongwen" (ICC, ICC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021, párr. 2621).

(26) Se argumentó que la posición de Dominic Ongwen como niño soldado dentro del LRA no era objeto de discusión en el presente caso, sino sus acciones una vez cumplió la mayoría de edad y contaba con rango suficiente para tomar decisiones que son las que se estaban juzgando (ICC, ICC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021, párr. 2592).

> earlier and fully appreciating its wrongfulness, did nothing to spare similar experiences to other children after him, but, on the contrary, willfully sustained and contributed to perpetuate the systemic, methodical and widespread abduction, integration and use as fighters of large number of children by the LRA (ICC, ICC-02/04-01/15, 6 de mayo de 2021, párr. 370).

En definitiva, la argumentación presentada por la CPI considera un atenuante para la determinación de la pena haber sido niño soldado. Sin embargo, el mismo hecho se convierte a su vez en agravante en el caso específico de haber contribuido a su comisión, esto es: reclutar niños y utilizarlos en conflicto armado. O lo que es lo mismo: independientemente de que conociera de primera mano los resultados y consecuencias de su acción (pues los sufrió en el pasado), siguió en su determinación de cometerla.

Más allá de que podamos comulgar o no con este argumento, lo que sí que deberá demostrar la CPI es que la que aplicación de este agravante a este caso concreto no ha sido por un motivo arbitrario, sino que lo va a seguir aplicando recurrentemente. En caso contrario, difícil sería justificar que solo en situaciones de reclutamiento y utilización de menores en conflicto, no en otros, es aplicable como agravante el hecho de haber cometido un crimen habiendo sido anteriormente víctima del mismo.

5. Reflexiones finales

La realidad de los niños soldado es seguramente una de las consecuencias más graves que la pobreza y la desigualdad dejan tras sí. Una realidad que solo la voluntad de los Estados puede ayudar a paliar.

A lo largo de este trabajo hemos podido comprobar como ciertos Estados son todavía reticentes a endurecer y blindar sus compromisos internacionales en la materia, de forma que ningún menor de 18 años tenga posibilidad alguna de participar ni directa ni indirectamente en un conflicto armado. Y que su reclutamiento, o permitir su alistamiento, sea considerado un delito en la legislación interna de cualquier Estado.

La utilidad militar de los menores para el desarrollo de ciertas tareas en conflictos, cuando no de su participación directa en las hostilidades, permitida, como hemos visto, por la normativa internacional vigente en la materia, ha ido solidificando una ventana que está permitiendo que en determinadas situaciones los menores puedan intervenir en conflictos armados. Un agujero que parece cada vez más sólido y que en ciertas ocasiones hace las veces de excusa para los Estados, permitiendo que menores de 18 años se vean expuestos a peligros extremos. Una edad, no olvidemos, en la que los seres humanos, según el Derecho Internacional, son definidos como niños.

Las buenas noticias, si es que puede servir de consuelo, vienen desde La Haya, donde poco a poco encontramos una jurisprudencia más sólida que, esperemos, pueda servir, no ya solo como ejemplo a los Estados de cómo ha de lidiarse con este particular, sino como mecanismo de prevención. Solo un cumplimiento escrupuloso de la legalidad internacional, sin perder de vista la necesidad de su endurecimiento, y una férrea persecución en caso de incumplimiento, puede hacer que esta situación llegue a revertirse. Sin embargo, no hemos de olvidar el modo en el cual hemos comenzado este trabajo: estamos ante una realidad con raíces muy complejas donde el derecho, por él mismo, no lo podrá todo.

Referencias bibliográficas

Abril, R. (2020). ¿Niñas soldado o niñas asociadas a las fuerzas armadas? Reclutamiento, vínculo y labores como elementos claves para determinar su status y proceso de desvinculación. En M. Pérez (dir.), *Los conflictos armados y la protección de la infancia. Un estudio interdisciplinar desde la perspectiva de los Derechos Humanos* (pp. 155-180). Aranzadi.

Aldekoa, X. (2020). La selva de los niños que matan. *Revista 5W.* https://www.revista5w.com/temas/conflictos/la-selva-de-los-ninos-que-matan-8109

Ambos, K. (2012). El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas. *InDret. Revista para el análisis del derecho, 3*, 1-47.

Cançado, A. (1997). Derecho internacional de los refugiados y derecho internacional de los derechos humanos : aproximaciones y convergencias. *Estudios Internacionales, 30*(119-120), 321-349. https://www.jstor.org/stable/41391583

Cohn, I. & Goodwin-Gill, G. (1997). *Los niños soldado.* Fundamentos.

Dutli, M. (2003). La protección de los niños en los conflictos armados, en particular la prohibición de la participación de los niños en las hostilidades y el régimen jurídico aplicable. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/67mh59.htm

Gómez Isa, F. (2000). *La participación de los niños en los conflictos armados. El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño*. Universidad de Deusto.

Hernández, S. (2017). La protección especial del niño en el Derecho Internacional Humanitario. En J. Rodríguez–Villasante y Prieto & J. López (coords.) *Derecho Internacional Humanitario* (pp. 867-880). Tirant lo Blanch.

López, A. (2013). Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: Caso The Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012. *Revista Española de Derecho Internacional, LXV*(2), 209-226.

Melzer, N. (2010). *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*. Comité Internacional de la Cruz Roja.

Ojinaga, M. (2002). Niños soldados: comentarios al protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. *Revista Española de Derecho Militar, 80*, 41-103.

Rodríguez-Villasante y Prieto, J. (2011). La protección del niño en los conflictos armados por el Derecho Internacional Humanitario. Los niños soldados. *AFDUAM*, 15, 217-239.

Rodríguez-Villasante y Prieto, J. (2020). Hacia un sistema eficaz para la protección integral de la infancia en los conflictos armados. Las aportaciones del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal. En M. Pérez (dir.)*, Los conflictos armados y la protección de la infancia. Un estudio interdisciplinar desde la perspectiva de los Derechos Humanos* (pp. 31-70). Aranzadi.

Salerno, F. (2020). El interés superior del niño en el derecho de los conflictos armados. En M. Pérez (dir.)*, Los conflictos armados y la protección de la infancia. Un estudio interdisciplinar desde la perspectiva de los Derechos Humanos* (pp. 71-98). Aranzadi.

Sandoz, Y., Swinarski, C. & Zimmerman, B. (1987). *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. International Comittee of the Red Cross - Martinus Nijhoff Publishers.

Secretario General de Naciones Unidas. (2021, 6 de mayo). *Los niños y los conflictos armados*, Doc. A/75/873.

Shepard, A. (2000). Child Soldiers: Is the Optional Protocol evidence of an emerging *Straight -18* Consensus?. *The International Journal of Children' s Rights,* 8(1), 37-70.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.006

El uso de armas nucleares bajo examen: ¿Es legal su uso en situaciones de conflicto armado?(*)(**)

The use of nuclear weapons under review: Is their use legal in situations of armed conflict?

Alessandra Enrico Headrington(***)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El cuestionamiento sobre el ensayo y/o uso de armas nucleares en conflictos armados y las consecuencias ya advertidas en los ataques a Hiroshima y Nagasaki han puesto de manifiesto no solo las trágicas secuelas personales, medioambientales y materiales que estas tuvieron principalmente en quienes no toman parte en las hostilidades. Por ello, la discusión sobre su uso como medio de conflicto armado, resulta una discusión vigente que puede evitar trágicos desenlaces como los mostrados durante la segunda guerra mundial. De ahí la importancia de analizar que su potencial uso devendría en ilícito por contravenir un conjunto de normas en el Derecho Internacional, pero particularmente en el Derecho Internacional Humanitario.

En esa medida, es posible discutir su utilización en contextos en donde se evalúa la legalidad del uso de la fuerza (*ius ad bellum*), como en situaciones de conflictos armados (*ius in bello*). En el presente artículo se abordará exclusivamente este último punto, y se analizarán las consecuencias jurídicas a la luz del Derecho Internacional Humanitario y tratados específicos sobre la materia. De igual manera, esta investigación plantea la realización de un examen más específico sobre tres principios clave durante la conducción de hostilidades: la distinción, proporcionalidad y necesidad militar, que permiten dilucidar -de manera técnica y objetiva- si su utilización puede o no ser lícita para atacar a la parte adversaria.

La conclusión, se adelanta, es negativa, el ensayo y/o uso de armas nucleares y la tendencia hacia la no proliferación, el desarme y prohibición son mandatos -a la fecha- injustificables desde una perspectiva jurídica. Y su contravención no solo deviene en una violación grave al Derecho Internacional Humanitario, sino que eventualmente podría conllevar a la determinación de responsabilidad penal individual para quienes ordenen y/o ejecuten ataques con armas prohibidas cuyos efectos sean indiscriminados como el que genera un arma nuclear.

Palabras clave: Derecho Internacional Humanitario - Normas consuetudinarias del DIH - Convenios de Ginebra - Principio de humanidad - Armas nucleares - Tratados - No proliferación - Hiroshima - Nagasaki - Necesidad militar

---

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 28 de octubre de 2021 y su publicación fue aprobada el 1 de diciembre de 2021.

(**) La autora desea agradecer a Jimena Soto Rojas, miembro del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Derechos Humanos (GRIDEH), por su invaluable apoyo como asistenta de investigación para la elaboración de este artículo.

(***) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) con estudios en la Escuela de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Es Magíster en Derechos Humanos de la PUCP. Ha trabajado en la Comisión Especial para los Refugiados del Perú y más recientemente como asociada legal de ACNUR Perú. Actualmente es docente en la Facultad de Derecho de la PUCP, especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Refugiados. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4260-5679. Correo electrónico: alessandra.enrico@pucp.edu.pe.

Abstract: The discussion regarding nuclear weapons uses or tests in the context of an armed conflict, and the subsequent consequences that have already been noticed in the attacks on Hiroshima and Nagasaki, poses several humanitarian challenges in relation to the tragic personal, environmental, and material costs for those who do not take part in the hostilities: the civilian population. Therefore, it become important to conduct an assessment to develop its illegality under international law but specifically under International Humanitarian Law.

To that extent, it is possible to analyze its use in contexts where the legality of the use of force is examined (ius ad bellum), as well as in situations of armed conflict (ius in bello). This latter view is fully discussed in the present article. Thus, the legal consequences in the light of International Humanitarian Law and specific treaties on the matter are thoroughly developed. This includes the step-by-step assessment of three key principles: distinction, proportionality, and military necessity, which allow to objectively elucidate whether the use of nuclear weapons may or may not be lawful during the conduction of hostilities.

In summary, the answer to its legality is negative. The use or tests of nuclear weapons and the trend towards the non-proliferation, disarmament, and more lately its complete prohibition is unquestionable from a legal approach. Additionally, its contravention not only becomes a serious violation of International Humanitarian Law but could eventually lead to the determination of individual criminal responsibility, for those who order and/or execute attacks with prohibited weapons whose effects are indiscriminate, as nuclear weapons are.

Keywords: International Humanitarian Law - IHL customary rules - Geneva Conventions - Humanitarian principle - Nuclear weapons - Treaties - Non-proliferation - Hiroshima - Nagasaki - Military necessity

1. Introducción

Cuando se cuestiona el uso de armas nucleares en situaciones en donde se aplica el Derecho Internacional Humanitario (en adelante "DIH"), se hace referencia a la prohibición de determinados medios en la conducción de hostilidades que no se dirigen exclusivamente a generar una ventaja militar para alguna de las partes, sino que cuyos efectos resultarían indiscriminados. Esto quiere decir que causarían un daño mucho mayor en relación a la ventaja militar que se busca obtener.

A modo de ejemplo, las explosiones nucleares de Hiroshima y Nagasaki, en el contexto de la segunda guerra mundial pusieron en relieve el efecto generalizado y devastador que supone el uso de un arma nuclear. Sin embargo, pese al impacto y a los testimonios de los sobrevivientes de dicho ataque (los Hibakusha), la producción de armas nucleares y su uso en ensayos en la actualidad, denotan la potencial posibilidad de emplearlas en situaciones de conflicto armado. De ahí la relevancia de discutir este tema desde una perspectiva jurídica que permita evidenciar la necesidad de dotar de mayor contenido a los criterios elementales de humanidad que protegen la dignidad del individuo y que se encuentran cristalizados en el DIH.

En ese sentido, para poder llevar a cabo un análisis objetivo sobre la legalidad del uso de armas nucleares es imprescindible comprender, en primer lugar, el marco jurídico del DIH que aborda la limitación y/o prohibición general de medios o armas durante las hostilidades. En este punto, se evaluará el cuerpo jurídico que los regula, lo que incluye los Convenios de Ginebra, sus Protocolos adicionales y las normas consuetudinarias del DIH. Se debe adelantar, no obstante que, si bien no se advierte una prohibición específica, todo este cuerpo jurídico expone mandatos claros que permiten una interpretación que no admitiría su utilización.

En un segundo punto, se revisarán los alcances de la definición de un arma nuclear y los usos comunes que se les da, en particular para temas pacíficos y militares. En relación a este último, se desarrollará el impacto letal de estas armas durante conflictos armados y la importancia de hacer un análisis ex ante sobre los efectos, incluso a largo plazo, que estas pueden tener. Se estudiará el caso del conflicto armado no internacional entre Estados Unidos y Japón para ilustrar las consecuencias inmediatas y a largo plazo de su uso.

En un tercer punto se estudiará el largo camino de desarrollo convencional hacia la regulación de armas nucleares hasta llegar a su último y más vigente estadio: la prohibición total. En esa línea, se revisarán los principales tratados sobre la materia y la cristalización de normas relativas a la no proliferación y desarme cuya contribución es fruto de las negociaciones interestatales. Se destacará como principal óbice para la implementación la falta de ratificación universal de estos instrumentos jurídicos, y algunos episodios que evidencian un compromiso real por parte de los Estados con arsenal nuclear.

Como cuarto y último aspecto se abordará el posicionamiento de instituciones jurídicas y organismos humanitarios sobre la necesidad de prohibir el uso de armas nucleares. Por ejemplo, se revisará un pronunciamiento realizado por la Corte Internacional de Justicia (en adelante "CIJ o la Corte") en el marco de su competencia consultiva que, sin determinar finalmente la prohibición absoluta del uso de armas nucleares, concluyó cuáles deben de ser las consideraciones mínimas por seguir antes del uso de determinadas armas. En la misma línea, se verá el documento de posicionamiento del Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante "CICR") sobre los retos contemporáneos del DIH, en particular en lo tocante al uso de armas nucleares. Y con ello presente, se examinará paso a paso la ilegalidad del uso de estas armas, y si su utilización contraviene o no principios elementales del DIH como distinción, proporcionalidad y necesidad militar.

2. La elección de medios en el DIH: La evolución de parámetros normativos para su limitación y prohibición

A diferencia del *ius ad bellum* en donde se discute la legalidad de la amenaza o el uso de la fuerza contra un Estado, conforme a la Carta de Naciones Unidas (art. 2.4), en el *ius in bello* el principal objetivo es dotar de contenidos mínimos de humanidad a situaciones de conflictos armados, las cuales muchas veces se encuentran sobrepasadas por la acción militar. Para ello, una serie de reglas y disposiciones se han establecido con miras a limitar el impacto del uso de armas y racionalizar una situación que, por su naturaleza, impone objetivos militares y permite el despliegue de ataques armados. De este modo, en el DIH el fin último es que, en medio del fuego cruzado de los ataques, las partes en conflicto tengan presente que el núcleo duro e intransigible es el respeto y preservación de la dignidad del ser humano, participe o no de los enfrentamientos.

Para cumplir con tales fines, la conducción de hostilidades entre las partes tiene parámetros claros de limitación y/o prohibición de aquellos medios (armas) y métodos (estrategias) de guerra que por sus efectos causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios. Precisamente, una de las primeras manifestaciones jurídicas que limitan la acción de las partes en un conflicto armado es la cláusula Martens. Su importancia radica en que se trata de una de las primeras salvaguardas que contiene términos claros para las partes enfrentadas. Esta fue incorporada por primera vez en el Preámbulo del II Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y establecía que:

> En los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública (1899).

Los alcances de esta disposición se erigen como un remedio jurídico a ciertas acciones que surgen de un contexto de guerra y no están reguladas por normas convencionales (Salmón, 2012). De este modo, permite que se rijan bajo Derecho Consuetudinario y por las leyes de humanidad. En el plano práctico, es decir en el teatro de operaciones en donde se despliegan los ataques armados, esta Cláusula sirve como un freno a la acción de las partes, limitando sus decisiones y el impacto de sus acciones partir del principio de humanidad que constituye la piedra angular en el DIH.

Con el paso de los años, este desarrollo primigenio ofrecido por la cláusula Martens fue extendiéndose hasta la identificación de algunos hitos importantes que dieron un espaldarazo al principio de humanidad. El primero es el pronunciamiento de la CIJ respecto del caso "Canal de Corfú", en donde reafirmó la relevancia del principio, señalando que "aquellas consideraciones elementales de humanidad son aún más fundamentales en tiempo de paz que en tiempos de guerra" (1949). El segundo hito se dio ese mismo año con la aprobación de los Convenios de Ginebra (1949), y posteriormente sus Protocolos Adicionales en 1977, todas las cuales fueron precisando de manera más puntual los alcances sobre el empleo de armas en el campo de batalla, e incluso qué armas deberían de estar prohibidas debido a sus efectos indiscriminados. Con el paso de los años, la aprobación de un conjunto de normas que recogían el carácter consuetudinario del DIH fueron recogiendo estos preceptos aplicables, en su gran mayoría, a ambos tipos de conflicto.

A modo de síntesis, el siguiente cuadro contempla las disposiciones específicas contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949, sus Protocolos Adicionales de 1977, y la normativa consuetudinaria del DIH que limita el uso de determinadas armas de acuerdo al tipo de conflicto armado:

	Normas convencionales	Normas consuetudinarias
Conflictos armados internacionales	El artículo 35 del Protocolo Adicional I (PAI) consagra tres normas fundamentales de los métodos y medios de guerra: • Los Estados no tienen un derecho ilimitado a escoger sus medios y métodos de combate. • Está prohibido el empleo de armas y métodos de guerra que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios • Está prohibido el empleo métodos o medios de guerra que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente De otro lado, el artículo 51.4 del PAI establece la naturaleza de un ataque indiscriminado precisando que son aquellos en (…) c) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar (…) y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil. Finalmente, el artículo 85.3.b del PAI prohíbe expresamente "lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos (…)".	En ambos tipos de conflicto armado el DIH consuetudinario prohíbe el uso de ataques indiscriminados, y de determinadas armas. Por ejemplo, la norma 11, 12 y 13 del DIH consuetudinario establece la prohibición de ataques indiscriminados. Es decir, (a) que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; (b) en los que se emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o (c) en los que se emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar, como exige el DIH; y que, en consecuencia, pueden alcanzar indistintamente, en cualquiera de tales casos, tanto a objetivos militares como a personas civiles o bienes de carácter civil. Asimismo, la norma 13 prevé de manera explícita que quedan prohibidos los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados (…). De otro lado, las Normas 70 y 71 establecen los principios generales sobre el empleo de las armas precisando que se prohíben aquellas cuyos efectos sean indiscriminados. Posteriormente, las normas 72 a 86 prohíben el uso de determinadas armas como balas expansivas, balas explosivas, armas cuyo efecto principal es lesionar mediante fragmentos no localizables, armas trampa, y armas laser. Asimismo, especifican el uso de determinadas armas como minas terrestres.
Conflictos armados no internacionales	El Artículo 13.2 del Protocolo Adicional II (PAII) a los Convenios de Ginebra de 1949 señala que no serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Asimismo, precisa que quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.	

Fuente: Elaboración propia basada en los Convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos Adicionales de 1977 y las normas consuetudinarias del DIH

Y un tercer hito que es importante destacar incluye otras fuentes normativas más específicas que complementan el marco legal anteriormente enunciado y que determinan la prohibición de determinadas armas, así como obligaciones de los Estados para asistir y remediar a quienes hayan sufrido las consecuencias por su uso[1]. Así, desde el siglo XIX se han emitido diversos instrumentos internacionales que tuvieron por finalidad limitar de manera más clara, pero sobre todo puntual, los medios de combate[2].

(1) Por ejemplo, la Convención de Ottawa sobre la Prohibición de minas antipersonales, prevé en su artículo 6.3 obligaciones para reparar a víctimas de minas. *Veáse* más en https://www.apminebanconvention.org/fileadmin/APMBC/other_languages/spanish/MBC/MBC_convention_text/Convencion_d_Ottawa_Espanol.pdf.

(2) Para mayores referencias *véase* Declaración de San Petersburgo (1868) sobre Proyectiles explosivos con un peso inferior a 400 gramos; Declaración de La Haya (1899) sobre Balas que se expanden y se aplastan en el cuerpo humano; Reglamento de La Haya (1907) sobre Veneno y armas envenenadas; Protocolo de Ginebra (1925) sobre Armas químicas; Convención sobre la prohibición de las armas químicas (1993); Protocolo de Ginebra (1925) sobe armas biológicas; Convención sobre la prohibición de las armas biológicas (1972); Protocolo I (1980) a la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales Armas que lesionan mediante fragmentos no localizables en el cuerpo humano mediante rayos X; Protocolo III (1980) a la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales sobre Armas incendiarias; Protocolo IV (1995) a la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales sobre armas láser cegadoras; Protocolo II, según fue enmendado en 1996, a la Convención sobre Ciertas Armas convencionales Minas, armas trampa y "otros artefactos"; Convención sobre la prohibición de las minas antipersonal (1997) sobre Minas antipersonal; Protocolo V (2003) a la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales Restos explosivos de guerra; Convención sobre municiones en racimo (2008) Municiones en racimo, entre otras.

Todo este basto marco jurídico y su evolución hasta llegar a un marco protector más específico procura establecer mínimos para las partes enfrentadas atendiendo a otro principio que es el de limitación en la elección de medios y métodos (*véase* infra punto 4). Solo a través de la adecuada implementación de estas normas se podrá garantizar la debida protección a la población civil y sus bienes, así como a elementos indispensables para su supervivencia, al patrimonio cultural y lugares de culto, a obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas y, desde luego, al medio ambiente. De ahí la importancia de que el uso de un arma pueda llevarse acorde a los principios elementales del DIH: distinción, proporcionalidad y necesidad militar que identifiquen las partes.

3. El potencial de destrucción de las armas nucleares

Tras haberse revisado el marco general que limita el uso de medios en conflictos armados, corresponde entender los alcances de las armas nucleares. Como punto de partida, en un nivel técnico el uso de un arma nuclear implica la liberación de toda la energía contenida en el núcleo de un átomo. De acuerdo con el Centro para el control de armas y la no proliferación, un arma nuclear es "un dispositivo que libera rápidamente energía nuclear, ya sea a través de la fisión o una combinación de fisión y fusión" (2012).

Entonces, cuando uno de estos dispositivos explosiona se produce la liberación de energía nuclear, que es la energía contenida en el núcleo de un átomo. Las armas nucleares cuya fuerza explosiva resulta de reacciones de fisión se denominan comúnmente bombas atómicas, que son las bombas utilizadas en las ciudades de Hiroshima y Nagasaki, mientras que las que obtienen gran parte o la mayor parte de su energía en reacciones de fusión nuclear se denominan armas termonucleares o bombas de hidrógeno (Geneva Academy, 2014).

De un lado, se puede tener una aproximación al uso pacífico de armas nucleares, que es la vía autorizada en los distintos textos de los tratados sobre armas nucleares, y de otro, los fines más cuestionados que son los militares. En relación al primer punto, el uso de energía nuclear de manera adecuada contribuye en los procesos industriales, en la medicina, la agricultura, en la conservación de alimentos, en la minería, entre otros campos (Planas, 2010).

De otro lado, desde una perspectiva militar la posesión de armas nucleares es considerada como parte de la estrategia de seguridad de Estados quienes consideran que sus solas reservas o conservación constituyen un pilar de protección y estabilidad. Desde las ciencias políticas se señala que la capacidad que tengan los Estados para la adquisición, transferencia o desarrollo de armas nucleares permite sostener un *statu quo* a nivel internacional. De ahí que los sistemas de armas nucleares se prueben periódicamente y con frecuencia se realicen ejercicios nucleares para poner en práctica planes de ataque ofensivo contra posibles adversarios (Kristensen, 2015).

En ese orden de ideas, como señala Ginsberg (1979), un Estado mantiene una supremacía nuclear no solo cuando posee armamento, sino cuando tiene la voluntad para usar esa capacidad nuclear. De este modo, el hecho de que múltiples Estados se constituyan hoy como potencias nucleares por su alta su posesión armamento nuclear y los ensayos que realizan, perpetuaría, en el terreno geopolítico, las relaciones de poder militar que tienen respecto de otros Estados.

Sin embargo, estas consideraciones de índole geopolítico deben tener presente principalmente las consecuencias jurídicas que devienen de los efectos del uso de armas nucleares. Así, es importante tener en cuenta que una explosión nuclear es mucho más potente que los explosivos convencionales dado que emite cuatro tipos de energía: onda expansiva, luz intensa, calor y radiación (Centro para el control de armas y la no proliferación, 2012), por lo que, a diferencia de las primeras, su impacto es letal. Esto quiere decir que, es imposible asegurar que su uso atienda a satisfacer la necesidad militar de las partes en conflicto, sino que excede dichos propósitos. Quiere decir que los efectos de un ataque nuclear difícilmente se dirigirán exclusivamente contra objetivos militares. Por el contrario, la afectación impactará también población civil, sus bienes y el medio ambiente en que viven.

Esto ha quedado demostrado en dos situaciones históricamente conocidas: los eventos ocurridos en Hiroshima y Nagasaki en 1945, que pusieron en evidencia los efectos inmediatos y a largo plazo que tiene un arma nuclear. A modo de recuento histórico, Estados Unidos y Japón se enfrentaron durante cuatro años, desde 1941 hasta 1945, en la denominada "Guerra del Pacífico", un conflicto armado internacional en el marco de la segunda guerra mundial. El 26 de julio de 1945, Harry Truman, ex presidente de Estados Unidos, exigió la rendición de Japón,

de lo contrario se realizaría un ataque que desembocaría "una destrucción rápida y absoluta" (Hernández, 2014). Frente a la negativa del gobierno japonés, el ex presidente de Estados Unidos ordenó que se desplieguen ambos ataques, el primero en Hiroshima el 6 de agosto y el segundo en Nagasaki el 9 de agosto del mismo año.

De acuerdo con lo relatado por delegados del CIRC, para 1950 se calculaba que un aproximado de 340,000 personas murieron inmediatamente en dichos ataques (2021). Sin embargo, a la fecha no hay un número preciso que dé cuenta de la totalidad de decesos. Sumado a la pérdida de miles de civiles, hubo otros impactos importantes que se prolongaron con el paso de los años, y persisten incluso en la actualidad. En relación al total de personas afectadas, algunas estadísticas señalan que hubo cerca de 557,478 que experimentaron los efectos posteriores del ataque nuclear (Chappell, 2020). Este número responde a los efectos que dejó la radiación, traducidos en personas que adquirieron una discapacidad y otros perjuicios que se prolongaron en las futuras generaciones.

Así, por ejemplo, quienes sobrevivieron a los ataques, los Hibakusha (o en español "los afectados por la bomba atómica"), han compartido experiencias asociadas a la pérdida de todo el grupo familiar, adquisición de discapacidades y efectos a largo plazo en relación al deterioro de su salud[(3)]. Se han registrado situaciones asociadas a alteraciones genéticas de niños recién nacidos, y tendencias a la adquisición de tumores malignos y otras formas de cáncer de pulmón, estómago, hígado, leucémica, cáncer intestinal y linfomas malignos que surgieron con el paso de los años (CICR, 2015). Todo ello exige poner al centro de la discusión las consecuencias para las víctimas de dichos ataques.

Entre otros impactos producidos por el uso de este tipo de armas, gran parte de los bienes de la población civil desaparecieron y muchos medios de transporte fueron arrojados a metros de distancia. Asimismo, la alta demanda de prestación de servicios médicos urgentes hizo que los hospitales colapsen por la falta de equipos y medicinas disponibles para una atención masiva, y con médicos y enfermeras enfrentando tipos de heridas totalmente nuevos para los que no había tratamiento (Bernard, 2015). Ello pone de manifiesto el enorme potencial de destrucción que genera el uso de un arma nuclear en personas y lugares especialmente protegidos.

Todo ello no solo fue cuestionable en el contexto de la segunda guerra mundial, sino que tiene una relevancia actual indiscutible pues, lejos de estar en un estadio de eliminación total de armas nucleares, a la fecha su fabricación, utilización en ensayos, y su adquisición sigue estando vigente. Lo paradójico es que inclusive Estados con suficiente arsenal nuclear como Estados Unidos, siguen liderando la tabla de potencias nucleares (FAS, 2021) pese a haber organizado y ejecutado los ataques nucleares en Japón.

A modo de ejemplo, de acuerdo con el Instituto Internacional de Estocolmo para la Investigación de la Paz, si bien a inicios del 2021 se registró una disminución de armas nucleares[(4)] (de 13,400 en 2020, a 13,080), actualmente la cantidad de armas nucleares desplegadas en fuerzas operativas aumentó a 3,825 en comparación a las 3,720 que había en el 2020. Estos datos comprueban que las armas nucleares siguen cobrando relevancia en el marco de la apelación a la seguridad nacional de Estados como Rusia y Estados Unidos, los cuales poseen en conjunto más del 90% de los arsenales nucleares mundiales y programas para modernizar e innovar en el uso de dichas armas (SIPRI, 2021).

En suma, la evidencia histórica del uso de un arma nuclear lleva a afirmar que los daños causados son de carácter indiscriminado (*véase* tabla supra). Todas estas consecuencias personales, medioambientales y materiales ponen en evidencia una contravención del principio de limitación en la elección de armas, y a normas cardinales del DIH relativas a la distinción, proporcionalidad y necesidad militar, que deben considerarse de manera previa a cualquier ataque.

4. El camino hacia la prohibición total de las armas nucleares

Desde la primera vez que se emplearon las armas nucleares, la comunidad internacional ha venido realizando esfuerzos para promover el desarme y prohibir su uso. Así, en 1946, un primer gran hito fue la aprobación de una resolución de Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la cual se

(3) Para revisar más testimonios *véase* https://www.atomicarchive.com/resources/documents/hibakusha/index.html.
(4) Esta cantidad representa el total de armas nucleares que poseen conjuntamente los nueve países que poseen armamento nuclear, los cuales son Estados Unidos, Rusia, Reino Unido, Francia, China, India, Pakistán, Israel y Corea del Norte.

constituyó una Comisión encargada de estudiar los problemas surgidos con motivo del descubrimiento de la energía atómica(5). Sumado a ello, con el paso de los años, distintas iniciativas a nivel internacional fueron cristalizando la necesidad de limitar el uso de dichas armas hasta llegar a prohibirlas en la actualidad.

Dentro de los instrumentos convencionales que regulan el uso de armas nucleares de manera específica se encuentran, de manera cronológica, el Tratado de Prohibición Parcial de los Ensayos Nucleares (en adelante, "TPPE") de 1963; el Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en América Latina y el Caribe (en adelante, "Tratado de Tlatelolco") de 1967; el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (en adelante, "TNP") de 1968; el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (en adelante, "TPCE") de 1996; y el más importante por su carácter definitivo de prohibición, el Tratado sobre la Prohibición de Armas Nucleares (en adelante, "TPAN") de 2017. A continuación, se discutirán sus alcances y los principales desafíos en torno a su efectividad.

Desde 1960 los tratados que versaban sobre armas nucleares tendían más bien hacia la prohibición de pruebas o ensayos de armas nucleares en la atmósfera, en el espacio ultraterrestre y bajo el agua, y propugnaba la creación de zonas libres de armas nucleares, en donde no se realicen pruebas que podrían tener cierto impacto en el espacio geográfico. El primero de los tratados, el TPPE, contenía todas las disposiciones antes mencionadas y entró en vigor el 10 de octubre de 1963. A la fecha ha sido ratificado por 125 Estados alrededor del mundo.

En la misma línea que el TPPE, en 1967 se negoció un tratado trascendental en la región americana, el Tratado de Tlatelolco. El principal aporte jurídico de este instrumento fue apostar por la consolidación de una tendencia hacia la prohibición del desarrollo, adquisición, y traspaso directa o indirectamente en América Latina y el Caribe. Los orígenes de este instrumento se remontan a la Guerra Fría, especialmente al conflicto ocurrido entre Estados Unidos, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Cuba en 1962, conocido como la crisis de los misiles de Cuba. Como señala Martínez, la sospecha de una la instalación de dispositivos nucleares en Cuba dio paso a creer que América Latina debía ser una zona libre de armas nucleares y que una resolución para desnuclearizar la región disminuiría la tensión generada por aquel conflicto (1982).

De este modo, México lideró los esfuerzos en convertir América Latina en una zona libre de ensayos nucleares, lo que incluyó el compromiso de no fabricar, recibir, almacenar ni ensayar armas nucleares o artefactos de lanzamiento nuclear (OPANAL, 1987). Entonces, la importancia de este instrumento fue la creación de la primera zona libre de armas nucleares del mundo en los Estados de América Latina y el Caribe. Asimismo, se acordó que el uso exclusivo de la energía nuclear se daría solo para fines pacíficos en aras de su desarrollo económico y progreso social (art. 17). A la fecha, 33 Estados han firmado y ratificado el Tratado de Tlatelolco.

Otro gran hito se da al año siguiente, en 1968, con la aprobación del TNP, cuya naturaleza principal fue dar un espaldarazo al objetivo de desarme nuclear general y completo, y así prevenir la propagación y desarrollo de armas nucleares, tecnología y/o piezas armamentísticas. De igual manera, el compromiso de no proliferación incluyó no generar programas nucleares cuya finalidad sea militar, sino solamente con fines pacíficos, y así dotar de contenido al principio de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales dispuesta en la Carta de Naciones Unidas.

Este tratado entró en vigor el 5 de marzo de 1970 y ha sido ratificado por 191 Estados. Sin embargo, lamentablemente entre los Estados que no han ratificado el tratado se encuentran aquellos que tienen reservas nucleares tales como India, Israel y Pakistán(6). Pese a la importancia de este tratado para garantizar la agenda de desarme, el cumplimiento de las finalidades del TNP se ha visto seriamente cuestionada por programas nucleares clandestinos sostenidos por algunos Estados, tales como Libia, Irán y Corea del Norte, lo que "puso en crisis la confianza internacional en la efectividad del Tratado como piedra angular del esfuerzo en contra de la proliferación" (Andereya, 2008).

Otro tratado importante en relación al ejercicio de ensayos nucleares se dio en

(5) *Véase* más en Asamblea General de Naciones Unidas. (1946). Resoluciones aprobadas de acuerdo con los informes del Primer Comité. https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1(I)&Lang=S.

(6) *Véase* más en: Arms Control Association. (s. f.). *Israel, India, and Pakistan: Engaging the Non-NPT States in the Nonproliferation Regime*. Arms Control Today. https://www.armscontrol.org/act/2003-12/features/israel-india-pakistan-engaging-non-npt-states-nonproliferation-regime#topofpage.

1996, fecha en que se aprobó el TPCE. El principal aporte de este tratado fue la prohibición de llevar a cabo explosiones de ensayo de armas nucleares en la jurisdicción de los Estados Parte. Desafortunadamente, los esfuerzos de negociación no han podido ser implementados pues si bien fue firmado por 185 Estados y ratificado por 170, a la fecha aún no entra en vigor. Esto se debe a que, dentro de sus provisiones se previó que el tratado entraría en vigor cuando fuese ratificado por 44 Estados específicos que son parte de la Conferencia sobre desarme. A la fecha 8 de esos Estados aún no lo han ratificado, a saber, China, India, Pakistán, Corea del Norte, Israel, Irán, Egipto, y Estados Unidos(7). Este escenario dificulta la implementación y eficacia de este texto jurídico.

La entrada en vigor de este tratado es de alta importancia debido a las importantes consecuencias que tienen los ensayos nucleares no solo en la salud de quienes se ven expuestos, sino principalmente del medio ambiente. Como señala la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (CTBTO por sus siglas en inglés), los ensayos provocan la dispersión de material radioactivo que, dependiendo del tipo de ensayo, podrá darse en la atmósfera, superficie terrestre o en el agua, lo que en última instancia puede perjudicar el consumo humano.

Finalmente, el último de los tratados y el más importante por sus alcances es el TPAN que se erige como el primer acuerdo de carácter universal que prohíbe las armas nucleares por completo. Su naturaleza, al igual que el TNP está orientada al desarme, por lo que se puede afirmar que ambos tratados se complementan. El texto de este tratado fue aprobado en 2017 en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas para negociar un tratado de prohibición de las armas nucleares, y entró en vigor en el 22 de enero de 2021. Actualmente 56 Estados son Parte en este Tratado, lamentablemente al igual que en tratados anteriores, aquellos Estados con mayor arsenal nuclear no han ratificado estas obligaciones: Estados Unidos, Rusia, Israel e India, por mencionar algunos ejemplos.

En línea con los textos de tratados anteriores, el TPAN compromete a los Estados a “nunca y bajo ninguna circunstancia”, desarrollar, ensayar, producir, fabricar, adquirir, trasferir, poseer, usar o amenazar ni almacenar armas nucleares u otros dispositivos explosivos nucleares (art. 1). Igualmente, importante es que prevé un deber de cooperación para que aquellos Estados que tuviesen armas después de julio de 2017, a efectos de verificar la eliminación irreversible de su programa de armas nucleares (art. 4.1). Y, en línea con los tratados previos salvaguarda el “derecho inalienable” de los Estados Parte a desarrollar la energía nuclear con fines pacíficos. Un punto para destacar es que, a diferencia de los tratados anteriores, contiene especificaciones para asistir a las víctimas de desastres nucleares sin discriminación y de acuerdo a sus necesidades específicas (art. 6.1).

La evolución normativa de la prohibición de ensayos y uso de armas nucleares responde al peligro que supondría una nueva detonación, así como al compromiso de la comunidad internacional para no repetir sucesos como los ocurridos en 1946. Desafortunadamente, los Estados que más utilizan armas nucleares no son todavía Parte en la mayoría de estos tratados, lo que vuelve a poner en entredicho la voluntad para evitar su utilización.

5. Las armas nucleares bajo la lupa del DIH: Un análisis jurídico de los principios

A efectos de analizar si el uso de un arma nuclear se alinea a lo señalado en el DIH, específicamente en relación a las normas sobre medios y métodos mencionadas en el primer punto (*véase* cuadro supra), es importante retomar un principio transversal a toda la conducción de hostilidades que es el de limitación. Según el DIH, las partes en conflicto no tienen libertad irrestricta para optar por los medios que utilizarán en el campo de batalla. De hecho, algunos instrumentos convencionales del DIH como las Reglas de La Haya de 1899 y 1907, disponen que “los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo” (art. 22). Para entender, entonces, qué armas se pueden utilizar, debe analizarse cuáles son los efectos que estas tienen.

Algunos pronunciamientos importantes que dan luces sobre la legalidad o no del uso de armas nucleares se remontan a 1996 cuando la CIJ emitió una opinión

(7) *Véase* más en Naciones Unidas. (2021, 27 de setiembre). Tratado de Prohibición de Pruebas Nucleares: 25 años a la búsqueda de un mundo sin libre de armas atómicas. https://news.un.org/es/story/2021/09/1497532.

consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. Otro pronunciamiento importante es el posicionamiento del CICR como organismo humanitario cuyo manato radica en el cumplimiento de las normas del DIH en situaciones de conflicto armado. Teniendo en cuenta ambos desarrollos jurídicos, se conducirá un análisis sobre los principios cardinales del DIH: distinción, proporcionalidad y necesidad militar, que permitirá arribar a la conclusión sobre si la amenaza o uso se encuentra justificado en el plano jurídico.

Como primer aspecto, en el año 1994, algunos Estados no poseedores de armas nucleares, impulsaron a través de la Asamblea General de Naciones Unidas el pedido para que la Corte que se pronuncie en el marco de su competencia consultiva, sobre la amenaza o el uso de armas nucleares. Es así como en diciembre de 1994 la Asamblea General mediante su resolución A/RES/49/75 aprobó la solicitud de una opinión consultiva a la CIJ de modo que respondiera, con urgencia, pregunta: "¿La amenaza o el uso de armas nucleares en alguna circunstancia está permitida por el Derecho internacional?"[(8)]. En respuesta a ello, la CIJ en 1996 emitió su opinión consultiva.

Aunque parezca evidente, una de las primeras cuestiones que destacó la Corte es que no cabía duda de la aplicabilidad del DIH al uso de armas nucleares. Esta pertinente aclaración respondió a la apelación de algunos Estados sobre su inaplicación debido a la aparición de las armas nucleares con posterioridad a la existencia de la mayoría de los principios y normas del DIH. En esa línea, la Corte recordó que el poder destructivo de las armas nucleares no se puede contener ni en el espacio ni en el tiempo (párr. 35) y precisó que, aunque no haya una prohibición específica, su legalidad debe cuestionarse a partir del análisis de normas y principios del DIH (párr. 86). Es decir, se puede llevar a cabo un pronunciamiento sobre el fondo del asunto con el marco jurídico general del DIH (*véase* cuadro supra y punto 3).

Ahora bien, a pesar de ello la Corte no concluyó su naturaleza como arma prohibida pero sí estableció, o más bien recordó, que existe una consideración primordial que es el respeto irrestricto del principio de humanidad. Al respecto, estableció que la conducción de hostilidades debe encontrarse supeditada a una serie de requisitos estrictos, que tienen que ver con la exclusión de cualquier arma que no distinga entre población civil y objetivos militares, o que pueda dar lugar a sufrimientos innecesarios a quienes participan de estas (párr. 95). Por lo tanto, aunque la CIJ no haya señalado categóricamente que las armas nucleares son ilegales, sí anticipó que el análisis jurídico debía ceñirse al marco normativo establecido en el DIH.

Aunque para muchos académicos como Greenwood se habría desaprovechado una oportunidad histórica de declarar que el uso de las armas nucleares es ilícito en todas las circunstancias (1997), los alcances de la opinión consultiva de la Corte legitiman el respeto de las normas del DIH, y a su aplicación a las nuevas armas. De este modo, se marca un hito importante en la determinación del uso de los medios y métodos aplicables a situaciones de conflicto armado.

Como segundo punto, los comentarios y posicionamiento jurídico del CICR expresados en el cuarto Reporte del CICR sobre "el DIH y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos" reafirman la posición de la CIJ ahondando en un análisis técnico/jurídico sobre su uso, y concluyendo que este sí tendría un impacto a nivel legal. Así, tras un análisis de compatibilidad con los principios del DIH, se concluye que la utilización de armas nucleares en cualquier circunstancia sería catastrófica ya que, por su naturaleza y efectos, son incapaces de cumplir el primero de los requisitos en toda situación de conflicto armado: la distinción entre objetivos militares y quienes no participan de manera directa en el enfrentamiento.

En la misma línea, destaca el carácter indiscriminado que genera un ataque nuclear pues por la naturaleza del diseño técnico del arma su principal efecto es dispersar el calor por radiación, lo que ocurriría solo mediante una explosión. Y esto último, en la mayoría de los escenarios y, tal como ha mostrado el curso de la historia, impactaría en áreas geográficas altamente concentradas y extensas. Además de ello, el calor generado por la explosión provocaría lesiones graves como quemaduras en la piel u otras graves consecuencias como las ya expuestas en el marco del conflicto armado internacional entre Estados Unidos y Japón.

De hecho, el impacto del arma, además de las tasas de letalidad, tiene consecuencias para quienes se encuentren incluso a tres kilómetros del epicentro, sin considerar

(8) Para mayores referencias *véase* Asamblea General de Naciones Unidas. (1994). Resolución A/RES/49/75 (p.17). https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/49/75. Asimismo, *véase* Corte Internacional de Justicia. (1994). Solicitud de opinión consultiva. https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/7646.pdf.

también la enorme destrucción de edificios e infraestructura a varios kilómetros (CICR, 2015). Todo ello, nuevamente, evidenciaría la falta diligencia al definir los objetivos militares que, por su naturaleza normativa deben generar una ventaja militar concreta y directa, que es aquella que se prevé del ataque militar considerado en su conjunto y no se analiza de manera aislada o particular[9].

Un aspecto final que rescata el mencionado Reporte es el de la respuesta a los ataques realizados. Es decir, existen altas probabilidades de que lo que ocurra tras el uso de un arma nuclear, sea una escalada de ataques que impliquen un uso aún mayor de armas nucleares por las partes en conflicto, con consecuencias humanitarias catastróficas (CICR, 2015). Sin embargo, incluso en este escenario de *ius ad bellum* en donde los Estados pueden ejercer su inmanente derecho a la legítima defensa, conforme a la Carta de Naciones Unidas (art. 51), estos no se encuentran eximidos de respetar las normas del DIH que incluyen la limitación en el uso de medios.

Ahora bien, con todo el desarrollo normativo existente, así como los pronunciamientos jurídicos y técnicos que ha tenido el debate sobre el uso de armas nucleares, el último punto a destacar en esta sección es el paso a paso en el examen jurídico para terminar de comprender si el uso de armas nucleares cumple o no con los estándares normados en el DIH. Sobre el particular, se desarrollarán los principios de distinción, proporcionalidad y necesidad militar.

De manera preliminar, resulta importante aclarar que no se ha optado por discutir los alcances del principio de precaución en el uso de armas nucleares debido a que la explosión de un arma nuclear impide desplegar todo el cuidado factible y constante de cara a preservar tanto como se pueda a los civiles y los bienes de carácter civil, conforme dictamina este principio[10]. A mayor abundamiento, ¿cómo podrían adoptarse todas las medidas de precaución factibles para minimizar los sufrimientos y daños a civiles, y al medio ambiente? Incluso, si se tiene como ejemplo uno de los Manuales militares de Estados Unidos que relega la precaución al análisis de las condiciones operativas (2019)[11], se sabrá que no hay posibilidad de respetar el principio de precaución con el uso de un arma cuyo impacto tiene niveles incuantificables de destrucción incluso desde el terreno operativo.

En relación a la distinción[12] se erige como un llamado de atención a las partes en conflicto para que los ataques se dirijan exclusivamente hacia objetivos militares y no contra población civil o personas que están fuera de combate *(hors de combat)*. La importancia de este principio radica en brindar la protección más amplia a quienes lejos de participar en las hostilidades son gran parte de las veces quienes sufren las mayores consecuencias. En esa línea, la precitada opinión consultiva de la CIJ afirmó que el principio de distinción era uno de los "principios cardinales" del DIH y uno de los "principios intransgredibles" del Derecho Internacional Consuetudinario (1996). Asimismo, de esta regla se desprende que, en áreas donde civiles y bienes de carácter civil se mezclan con combatientes y objetivos militares, las partes debe hacer todo lo posible para verificar que los blancos de ataque sean objetivos militares (Maresca & Mitchell, 2015).

Sobre el particular, para afirmar si se distingue o no a quienes participan de las hostilidades conviene formular la pregunta sobre si el Estado puede o no controlar el efecto de un arma nuclear. El curso de la historia ha demostrado que la explosión de estos dispositivos es inmanejable en cuanto a su impacto. En esa medida, si no se puede tener el control sobre el impacto del arma, no se cumpliría con el objetivo básico de la distinción que es discriminar entre quienes participan directamente de las hostilidades y pueden constituirse como un objetivo militar, de quienes no. Y en este punto, es relevante precisar que un objetivo militar es aquel que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuye de manera eficaz a la acción militar, y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización, ofrecerá una ventaja militar concreta y directa[13]. Como se

(9) *Véase* más en la práctica de Estados como Australia, Bélgica, Canada, Francia, Alemania, Itala, Holanda, Nueza Zelanda, Nigeria, España, Reino Unido y Estados Unidos. Compilado de IHL database. https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule14#Fn_A9C8FAD0_00027.

(10) *Véase* más en Artículo 57 del Protocolo Adicional I, y Norma 15 y 16 del DIH consuetudinario.

(11) El Manual Militar señala que el "adoptar precauciones que sean factibles depende en gran medida del contexto, incluidas las consideraciones operativas".

(12) El principio de distinción está codificado en los artículos 48, 51 (2) y 52 (2) del Protocolo adicional I, y en el artículo 13 (2) del Protocolo adicional II. También forma parte del DIH consuetudinario, consagrado en la norma 1.

(13) *Véase* más en Protocolo Adicional I, art. 52.2 y norma consuetudinaria del DIH 8.

puede evidenciar de los hechos históricos, un arma nuclear no proporciona una ventaja militar al eliminar uno de los objetivos militares, por el contrario, su explosión conlleva bajas militares, civiles, y destrucción material y medioambiental generalizada.

Pero si incluso, como señaló el Juez Schwebel de la CIJ, se pudiese adaptar el uso de un arma nuclear a las dimensiones necesarias y técnicas que favorezcan la satisfacción del principio de distinción, como el uso de "armas nucleares tácticas contra submarinos que están equipados con armas nucleares como objetivos militares o navales discretos"(14), incluso así se tendría que analizar el efecto que estas tienen. Y estos, en cualquier circunstancia, siguen siendo controvertidos porque conllevan la contravención de la norma que prohíbe daños superfluos o sufrimientos innecesarios (*véase* cuadro supra). Entonces, si incluso el arma llegase a diferenciar, es menester tener presente sus efectos en el objetivo militar.

Con respecto a la proporcionalidad(15), el uso de armas nucleares tampoco superaría este análisis. Esto es, que el objetivo militar que se busque atacar proporcione una ventaja militar concreta y directa mayor a los daños que pueda causar. Como señala Salmón:

> Cuando son atacados objetivos militares, las personas civiles y los bienes de carácter civil deben preservarse lo más posible de daños incidentales y estos además no deben ser excesivos con respecto a la ventaja militar esperada de cualquier ataque contra un objetivo militar". En el empleo de armas nucleares no habría dicha proporción, por el contrario, la regla seria la presencia de daños incidentales y la excepción el ataque exclusivo hacia un objetivo militar. Dicho en otras palabras, las personas seguirían siendo las principales afectadas con los efectos indiscriminados de la radiación (2015).

Hasta aquí se ha abordado la situación de la proporcionalidad en relación a dos de los bienes jurídico más importantes: la vida y la dignidad del individuo. Sin embargo, es crucial añadir los otros daños que dejaría un ataque nuclear, en particular en lo tocante al respeto del medio ambiente. En ese orden de ideas, como sostiene la Organización Mundial de la Salud la radiación emanada de un arma nuclear es altamente nociva para los cultivos y la cadena alimentaria, así como para el ganado, pues contamina los productos que se extraen de este (1993). Sus efectos negativos también se expanden en el ecosistema marino, provocando que las poblaciones se encuentren en una situación de vulnerabilidad mayor frente al cambio climático.

De manera general, el DIH prevé también disposiciones elementales de protección al medio ambiente, que señalan que quedan prohibidos aquellos métodos o medios de guerra que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural(16). Esta disposición recoge un estándar alto pues exige que conjuntivamente concurran estas tres características para entender que un arma estaría prohibida.

Sin embargo, existe también otra convención que establece un estándar más bajo, pero que permite una protección mucho mayor del medio ambiente en contextos de conflicto armado. Así, la Convención sobre la prohibición del uso de técnicas de modificación del medio ambiente con fines militares u otros fines hostiles (*ENMOD* por sus siglas en inglés) de 1976 establece una disposición similar a la mencionada del Protocolo Adicional I, pero con una diferencia significativa. Concretamente prohíbe a los Estados modificar el ambiente con técnicas que tengan un efecto extenso, duradero o grave en este (art. 1); así, la técnica utilizada en este tratado apuesta por la disyunción entre estas tres características empleando el término "o", que permite caracterizar la violación de dicha disposición con la constatación de cualquiera de los tres efectos.

Finalmente, se debe analizar el principio de necesidad militar. Este principio tiene especial importancia porque su uso irrestricto podría llevar, y en la práctica ha llevado, a justificar situaciones de gran abuso y excesos durante conflictos armados, como ocurrió en la Segunda Guerra Mundial. En ese sentido, la necesidad militar, que aparece por primera vez en el Código de Lieber(17) se estableció con miras a adoptar aquellas medidas que son indispensables para asegurar el fin de la guerra y que son lícitas según las leyes y usos modernos de la guerra (1863, art. 14).

---

(14) *Véase* más en Opinión disidente del Juez Schwebel sobre la Opinión Consultiva sobre legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares (1996). https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-09-EN.pdf.

(15) El principio de proporcionalidad en el ataque está codificado en el artículo 51 (5) (b) del Protocolo adicional I, y repetido en el artículo 57. De igual manera está contenido en la Norma 14 del DIH consuetudinario.

(16) Esta disposición está recogida en el artículo 35.3 del Protocolo Adicional I.

(17) Este código era uno de corte militar entregado a personal de las fuerzas armadas de Estados Unidos con instrucciones sobre la conducción de hostilidades en el campo de batalla. *Véase* más alcances de este principio en los artículos 15 y 16.

De ahí que como señala Schmitt la necesidad militar deba coexistir en equilibrio simbiótico con el principio de humanidad, que busca limitar el sufrimiento y la destrucción del incidente de la guerra (2010). Sin embargo, el despliegue de arsenal nuclear en contextos de conflicto armado no atiende al principio de necesidad militar pues no tiene como objetivo el sometimiento de la parte adversa, sino que sus efectos destructivos son mucho más amplios dado que exceden los objetivos propios del enfrentamiento.

A modo de síntesis, el uso de un arma nuclear sea que pueda adaptarse a la distinción o no, genera daños y sufrimientos innecesarios con el impacto que tiene. De ahí que no supere los estándares normativos elementales a considerar en situaciones de conflicto armado, y que por lo tanto su uso en ensayos o potencialmente en conflictos armados resulte contraria a Derecho. A mayor desarrollo, su uso no solo conlleva una grave violación al DIH, sino que también constituiría un posible crimen de guerra debido al uso de armas cuyos efectos son indiscriminados. Esta caracterización penal se encuentra bajo los alcances del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, espacio en donde se determina la responsabilidad penal individual de quien comete este tipo de crímenes.

6. Conclusiones: ¿Estamos frente a una tendencia hacia el desarme nuclear?

Actualmente la prohibición del ensayo amenaza y/o de uso de armas nucleares viene siendo discutida tanto en la apelación al uso de la fuerza de manera legítima o *ius ad bellum*, como en la propia conducción de hostilidades que se da en el marco del *ius in bello.* De esta manera, como se ha revisado, distintos instrumentos convencionales se han impulsado para comprometer a los Estados a tomar parte activa en una agenda hacia la no proliferación y el desarme, y que se eviten episodios como los ocurridos en Hiroshima y Nagasaki. Sin embargo, la falta de ratificación de estos tratados por parte muchos Estados, principalmente de aquellos que poseen arsenal nuclear, así como la ejecución de ensayos nucleares evidencian un problema aún latente: la posibilidad de su utilización en situaciones de conflicto armado.

Como se ha ido analizando, su uso potencial conllevaría una serie de riesgos personales, medioambientales y materiales para quienes no toman parte activa en las hostilidades, y en un plano jurídico, un eventual incumplimiento de las obligaciones impuestas en el DIH, así como la comisión de crímenes de guerra. Esto sucede principalmente porque el DIH se conduce bajo la premisa de que las partes enfrentadas no tienen una posibilidad ilimitada de decidir qué medios o armas utilizar, sino que su elección debe responder a ciertas normas que se sustentan, a su vez, en el principio de humanidad.

Para concluir si el uso de un arma nuclear es lícito o no a la luz del DIH, es imprescindible evaluar si supera el examen de distinción, proporcionalidad y necesidad militar. Esto en términos generales supone cuestionar si el impacto del arma (i) diferenciará entre objetivos militares legítimos en el DIH y población civil y sus bienes; (ii) si sus efectos serán indiscriminados o no; y (iii) si su uso responde a una ventaja militar concreta y directa, o por el contrario traerá mayores consecuencias en relación al objetivo de someter a la parte adversa. Al haber revisado cada una de manera detallada es imposible concluir su legalidad. Inclusive en aquel supuesto hipotético en que la tecnología llega a adaptar el arma para poder superar el examen de distinción, sus efectos seguirán siendo los mismos que en 1946 pues causarán daños superfluos y sufrimientos innecesarios, y además prolongados en el tiempo, a quienes alcance.

De ahí que un primer gran desafío radique en el impulso de compromisos serios para evitar la amenaza de su uso en situaciones de conflictos armados, y dar pasos firmes hacia el desarme y el impedimento de su utilización en ensayos nucleares. Un segundo reto que posa la tenencia y distribución de armas nucleares es el desarrollo de programas nucleares con miras hacia la utilización de tecnología para su potencial utilización. Ello aletarga y estanca las negociaciones, como ha quedado evidenciado con la falta de entrada en vigor del TPCE.

Finalmente, no es un asunto menor que las consecuencias nocivas del empleo de armas nucleares deben leerse a partir de los sucesos históricos como los ocurridos en Hiroshima y Nagasaki. Ambos han puesto en evidencia las consecuencias de no revisar escrupulosamente los medios a utilizar en situaciones de conflicto armado y no considerar como eje de la conducción de hostilidades al principio de humanidad. Ante ello, desde el plano jurídico el incumplimiento entraña consecuencias que pueden devenir en la determinación de responsabilidad internacional de los Estados, así como de la

responsabilidad penal individual. Por todo ello, resulta vital que los Estados que son potencia nuclear asuman un compromiso contundente hacia la eliminación de armas y ensayos nucleares, el cual solo se verá cristalizado con la ratificación de los tratados en cuestión y un mecanismo de seguimiento y rendición de cuentas que asegure un cumplimiento cabal del mismo.

Referencias bibliográficas

Andereya, A. (2008). La crisis de credibilidad del tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares. *Revista Diplomacia, 117.* https://www.corteidh.or.cr/tablas/r22604.pdf

Aragón, A. (2017). Lógica y naturaleza de los retos al sistema de desarme y no proliferación nuclear en el siglo XXI. *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM, 129*. http://revistas.unam.mx/index.php/rri/article/view/63230

Bernard, V. (2015). Un precio demasiado alto: repensar las armas nucleares a la luz de su costo humano. *Revista Internacional de la Cruz Roja, 97*(899), 499-506. https://www.cambridge.org/core/journals/international-review-of-the-red-cross/article/price-too-high-rethinking-nuclear-weapons-in-light-of-their-human-cost/2ABEF30BF8AA544F7FD78F39A2847E9D#fn2

Centers for Disease Control and Prevention (CDC). (2012). *Armas Nucleares*. https://www.cdc.gov/nceh/radiation/emergencies/pdf/infographics/infographic_nuclear_weapon_es.pdf

Chappell, E. (2020). Hibakusha Memories: Between the Generations. *Wasafiri, 35*(2). https://doi.org/10.1080/02690055.2020.1721143

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (2015). *32nd Internacional Conference of the Red Cross and Red Crescent. International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts.*

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (2015). *Consecuencias de largo plazo de las armas nucleares en la salud. Nota informativa 5.* https://www.icrc.org/es/download/file/10635/consecuencias_de_largo_plazo.pdf

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (2021). *Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares*. https://www.icrc.org/es/document/tratado-sobre-la-prohibicion-de-las-armas-nucleares-de-2017

Consejo de Seguridad Nuclear. (s.f). *La energía nuclear*. https://www.csn.es/la-energia-nuclear

Federation of American Scientists. (2021). Status of World Nuclear Forces. https://fas.org/issues/nuclear-weapons/status-world-nuclear-forces/

Fujita, H. (1997). Sobre la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia acerca de la licitud de las armas nucleares. *Revista Internacional de la Cruz Roja, 22*(139), 59-68. https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdldg.htm

Geneva Academy. (2014). *Nuclear Weapons Under International Law.* https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Nuclear%20Weapons%20Under%20International%20Law.pdf

Ginsberg, S. (1979). Función del poder nuclear en la política internacional. *Revista de Marina*. https://revistamarina.cl/revistas/1979/6/ginsberg.pdf

Greenwood, C. (1997). Opinión consultiva sobre las armas nucleares y la contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario. *Revista Internacional de la Cruz Roja, 22*(139), 69-80. https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdlb3.htm

Hernández, S. (2014). Migración, comercio y guerra: las relaciones entre Japón, México y Estados Unidos antes de Pearl Harbor. *México y la Cuenca del Pacífico, 6*, 103-138. https://www.redalyc.org/pdf/4337/433747296006.pdf

International Court of Justice. (1949). *The Corfu Channel case*. https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf

International Court of Justice. (1996). *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of nuclear weapons.* https://www.icj-cij.org/public/files/advisory-opinions/advisory-opinions-1996-es.pdf

Junod, M. (1982). El desastre de Hiroshima (I). *Revista Internacional de la Cruz Roja, 7*(53), 289-305. https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/irrc-230-junod.pdf

Kristensen, H. & Mckinzie, M. (2015). Nuclear arsenals: Current developments, trends and capabilities. *International Review of the Red Cross.* https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irc97_3_web-reduced.compressed.pdf

Lebherz, T. & Ellinger, F. (1963). Las radiaciones y el embarazo. *Medical Annals of the District of Columbia*, 140-144. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/15203/v54n2p140.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Maresca, L. & Eleanor, M. (2015). The human costs and legal consequences of nuclear weapons under international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*. https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irc97_3_web-reduced.compressed.pdf

Martínez, J. (1982). Zona libre de armas nucleares en la América Latina. *IAEA Bulletin, 24*(2), 56-58. https://www.iaea.org/sites/default/files/24203595658_es.pdf

Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe. (s. f). *Zonas Libres de Armas Nucleares (ZLAN)*. https://www.opanal.org/zonas-libres-de-armas-nucleares-zlan/

Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe. (1967). *Tratado de Tlatelolco*. https://www.opanal.org/tratado-de-tlatelolco/

Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe. (1987).

Vigésimo aniversario del tratado de Tlatelolco, 1967 - 1987.

Organización de las Naciones Unidas. (s. f.). *Armas Nucleares*. https://www.un.org/disarmament/es/adm/nuclear-weapons/

Organización de las Naciones Unidas. (1945, 26 de junio). *Carta de Naciones Unidas*. https://www.un.org/es/about-us/un-charter

Organización de las Naciones Unidas. (1963). *Tratado sobre la prohibición de ensayos nucleares*. https://treaties.unoda.org/t/test_ban

Organización de las Naciones Unidas. (1968). *Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares*. https://treaties.unoda.org/t/npt

Organización de las Naciones Unidas. (1996). *Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares*. https://treaties.unoda.org/t/ctbt

Organización de las Naciones Unidas. (2020). *Conferencia de las Partes de 2020 encargada del examen del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (TNP)*. https://www.un.org/es/conferences/npt2020

Organización Mundial de la Salud. (1993). *Efectos de las armas nucleares en la salud y el medio ambiente*. http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/202932/WHA46_30_spa.pdf;jsessionid=16E7B707A2EBC18F374F451C7742E874?sequence=1

Salmón, E. (2015). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Comité Internacional de la Cruz Roja. https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/10/Introducci%C3%B3n-al-Derecho-Internacional-Humanitario-2012-3.pdf

Schmitt, M. (2010). Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance. *Virginia Journal of International Law, 50*(4), 795-839.

Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI). (2021). *Crecen los arsenales nucleares mundiales mientras los Estados prosiguen con su modernización – lanzamiento del nuevo anuario del SIPRI*. https://sipri.org/sites/default/files/2021-06/wnf_pr_2021_esp.pdf

Ticehurst, R. (1997). La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados. *Revista internacional de la Cruz Roja, 22*(140), 131-141. https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdlcy.htm

US Department of the Army. (2019). *FM 6-27 - MCTP 11-10C. The Commander's Handbook on the Law of Land Warfare*. https://armypubs.army.mil/epubs/DR_pubs/DR_a/pdf/web/ARN19354_FM%206-27%20_C1_FINAL_WEB_v2.pdf

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.007

La protección de las mujeres en conflictos armados: Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional(*)(**)

The protection of women in armed conflicts: Reflections from the perspective of International Law

Carmela Sofía García Ganoza(***)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El presente artículo tiene por objetivo abordar la protección de las mujeres en contextos de conflictos armados desde el Derecho Internacional, tomando en cuenta los distintos roles que pueden tener las mujeres en estos contextos, así como el impacto diferenciado de los conflictos armados sobre ellas. Para ello, se abordará, en primer lugar, la noción de violencia contra la mujer y sus diversas expresiones durante conflictos armados. En segundo lugar, se analizan las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario destinadas a proteger a las mujeres, así como las críticas y limitaciones de dicha regulación. Finalmente, se presentan las contribuciones de otras ramas del Derecho Internacional, tales como el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la labor del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que no solo complementan la regulación del Derecho Internacional Humanitario, sino que también han permitido una ampliación de la protección de las mujeres en estos contextos.

Palabras clave: Derecho Internacional Humanitario - Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Derecho Penal Internacional - Violencia contra la mujer - Violencia sexual - Conflictos armados - Consejo de Seguridad

Abstract: This paper aims at addressing the protection of women during armed conflicts in International Law, taking into account the different roles that women can have in these contexts as well as the differentiated impact of armed conflicts on women. For this purpose, the author discusses first the notion of violence against women and its diverse manifestations during armed conflicts. Secondly, the author analyses International Humanitarian Law's provisions designed to protect women, as well as the criticisms and limitations of said regulation. Lastly, the article presents contributions made by other branches of International Law, such as International Criminal Law, International Human Rights Law and the work of the United Nations Security Council, considering that not only do they complement International Humanitarian Law, but also allow to widen the scope of protection awarded to women in armed conflicts.

Keywords: International Humanitarian Law - International Human Rights Law - International Criminal Law - Violence against women - Sexual violence - Armed conflicts - Security Council

---

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 23 de noviembre de 2021 y su publicación fue aprobada el 16 de diciembre de 2021.

(**) La autora desea agradecer a María Fernanda Bustios y Adriana Tuesta, ambas miembros del GRIDEH, por su apoyo en la recolección de información para esta investigación.

(***) Miembro del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (GRIDEH) de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Consultora Independiente en Derecho Internacional, Lima, Perú. Es Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Diplomada en Derechos de las Personas con Discapacidad y candidata a Magíster en Derechos Humanos de la Escuela de Posgrado de la misma universidad. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2209-2984. Correo electrónico: carmela.garcia@pucp.edu.pe.

1. Introducción: Los roles de las mujeres durante conflictos armados y el impacto diferenciado sobre ellas

Los conflictos armados constituyen situaciones excepcionales que traen consigo una serie de impactos devastadores para las personas que habitan en los territorios donde se llevan a cabo las hostilidades, afectando de manera particular a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad, incluyendo a las mujeres. Frente a esta situación, es importante abordar cómo los conflictos armados afectan a las mujeres y de qué manera el Derecho Internacional regula su protección en estos contextos.

Ahora bien, consideramos que, al aproximarse a este tema, es importante tomar en consideración dos factores que dan cuenta de sus diferentes aristas: los distintos roles que tienen las mujeres en conflictos armados y el impacto diferenciado que tienen los conflictos armados sobre las mujeres.

Respecto al primer factor, cuando se hace referencia a la situación de las mujeres en conflictos armados se suele pensar automáticamente en que ellas forman parte de la población civil y, en esta medida, se aborda su protección frente a los efectos de las hostilidades en dicha calidad. Sin embargo, las mujeres pueden jugar diferentes roles en el marco de conflictos armados, incluyendo el de miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados. Por ejemplo, se estima las mujeres han formado parte de hasta dos quintos de los grupos armados entre 1979 y 2009. Asimismo, las fuerzas armadas estatales de diversos países han ido incorporando gradualmente a mujeres en roles de combate, calculándose que aproximadamente 20 países permiten a las mujeres participar en combate (Klugman *et al.*, 2021, p. 5). Por lo tanto, al analizar la protección de las mujeres en conflictos armados, se deben tomar en cuenta estos distintos roles, pues cada uno de ellos conllevará necesidades de protección y riesgos específicos.

En segundo lugar, se puede evidenciar que la violencia en el marco de los conflictos armados tiene un impacto diferenciado en hombres y mujeres. Así, es posible que la mayoría de las víctimas directas de asesinato sean hombres, mientras que la mayoría de las víctimas directas de violencia sexual sean mujeres. Estas afectaciones basadas en el género durante conflictos armados se ven magnificadas por la discriminación contra la mujer y pueden tener efectos que se extienden incluso luego de que el conflicto ha terminado, como en el caso de las víctimas de violencia sexual que pueden ser rechazadas o discriminadas por sus familias y comunidades (Bennoune, 2007, p. 367).

Cabe sumar a las afectaciones que sufren las mujeres de manera directa otras consecuencias de los conflictos armados que generan indirectamente un mayor impacto en las mujeres. Como desarrolla Chinkin, dado que las responsabilidades domésticas recaen tradicionalmente en las mujeres, las dificultades económicas y sociales que enfrenta la población civil, incrementadas por el peligro de ataques cuando dejan su casa para la realización de actividades de rutina como encontrar comida, agua y combustible, tienen un mayor impacto en ellas (2015, p. 680). Asimismo, las mujeres suelen asumir el cuidado de los combatientes, adultos mayores y niños heridos física y psicológicamente. Además, aquellas mujeres cuyos parientes masculinos han sido asesinados o se encuentran ausentes pueden quedar sin asistencia financiera y sin la documentación legal requerida para sustentar la propiedad (Chinkin, 2015, p. 680).

Por otro lado, aunque el presente artículo se va a centrar en la protección de las mujeres en conflictos armados, no debe perder de vista que las mujeres no solo pueden ser víctimas o sobrevivientes de la violencia en conflictos armados, sino que también pueden tener un rol activo en la comisión de esta. El Secretario General de Naciones Unidas ha señalado que “aunque la mayoría de los casos de violencia contra la mujer se refieren a una víctima/sobreviviente de sexo femenino y un infractor de sexo masculino, las mujeres también cometen actos de violencia”, y que las mujeres también participan “grado en la ejecución de prácticas tradicionales nocivas y en la trata”, así como en “actos de violencia contra mujeres y niños en el contexto de los conflictos armados” (2006, párr. 108).

Ahora bien, esta realidad sobre los diferentes roles que tienen las mujeres y el impacto diferenciado de los conflictos armados en ellas se ha traducido en la adopción de diversas normas a nivel del Derecho Internacional cuyo objetivo es regular protecciones específicas a favor de las mujeres. En esta medida, resulta importante analizar si estas normas realmente cubren las distintas necesidades de protección que pueden tener las mujeres de acuerdo a sus roles y a los efectos diferenciados que enfrentan.

Para ello, debemos comprender cómo se entiende el concepto de violencia contra la mujer en el Derecho Internacional y sus diferentes manifestaciones en conflictos

armados. Asimismo, partiendo de una aproximación complementaria y sistemática del Derecho Internacional, se analizarán las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, rama que regula los conflictos armados tanto de carácter internacional como no internacional, así como otras ramas del Derecho Internacional cuyas normas complementan la protección de las mujeres en conflictos armado. Estas últimas incluyen el desarrollo sobre los derechos humanos de las mujeres que se ha presentado tanto a nivel normativo como jurisprudencial en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como la persecución de crímenes de violencia sexual y de género cometidos en el marco de conflictos armados a través de Tribunales Penales Internacionales. Igualmente, se deben considerar las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que también ha contribuido a la protección de las mujeres a través de su agenda de mujeres, paz y seguridad. Ello nos permitirá comprender de manera integral la protección que otorga el Derecho Internacional a las mujeres en contextos de conflicto armado.

2. Precisiones previas: ¿De qué hablamos cuando hablamos de violencia contra la mujer? ¿Cómo se ejerce esta violencia en conflictos armados?

Antes de abordar las normas del Derecho Internacional que protegen a las mujeres en contextos de conflictos armados, consideramos necesario abordar algunos conceptos previos a los que se hará referencia a lo largo del texto. Estos son la violencia basada en el género y la violencia contra la mujer.

En primer lugar, conviene precisar qué entendemos por "violencia basada en el género relacionada con un conflicto armado". Siguiendo a Chinkin, se trata de aquella violencia dirigida a una persona por su género, sea hombre o mujer, que ocurre durante o en el período inmediatamente posterior al conflicto armado y que tiene un nexo con el conflicto (2015, p. 677). No obstante, el presente artículo se centrará en la violencia de género que afecta a las mujeres en relación con el conflicto armado.

Para analizar este fenómeno, debemos tomar en cuenta que las mujeres se encuentran en una situación de vulnerabilidad, pues la violencia contra la mujer es producto de un contexto de discriminación sistémica (Naciones Unidas [ONU], 2006, párr. 65). Precisamente, esta violencia "constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer" (Asamblea General de Naciones Unidas, 1993).

En el contexto particular de los conflictos armados, se magnifican las actitudes y la violencia "ordinarias", incluyendo las ideas preexistentes sobre las mujeres como inferiores y otras ideas discriminatorias o misóginas (Bennoune, 2007, p. 370). En esta medida, la discriminación contra la mujer en conflictos armados puede funcionar como una vulneración per se, como una causa de vulneraciones en el conflicto, como un factor que agrava las vulneraciones cometidas en el conflicto, o como un obstáculo para el otorgamiento de reparaciones adecuadas (Bennoune, 2007, p. 368).

Así, la violencia contra la mujer adopta distintas formas en situaciones de conflicto armado, pudiendo ser física, sexual o psicológica, y puede ser cometida por tanto por actores estatales como no estatales. El Secretario General de Naciones Unidas ha señalado que la violencia contra la mujer en dichos contextos incluye:

> […] homicidios -premeditados o no-, torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, raptos, mutilaciones y desfiguraciones, reclutamiento forzado de mujeres combatientes, violaciones, esclavitud sexual, explotación sexual, desapariciones involuntarias, prisiones arbitrarias, matrimonios forzados, prostitución forzada, abortos forzados, embarazos forzados y esterilización compulsiva (2006, párr. 143).

Por lo tanto, la violencia contra la mujer en conflictos armados es mucho más que solo violencia sexual, aunque como señalaremos más adelante este aspecto sigue revistiendo una importancia particular, y, en esa medida, consideramos que el Derecho debe responder adecuadamente a esta variedad de vulneraciones.

Adicionalmente, es posible afirmar que en un conflicto armado existen experiencias comunes que son consecuencia de ideas discriminatorias y preexistentes sobre las mujeres; y, al mismo tiempo, la manera en que cada mujer experimenta el conflicto armado y sus secuelas es diferente dependiendo de distintos factores, tales como la edad, nacionalidad, condición económica, estatus de población civil, combatiente o miembro de un grupo armado organizado, entre otros (Chinkin, 2015, pp. 677-678). Esto se debe a

que la violencia contra la mujer en conflictos armados también se encuentra motivada por la intersección de otras formas de discriminación como la discriminación racial, étnica y religiosa (Bennoune, 2007, p. 370).

Partiendo de esta comprensión sobre la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres y las distintas formas que adopta la violencia contra la mujer en los conflictos armados, conviene destacar lo señalado por el Secretario General de las Naciones Unidas en su Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer:

> [E]l uso de la fuerza para resolver las controversias políticas y económicas genera la violencia contra la mujer en los conflictos armados. El empleo de la violación como instrumento de guerra y las atrocidades dirigidas contra las mujeres son las expresiones más sistemáticas de la violencia contra la mujer en los conflictos armados. El control de la sexualidad y la reproducción de las mujeres mediante ataques sistemáticos contra la mujer se han convertido en un medio de depuración étnica. […] La relación entre una amplia aceptación social y política de la violencia como medio de resolución de conflictos y la violencia contra la mujer es una esfera crítica para las futuras investigaciones (2006, párr. 94).

En esta línea, el Secretario General de Naciones Unidas señaló en 2006 que se había comprobado el ejercicio de violencia contra la mujer durante y después de conflictos "en numerosos países, entre ellos, el Afganistán, Burundi, el Chad, Colombia, Côte d'Ivoire, Liberia, el Perú, la República Democrática del Congo, Rwanda y Sierra Leona, así como Chechenia (Federación de Rusia), Darfur (Sudán), Uganda septentrional y la ex Yugoslavia" (párr. 145). Ello da cuenta de lo extendida que es la violencia contra la mujer en los conflictos armados alrededor del mundo.

Ahora bien, en el presente artículo haremos especial énfasis en la protección de las mujeres frente a la violencia sexual, pues esta no solo se encuentra presente en múltiples conflictos armados, sino que además suele afectar a las mujeres en grandes números (ONU, 2006, párr. 146). Asimismo, la violencia sexual es utilizada en conflictos armados con diferentes propósitos:

> La violencia sexual ha sido utilizada durante los conflictos armados por muy distintos motivos, en particular como forma de tortura, para causar lesiones, para extraer información, para degradar e intimidar y para destruir comunidades. La violación de las mujeres ha sido utilizada para humillar a los oponentes, para desplazar de su tierra a comunidades y grupos y para propagar intencionalmente el VIH. Se ha forzado a las mujeres a realizar trabajo sexual y doméstico en condiciones de esclavitud. También se ha raptado a mujeres y luego se las ha forzado a servir de "esposas" para recompensar a los combatientes (ONU, 2006, párr. 144).

Finalmente, algunas de las experiencias recientes muestran nuevos elementos a tener en cuenta respecto a la violencia sexual contra las mujeres en relación con conflictos armados. Por ejemplo, en 2013 el Secretario General de Naciones Unidas identificó que existía una correlación entre la violencia sexual y los programas defectuosos de desarme, desmovilización y reintegración y de reforma del sector de la seguridad; también la relación entre los incidentes de violencia sexual y la extracción ilegal de recursos naturales por las partes del conflicto; la utilización de la violencia sexual para desplazar forzosamente a poblaciones; la realización de ataques contra mujeres y niños al interior y fuera de campamentos y asentamientos de personas refugiadas y desplazadas internas; y el recurso de grupos armados a la práctica de matrimonios forzados y esclavitud sexual (párrs. 6-13). Por lo tanto, al abordar la protección de las mujeres por el Derecho Internacional es necesario examinar las disposiciones que prohíben la violencia sexual y analizar si han podido adaptarse a estas dinámicas.

3. ¿En qué consiste la protección especial de las mujeres en el Derecho Internacional Humanitario?

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) es la rama del Derecho Internacional que se ocupa de regular los conflictos armados, limitando los medios y métodos que se pueden utilizar en combate y buscando proteger a quienes no participan en las hostilidades. En esta medida, el DIH, tomando en cuenta la realidad de los conflictos armados, contiene también disposiciones destinadas a proteger a las mujeres en estos contextos.

En esta sección analizaremos, en primer lugar, las normas del DIH relativas a la protección de las mujeres. Como veremos, la protección de las mujeres en el DIH se enfoca particularmente en mujeres que se encuentran en determinadas situaciones, como son la privación de libertad, el embarazo y la maternidad, por lo que son muy pocas las normas destinadas a una protección general de todas las mujeres.

En esta medida, abordaremos también las limitaciones de esta regulación y las diversas críticas que se han presentado, así como los esfuerzos más recientes por actualizar nuestra aproximación a las normas de los

Convenios de Ginebra de 1949 -que constituyen los principales tratados en la materia junto a sus tres Protocolos Adicionales-, a través de los nuevos comentarios del Comité Internacional de la Cruz Roja que reflejan los avances en la interpretación y aplicación de los Convenios de Ginebra y, por tanto, tratan de superar algunas de estas críticas.

3.1. Las disposiciones convencionales y consuetudinarias que protegen a las mujeres

Antes de abordar las protecciones específicas que dispone el DIH a favor de las mujeres, es necesario destacar que el lenguaje de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales es de carácter neutro. Ello quiere decir que tanto hombres como mujeres se benefician de las protecciones generales del DIH respecto a combatientes y personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades (tales como civiles; heridos, enfermos y náufragos; y personas detenidas en relación con el conflicto armado) (Bennoune, 2007, p. 372).

En este sentido, atendiendo al rol de las mujeres en cada caso se aplicarían las normas generales correspondientes. Como indica Bennoune:

> Women and girls do sometimes serve as combatants, a growing reality which must not be overlooked. However, they most often fit into the civilian category. Thus, the Fourth Geneva Convention, and the analogous provisions relating to internal armed conflict, are particularly relevant to them (2007, p. 372).

Así, en la práctica, la mayoría de mujeres suele beneficiarse de la protección otorgada a la población civil. Sin perjuicio de lo anterior, el DIH cuenta con ciertas disposiciones que proveen una protección adicional a las mujeres, por lo que nuestro análisis se centrará en estas (*véase* el Anexo al presente artículo para consultar el listado de normas). Precisamente, de la revisión de las normas del DIH, se identifican las siguientes categorías de regulación de la protección de las mujeres en conflictos armados (Bennoune, 2007, pp. 372-381): la prohibición de discriminación; la protección especial de ciertas categorías de mujeres (mujeres detenidas e internadas, y mujeres embarazadas y madres) y la protección especial respecto a ciertas categorías de abusos (violación y otras formas de violencia sexual).

A continuación, analizaremos cada una de estas categorías.

3.1.1. Trato humano y prohibición de distinciones desfavorables

El DIH dispone, tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales, que las personas deben ser tratadas con humanidad y sin realizar distinciones desfavorables sobre la base de su sexo, entre otros criterios[(1)]. Cabe destacar que la prohibición no implica todo tipo de distinción, sino únicamente aquella de carácter desfavorable, por lo que sí es posible realizar distinciones entre personas "para dar prioridad a aquéllas cuyas necesidades son más apremiantes" (Henckaerts & Doswald-Beck, 2007, p. 353). Ello quiere decir que el DIH permite las distinciones (no desfavorables) que se basen en las necesidades particulares de las personas o situaciones sustantivamente diferentes (Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR], 2016, párr. 575). Esto resulta fundamental al abordar la situación de las mujeres, pues habrán de tomarse medidas especiales para poder responder adecuadamente a sus necesidades diferenciadas y la situación de vulnerabilidad en la que se pueden encontrar.

A mayor detalle, la obligación de trato humano es una de las piedras angulares del DIH, que impone un estándar mínimo de respeto a la dignidad de las personas bajo protección (CICR, 2016, párrs. 1372 y 1373), cuya aplicación deberá adecuarse a las circunstancias concretas de cada caso. Tal como señala el CICR en el comentario de 2016 al Convenio de Ginebra I, ello implica considerar también las diferentes necesidades y estatus entre hombres y mujeres:

> Grounds for non-adverse distinction could also be found in an awareness of how the social, economic, cultural or political context in a society forms roles or patterns with specific statuses, needs and capacities that differ among men and women of different ages and backgrounds (párr. 578 relativo al artículo 3 común; de manera similar se pronuncia también en el párr. 1373 relativo al artículo 12 de dicho Convenio).

Consideramos que, en particular, una disposición que prevé expresamente la posibilidad de realizar este tipo de distinción es el artículo 16 del Convenio de Ginebra III. Esta norma impone la obligación de tratar a todos los prisioneros de guerra de la misma manera y, al mismo tiempo, permite explícitamente un trato diferenciado a ciertos prisioneros sobre la base de su rango o de

(1) *V*éase el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; art. 12 del Convenio de Ginebra I; art. 12 del Convenio de Ginebra II; art. 16 del Convenio de Ginebra III; art. 27 del Convenio de Ginebra IV; arts. 9 y 75 del Protocolo Adicional I; art. 2 del Protocolo Adicional II; y norma consuetudinaria 88.

su sexo ("Habida cuenta de las disposiciones del presente Convenio relativas a la graduación así como al sexo"). Ello, como señala el CICR, permite reconocer que la igualdad formal podría llevar a un tratamiento injusto si su aplicación no toma en cuenta estos aspectos (2020, párr. 1742). A mayor detalle, señala lo siguiente en el caso de las prisioneras de guerra:

> Several provisions of the Third Convention seek to ensure that the protection and care of women prisoners take into account their specific needs and the distinct risks they face during the period of internment, in particular regarding medical care and their need for privacy and safety. Such needs and risks may be physical or physiological, but they may also stem from social, economic, cultural and political structures in a society (CICR, 2020, párr. 1747).

En esta medida, somos de la opinión de que la aplicación de la obligación de trato humano, leída en conjunto con la prohibición de realizar distinciones desfavorables, requiere que se tomen en cuenta las necesidades particulares de las mujeres, así como los riesgos e impacto diferenciado que pueden enfrentar en conflictos armados. Esta idea se ve reforzada por la obligación consuetudinaria de respetar "las necesidades específicas de las mujeres afectadas por los conflictos armados en materia de protección, salud y asistencia" (norma consuetudinaria 134), que implica tomar en cuenta que "las necesidades específicas de las mujeres pueden diferir según la situación en la que se encuentren -en el hogar o detenidas o desplazadas como consecuencia del conflicto- pero deben respetarse en todas las situaciones" (Henckaerts & Doswald-Beck, 2007, p. 540).

Adicionalmente, los Convenios de Ginebra contienen disposiciones que exigen expresamente que las mujeres sean tratadas "con todas las consideraciones debidas a su sexo" (art. 12 Convenio de Ginebra I; art. 12 Convenio de Ginebra II; art. 14 Convenio de Ginebra III). De manera similar, se dispone la protección especial de las mujeres en el art. 76 del Protocolo Adicional I.

Al respecto, debemos resaltar que el entendimiento de esta obligación es uno de los aspectos donde mejor se puede apreciar la evolución de la protección de las mujeres bajo el DIH, así como la comprensión del impacto diferenciado de los conflictos armados sobre ellas. Precisamente, en 2007, Bennoune expresaba respecto al artículo 12 de los Convenios de Ginebra I y II que, si bien esta disposición parecía tener connotaciones positivas, los comentarios de 1960 a dicha disposición se referían a la necesidad de otorgar dichas consideraciones sobre la base de la debilidad de las mujeres y la necesidad de respetar su modestia y honor, lenguaje que era criticado desde la academia (pp. 373-374). Asimismo, Bennoune criticó el comentario al artículo 14 del Convenio de Ginebra III por la visión paternalista de las mujeres que adoptaba (2007, p. 374).

En contraste, los comentarios de 2016 al Convenio de Ginebra I son tajantes al señalar que:

> Singling out women in no way implies that they have less resilience, agency or capacity within the armed forces or as civilians, but rather acknowledges that women have a distinct set of needs and may face particular physical and psychological risks (CICR, 2016, párr. 1427).

Similar lenguaje se utiliza también en los comentarios de 2020 al artículo 14 del Convenio de Ginebra III, que también señalan expresamente que el trato especial que disponen no significa que las mujeres sean vistas como menos capaces o con menor agencia, sino que reconoce sus distintas necesidades (CICR, 2020, párr. 1682). A mayor detalle, el CICR señala que la atención de las mujeres combatientes que se encuentran enfermas o heridas implica su protección y cuidado tome en cuenta sus necesidades específicas respecto a la higiene, el cuidado pre y post-natal, y la salud ginecológica y reproductiva, entre otros (2016, párr. 1434). Asimismo, respecto a las consideraciones debidas a las prisioneras de guerra conforme al artículo 14 del Convenio de Ginebra III, se debe tomar en consideración las distintas necesidades y riesgos de las mujeres durante su internamiento en relación con su privacidad, seguridad y atención médica, entre otros (CICR, 2020, párrs. 1683-1687).

Como se observa, ha habido una evolución en la aproximación a estas normas. Ya no estamos más frente a una visión paternalista o estereotipada de las mujeres, sino que se parte de la premisa de que el DIH debe responder a las necesidades distintas de las mujeres y tomar en cuenta cómo el contexto social, económico cultural o político tiene una incidencia diferente en hombres y mujeres, así como en los riesgos que enfrentan en contextos de conflictos armados.

3.1.2. Mujeres privadas de libertad en relación con el conflicto armado

El DIH también contiene una serie de normas que establecen obligaciones específicas respecto a las mujeres que se encuentran privadas de libertad en relación con el conflicto armado, particularmente en el caso

de prisioneras de guerra y de mujeres civiles internadas o detenidas por razones de seguridad en conflictos armados internacionales. Es necesario precisar antes de continuar que el DIH contiene distintos regímenes aplicables a personas privadas de libertad en relación con el conflicto armado cuya aplicación dependerá del estatus de la persona (civil o combatiente) y de la calificación del conflicto (conflicto armado internacional o no internacional).

Así, en los conflictos armados internacionales se cuenta con dos figuras: "los prisioneros de guerra, cuya regulación se encuentra especialmente detallada en el III Convenio de Ginebra, y los civiles internados por razones de seguridad, supuesto ampliamente regulado en el IV Convenio de Ginebra" (García & Vilchez, 2021); mientras que en casos de conflicto armados no internacional "corresponde referirse a las PPL [personas privadas de libertad] por razones relacionadas con el conflicto armado, pues no existe la figura de prisioneros de guerra" (García & Vilchez, 2021), siendo posible distinguir entre dos formas de privación de libertad: "la detención de personas que han cometido o se sospecha que han cometido delitos, y la detención de personas por razones de seguridad" (García & Vilchez, 2021). Esta distinción, como veremos a continuación, se ha traducido en una mayor regulación de las personas privadas de libertad en conflictos armados internacionales, en contraste con las personas privadas de libertad en conflictos armados no internacionales, asimetría que se traduce también en las disposiciones destinadas a proteger a las mujeres privadas de libertad. Consideramos que ello, además, resulta problemático en la medida en que hay una mayor prevalencia de conflictos armados no internacionales en la actualidad.

A nivel general, la norma 119 del DIH consuetudinario recoge dos obligaciones que resultan aplicables en todo tipo de conflictos armados. De un lado, se debe alojar a las mujeres privadas de libertad en locales distintos de los hombres, salvo en el caso de unidades familiares. De otro lado, su vigilancia inmediata debe estar a cargo de mujeres. Como señalan Henckaerts & Doswald-Beck, esta norma reafirma la obligación de tener en cuenta las necesidades específicas de las mujeres afectadas por un conflicto armado[(2)], en particular para evitar que se conviertan en víctimas de la violencia sexual[(3)] (2007, p. 490).

Estas obligaciones también se encuentran reguladas a nivel convencional en los artículos 25 (alojamiento), 29 (que dispone instalaciones de higiene separadas para las mujeres), 97 (sobre los locales de ejecución de castigos disciplinarios) y 108 (sobre el régimen penitenciario en caso de sentencias penales) del Convenio de Ginebra III para el caso de prisioneras de guerra, así como en los artículos 76 (trato debido a los detenidos), 85 (alojamiento e higiene de las personas internadas) y 124 (locales para castigos disciplinarios) del Convenio de Ginebra IV aplicable en el caso de civiles detenidas en conflictos armados internacionales. Igualmente, el artículo 75.5 del Protocolo Adicional I dispone ambas obligaciones para todas las mujeres privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado internacional. En contraste, en el caso de conflictos armados no internacionales únicamente el Protocolo Adicional II -cuya aplicación se limita a un número reducido de estos conflictos- contiene de manera expresa estas obligaciones en su artículo 5.2.a).

Sobre este extremo, también se observa una evolución en la aproximación al fundamento de estas disposiciones. Como señala Bennoune, en los primeros comentarios a las normas de los Convenios de Ginebra relativas a la separación de mujeres y hombres se hacía referencia a la protección del honor y modestia de las mujeres como la base de estas disposiciones, en lugar del respeto a su dignidad y derecho a la integridad física (2007, p. 376). En cambio, los comentarios de 2020 al Convenio de Ginebra III señalan que las disposiciones relativas a la separación de locales constituyen una extensión de la obligación de tratar a las mujeres con la debida consideración establecida en el artículo 14 antes comentado (CICR, 2020, párr. 1686), reflejando así el desarrollo en la comprensión del fundamento de esta protección.

Adicionalmente, los nuevos comentarios al artículo 25 del Convenio de Ginebra III sobre el alojamiento de las prisioneras de guerra detallan algunas consideraciones adicionales a tomar en cuenta al aplicar esta disposición: la separación debe ser efectiva, de manera que ningún prisionero de guerra pueda acceder a los dormitorios de las mujeres con o sin su consentimiento; las potencias detenedoras deben tomar en consideración los hábitos y costumbres de las fuerzas armadas a las que pertenecen las prisioneras de guerra al implementar la

(2) *Véase* la norma 134.
(3) *Véase* la norma 93.

separación y, de ser el caso, consultarles sobre medidas de separación adicionales; en caso el número de prisioneras de guerra sea reducido, deberán tomarse los cuidados necesarios para evitar que sean aisladas de sus compañeros; tener en consideración la obligación de trato humano para asegurar que las condiciones de detención no afectan su salud y toman en cuenta sus hábitos y costumbres; asegurar que las prisioneras tengan un acceso regular y seguro a baños y duchas separados, así como suficientes y adecuados productos sanitarios para sus períodos y otras necesidades higiénicas sin cargo (CICR, 2020, párrs. 2099-2101). En nuestra opinión, esto demuestra las diferentes aristas de la aplicación práctica de la obligación de mantener una separación en el alojamiento que toma en cuenta las necesidades particulares de las mujeres, como es el caso de las necesidades sanitarias e higiénicas, así como su agencia al contemplar la consulta sobre las medidas a implementar.

Por otro lado, existen disposiciones convencionales adicionales respecto a las mujeres privadas de libertad en conflictos armados internacionales. Así, en el caso de prisioneras de guerra, el Convenio de Ginebra III dispone que los prisioneros de guerra podrán realizar trabajos, para lo cual deberá tenerse en cuenta su sexo, entre otros criterios (art. 49); y establece que las prisioneras de guerra no podrán recibir sanciones, sean disciplinarias o judiciales, o tratamientos (mientras cumplen las sanciones) que sean más severos que las sanciones o tratos a mujeres u hombres que pertenecen a las fuerzas armadas de la Potencia detenedora por infracciones análogas (art. 88). Respecto a las mujeres internadas, el Convenio de Ginebra IV establece que "una internada solo podrá ser registrada por una mujer" (art. 97) y que la imposición de castigos disciplinarios deberá tener en cuenta, entre otros, su sexo, no pudiendo ser en ningún caso de carácter inhumano, brutal o peligrosos para la salud (art. 119). Si bien no se recoge disposiciones similares en la normativa aplicable a conflictos armados no internacionales, consideramos que estas pueden deducirse de la obligación de trato humano, así como la prohibición de tortura y otros malos tratos.

Finalmente, el DIH también contiene algunas disposiciones particulares que se refieren a las mujeres privadas de libertad que se encuentran embarazadas o son madres de niños pequeños. Precisamente, el Acuerdo modelo relativo a la repatriación directa y a la hospitalización en país neutral de los prisioneros de guerra heridos o enfermos, recogido en el Anexo I del Convenio de Ginebra III, prevé la posibilidad de acordar la hospitalización en un país neutral de las prisioneras embarazadas o madres con hijos lactantes o pequeños y, en su defecto, la repatriación directa de quienes tienen embarazos o enfermedades obstétricas. De manera similar, el Convenio de Ginebra IV establece que, durante las hostilidades, las partes en conflicto harán lo posible por celebrar acuerdos "con miras a la liberación, la repatriación, el regreso al lugar de domicilio o de hospitalización en país neutral de ciertas categorías de internados y, en particular, […] mujeres encintas y madres lactantes o con hijos de corta edad, […]" (art. 132). Además, el Convenio de Ginebra IV prevé la posibilidad de entregar suplementos alimenticios a mujeres internadas embarazadas y lactantes (art. 89); la posibilidad de admitir a las mujeres internadas parturientas en establecimientos calificados para que reciban asistencia médica (art. 91); la posibilidad de que las mujeres embarazadas puedan recibir subsidios (art. 98); y la prohibición de trasladar a las mujeres internadas parturientas cuando dicho traslado ponga en peligro su vida, salvo por razones imperativas de seguridad (art. 127). El Protocolo Adicional I establece adicionalmente la obligación de atender de manera prioritaria a las mujeres privadas de libertad que se encuentren embarazadas o sean madres de niños pequeños (art. 76.2) y el deber de evitar imponer la pena de muerte a mujeres embarazadas o que son madres de niños pequeños y, en caso esta sea impuesta, la prohibición de ejecutar dicha pena (art. 76.3). En el caso de mujeres privadas de libertad en relación con conflictos armados no internacionales, el Protocolo Adicional II -cuya aplicación como ya se ha mencionado es limitada- establece que no se podrá ejecutar la pena de muerte contra mujeres embarazadas o madres de niños pequeños (art. 6.4).

3.1.3. Mujeres embarazadas y madres de niños pequeños

La gran mayoría de las normas del DIH que establecen expresamente una protección especial a favor de las mujeres se centra en una categoría específica de mujeres: las embarazadas y madres de niños de corta edad. En efecto, de las 46 normas listadas en el Anexo a esta investigación, un total de 22 hacen referencia al trato especial que debe otorgarse a las mujeres que se encuentran dentro de esta categoría (de las cuales 10 ya han sido abordadas en la sección anterior sobre mujeres privadas de libertad).

Ahora bien, es posible afirmar que las disposiciones relativas a esta categoría, en general, "exigen una especial atención a las mujeres embarazadas y a las madres con hijos de corta edad por lo que respecta al abastecimiento de alimentos y ropa,

la prestación de asistencia sanitaria y la evacuación y el transporte" (Henckaerts & Doswald-Beck, 2007, p. 540). Precisamente, además de las disposiciones comentadas arriba, encontramos las siguientes disposiciones recogidas en el Convenio de Ginebra IV que se enfocan en estos aspectos: el establecimiento de zonas y localidades sanitarias y de seguridad a fin de proteger a las mujeres embarazadas y madres de niños menores de 7 años, entre otros (art. 14); la obligación de proteger y respetar a los heridos y enfermos, así como a mujeres embarazadas (art. 16) y la protección de los hospitales y personal sanitario encargados de brindarles asistencia (arts. 18 y 20); que las partes en conflicto harán lo posible para llegar a acuerdos para la evacuación de mujeres parturientas, entre otros, desde una zona sitiada o cercada (art. 17); el respeto y protección a las transportes, sean terrestres, marítimos o aéreos, de heridos, enfermos, mujeres parturientas, entre otros (arts. 21 y 22); el deber de permitir el libre paso de víveres, ropa y medicamentos para niños y para mujeres embarazadas o parturientas (art. 23); el derecho de las mujeres embarazadas y madres de niños menores de 7 años a un trato preferente cuando se encuentran en el territorio de la parte contraria; y, en casos de ocupación, el deber de la Potencia ocupante de no entorpecer "la aplicación de las medidas preferenciales que hayan podido ser adoptadas antes de la ocupación en favor […], de las mujeres encintas y de las madres de niños menores de siete años, por lo que respecta a la nutrición, a la asistencia médica y a la protección contra los efectos de la guerra" (art. 50). Adicionalmente, el Protocolo Adicional I establece la obligación de dar prioridad a las mujeres embarazadas, parturientas y madres lactantes en la distribución de envíos de socorro (art. 70), y establece que las mujeres embarazadas y parturientas se benefician también de las disposiciones relativas a las personas heridas y enfermas (art. 8.a).

Como puede observarse, estas disposiciones sobre la alimentación, asistencia sanitaria, evacuación y traslado de mujeres embarazadas y madres de niños pequeños solo se encuentran recogidas de manera expresa en normas aplicables únicamente en conflictos armados internacionales. En esa medida, consideramos que, en contextos de conflictos armados no internacionales, será necesario referirse a las normas generales sobre trato humano y prohibición de distinciones desfavorables contra las mujeres para regular estos aspectos. En particular, estas protecciones se encontrarían implícitas en la norma consuetudinaria 134 sobre el respeto a las necesidades específicas de las mujeres, tal y como se desprende de los comentarios a dicha norma (Henckaerts & Doswald-Beck, 2007, p. 540).

En nuestra opinión, esto último -derivar la protección de las mujeres embarazadas y madres de niños pequeños de las normas generales de trato humano- no resultaría del todo negativo, pues permite superar una de las críticas que se erigen contra las normas de los Convenios de Ginebra sobre las mujeres al cambiar el enfoque con que nos aproximamos a este tipo de protección. Precisamente, Chinkin critica el énfasis que realizan los Convenios de Ginebra en los roles reproductivos, maternos y de cuidado de las mujeres, lo cual conlleva a una reducción del estatus de las mujeres que no tienen hijos y oscurece la realidad de las niñas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad (2015, pp. 682-683). Por tanto, el cambiar la aproximación al sustento de estas normas hacia el trato humano y la obligación de responder a las necesidades específicas de las mujeres, permite comprender que esta protección no se basa en los roles reproductivos y de cuidado de las mujeres y, a su vez, superar, aunque sea a través de una protección implícita, la asimetría normativa entre conflictos armados internacionales y no internacionales.

3.1.4. Protección frente a la violencia sexual

Aun cuando la violencia sexual en conflictos armados es un fenómeno que afecta tanto a mujeres como a hombres, lo cierto es que la violencia sexual afecta particularmente a las mujeres. Por ello, resulta importante mirar las normas del DIH relativas a la prohibición de la violencia sexual al abordar la protección de las mujeres en conflictos armados.

Para ello, debemos tomar en cuenta que "la violencia y esclavitud sexual, así como otros crímenes de violencia sexual no se encuentran definidas en el DIH" (Saldarriaga, 2019, p. 218), por lo que es necesario recurrir a la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para su definición. Así, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) estableció lo siguiente en el caso Jean-Paul Akayesu:

> The Tribunal defines rape as a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive. The Tribunal considers sexual violence, which includes rape, as any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive. Sexual violence is not limited to physical invasion of the human body and may include acts which do not involve penetration or even physical contact. […] The Tribunal notes in

> this context that coercive circumstances need not be evidenced by a show of physical force. Threats, intimidation, extortion and other forms of duress which prey on fear or desperation may constitute coercion, and coercion may be inherent in certain circumstances, such as armed conflict […] (TPIR, 1998, párr. 688).

En esta medida, se entiende por "violencia sexual" a todo acto de naturaleza sexual cometido contra una persona bajo circunstancias de coerción, las cuales pueden darse tanto a través de la fuerza física como de amenazas, intimidación o extorsión, e incluso pueden ser inherentes al contexto. Este término incluye actos como la violación sexual, la esclavitud sexual, la esterilización forzada, la desnudez forzada, entre otros.

Ahora bien, los primeros antecedentes de disposiciones expresas sobre la protección contra la violencia sexual en conflictos armados pueden rastrearse al denominado "Código Lieber" de 1863 que regulaba la actuación de las fuerzas armadas estadounidenses, cuyos artículos 44 y 47 prohibían expresamente cualquier acto de violación sexual contra los habitantes en los territorios invadidos o en territorio hostil. Sin embargo, como señala Saldarriaga, las primeras disposiciones del DIH relativas a esta problemática no regulan la protección frente a la violencia sexual de manera expresa, debido a la perspectiva masculina predominante en el Derecho Internacional en esos años (Saldarriaga, 2019, p. 219). Por lo tanto, tenemos, de un lado, normas de protección expresa; y, de otro, la protección implícita en diversas normas.

En cuanto a las disposiciones expresas destinadas a la protección de las mujeres frente a la violencia sexual, encontramos que el Convenio de Ginebra IV establece que "las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor" (art. 27). En el mismo sentido, el Protocolo Adicional I dispone que "las mujeres serán objeto de un respecto especial y protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor" (art. 76.1).

De manera más general, los Protocolos Adicionales I y II prohíben "los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor" contra las personas que no participan directamente en las hostilidades o han dejado de participar, sin limitarse entonces sólo a las mujeres (art. 75.2.b) del Protocolo Adicional I y art. 4.2.e) del Protocolo Adicional II). Adicionalmente, la norma consuetudinaria 93, aplicable tanto a conflictos armados internacionales como no internacionales, señala que "quedan prohibidas las violaciones y cualquier otra forma de violencia sexual". En este caso tampoco se limita la prohibición a la violencia sexual contra las mujeres, considerando que "en la práctica, se ha especificado que la prohibición de la violencia sexual tiene carácter no discriminatorio, es decir, que tanto los hombres como las mujeres, los adultos como los niños, están protegidos por la prohibición" (Henckaerts & Doswald-Beck, 2007, p. 373).

Cabe destacar en este punto que el lenguaje utilizado por los Convenios de Ginebra para regular esta protección expresa no ha estado exento de críticas. Precisamente, se objeta que la protección de las mujeres frente a la violencia sexual está basada en nociones anticuadas sobre la castidad y la virtud, en lugar de los derechos de las mujeres a la integridad (Bennoune, 2007, p. 379). En esta medida, algunos autores señalan que las referencias al "honor" de las mujeres en el lenguaje de los Convenios de Ginebra ponen a las mujeres en una posición de objetos que pertenecen a sus maridos o familias, en lugar de sujetos, que es precisamente la lógica detrás de la violencia sexual en conflictos armados (Klugman *et al.,* 2021, p. 5).

Por otro lado, a partir de los desarrollos a nivel del Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que veremos más adelante, es posible afirmar que una serie de normas del DIH prohíben implícitamente los actos de violencia sexual. En efecto, esta prohibición estaría implícita en las proscripciones de los atentados contra la vida y la integridad, incluyendo la tortura y los tratos crueles, así como la prohibición de los atentados contra la dignidad personal (Henckaerts & Doswald-Beck, 2007, pp. 369-370; Bennoune, 2007, pp. 380-381).

En consecuencia, puede afirmarse que la violencia sexual se encuentra también prohibida de manera implícita, en el caso de conflictos armados internacionales, en el art. 12 del Convenio de Ginebra I, el art. 12 del Convenio de Ginebra II, los arts. 13, 14 y 17 del Convenio de Ginebra III, el art. 32 del Convenio de Ginebra IV, y el art. 75.2.a) del Protocolo Adicional I. Asimismo, la violencia sexual también está implícitamente prohibida en contextos de conflictos armados no internacionales a través del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el art. 4.2.a) del Protocolo Adicional II. En esta línea, los nuevos comentarios al artículo 3 común reconocen que esta disposición contiene

una prohibición implícita en tanto establece la obligación de dar un trato humano, la prohibición de atentados contra la vida y la integridad (en particular, la mutilación, la tortura y los tratos crueles) y la prohibición de atentados contra la dignidad personal (CICR, 2016, párrs. 696-707).

Como señala Bennounce, aunque la inclusión explícita de esta prohibición hubiera sido deseable, estas disposiciones adicionales proveen una base para evaluar la respuesta contemporánea del DIH a la protección de las mujeres en conflicto (2007, p. 380). Consideramos que ello, además, permite reforzar la prohibición consuetudinaria a través de las normas convencionales del DIH.

3.2. Críticas y limitaciones de la regulación en el Derecho Internacional Humanitario

Ahora bien, desde la academia se han realizado diversas críticas a la regulación de la protección de las mujeres en el DIH, particularmente desde un análisis feminista del derecho. Aunque en la sección anterior ya se han adelantado algunas de las críticas y limitaciones específicas de la normativa sobre las mujeres, a continuación, se busca presentar un panorama general de estas.

En primer lugar, se ha apuntado que, a pesar de la igualdad formal presente en las normas del DIH, en la práctica su aplicación se ve limitada en términos de igualdad sustantiva. Ello se debe a que los conflictos armados tienen un impacto diferenciado en hombres y mujeres, pero también a que las normas del DIH han sido redactadas desde una perspectiva que prioriza a los hombres combatientes, relegando a las mujeres a un estatus de víctimas o mirando únicamente su rol de crianza de niños (Durham y O'Byrne, 2010, p. 34; Klugman *et al.,* 2021, pp. 5-6). En esta medida, "in practice, deeply ingrained gender biases in society, and the unequal experiences of men and women in conflict, make it impossible to achieve substantive equality" (Klugman *et al.,* 2021, p. 7).

En segundo lugar, se critican las posturas sobre honor y modestia presentes en las disposiciones de los Convenios de Ginebra, y particularmente en los primeros comentarios a estas normas. Como señala Bennoune, resulta particularmente problemático el énfasis en el honor pues "it may imply that a woman survivor of wartime rape or other sexual violence is dishonored, a powerful notion fraught with terrible real world consequences for the woman and her family" (2007, p. 384). En similar medida, las normas del DIH que se pronuncian expresamente sobre la violencia sexual tienden a enfocarse en la protección de las mujeres frente a estos actos, en lugar de la prohibición de la violencia sexual en sí, además de invisibilizar la violencia sexual que pueden sufrir los hombres en conflictos armados (Klugman *et al.,* 2021, p. 7).

En particular, resalta la falta de inclusión de la violencia sexual en la lista de infracciones graves al DIH que se recoge en los Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional I, laguna que fue luego superada por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ad hoc, como veremos más adelante. En efecto, Chinkin señala que, a pesar de la larga historia de violaciones y otras formas de violencia sexual contra mujeres durante conflictos armados, dichos actos de violencia no figuraron prominentemente en las limitaciones jurídicas a la guerra, ni directamente en las decisiones de los juicios sobre crímenes de guerra hasta los años 90, llevando a que dichos crímenes se mantuvieron "olvidados" por muchos años y envueltos en silencio (2015, p. 676).

En tercer lugar, el particular enfoque del DIH a la protección de las mujeres, que como hemos visto se centra particularmente en ciertas categorías como las mujeres privadas de libertad, las mujeres embarazadas y las madres de niños pequeños, dejaría de lado una serie de vulnerabilidades y necesidades que enfrentan las mujeres en conflictos armados (Klugman *et al.,* 2021, p. 7). Así, el DIH no establece conexiones explícitas sobre el impacto de la discriminación subyacente contra las mujeres sobre la perpetuación y exacerbación de la violencia contra las mujeres en conflictos armados (Bennoune, 2007, p. 384). Asimismo, las normas del DIH abordan de manera insuficiente las necesidades de las mujeres, por ejemplo, en materia de salud reproductiva durante la detención, lo que se evidencia en el requerimiento explícito del acceso a cigarros pero no a productos sanitarios en el Convenio de Ginebra III (Klugman *et al.,* 2021, p. 7) -limitación que ha sido expresamente abordada en los nuevos comentarios a este Convenio-. A ellos se suman otros "puntos ciegos", tales como la protección frente a la violencia sexual "intrafilas", contra los riesgos que enfrentan las mujeres en el desplazamiento y en campos de refugiados, o estándares de protección postconflicto (Klugman *et al.,* 2021, p. 8; Bennoune, 2007, p. 385). Adicionalmente, también se hace necesario evaluar cómo aplicar las normas del DIH para proteger adecuadamente a personas que tienen identidades de género y orientaciones sexuales diversas, como pueden ser las mujeres trans y otras personas LGBTI (*véase* Zafra, 2019 y Zafra, 2020).

Por último, como consecuencia de la asimetría normativa entre conflictos armados internacionales y no internacionales, el DIH contiene una menor protección de las mujeres en conflictos armados no internacionales, que son los conflictos más prevalentes en la actualidad (Bennoune, 2007, pp. 384-385). Al respecto, como hemos señalado, resulta clave la obligación de trato humano y la prohibición de distinciones desfavorables para derivar medidas específicas que atiendan a las necesidades de las mujeres, especialmente ante la ausencia de disposiciones expresas.

3.3. Los nuevos comentarios a los Convenios de Ginebra: Una oportunidad de actualizar la interpretación de la protección de las mujeres

Frente a las críticas y limitaciones desarrolladas en la sección anterior, se han presentado diferentes opciones a fin de saldar las deficiencias encontradas en el DIH: una reforma de la normativa actual a través de la adopción de nuevos tratados o estándares internacionales, o la reinterpretación de las disposiciones existentes desde una perspectiva actualizada (Bennoune, 2007, p. 387). Si bien la primera opción sería ideal (sea a través de un nuevo tratado o de una enmienda) en tanto permitiría contar con una base convencional que refleje la comprensión contemporánea sobre la violencia contra la mujer en conflictos armados y abordar las áreas en las que se ha identificado lagunas en el DIH, en la práctica su ejecución se enfrenta a varias dificultades. Así, no solo se trata de una iniciativa que requiere de recursos y tiempo, sino que además podría abrir la puerta a que se cuestionen o debiliten las protecciones (implícitas o expresas) ya existentes (Bennoune, 2007, p. 388).

En esta medida, la segunda opción, es decir, la reinterpretación de las disposiciones existentes a la luz de los avances en el derecho internacional resulta ser más viable. Consideramos que esta alternativa, además, se encuentra reforzada por las normas relativas a la interpretación de los tratados, que disponen su interpretación sistemática y dinámica. Por lo tanto, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales "deben recibir una interpretación amplia y dinámica que haga efectivas y prácticas sus disposiciones de acuerdo con el objeto y fin de estas" (Salmón, 2016, p. 51).

En este contexto, la reciente iniciativa del CICR por actualizar los comentarios a los cuatro Convenios de Ginebra representa una oportunidad invaluable para actualizar la interpretación de las disposiciones sobre la protección de las mujeres en conflictos armados. A la fecha, el CICR ha publicado los nuevos comentarios a los Convenios de Ginebra I, II y III (2016, 2017 y 2020 respectivamente) -y se encuentra en proceso de actualizar el Convenio de Ginebra IV-, en los que se puede apreciar un nuevo enfoque que incorpora los desarrollos en materia de protección de las mujeres y procura visibilizar sus necesidades particulares al interpretar y aplicar los Convenios.

Así, los nuevos comentarios a los Convenios de Ginebra reconocen la creciente participación de las mujeres en los conflictos armados, tanto como parte de las fuerzas armadas como en otros roles, y en particular el aumento del número de mujeres que se encuentran involucradas en funciones de combate cuerpo a cuerpo en primera línea (CICR, 2016, párr. 1426; CICR, 2017, párr. 1471). Igualmente, como se ha visto a lo largo de la sección 3.1, los nuevos comentarios buscan superar varias de las críticas a los comentarios anteriores, enfatizando que la protección de las mujeres no implica que ellas tengan una menor capacidad o agencia, sino que reconoce sus distintas necesidades y riesgos (CICR, 2016, párr. 1427; CICR, 2017, párr. 1472; CICR, 2020, párr. 1682).

Coincidimos con O'Rourke en que el cambio en los nuevos comentarios respecto a las presunciones de género subyacentes es más que simbólico, teniendo una importancia material práctica en la eficacia e integralidad de la orientación que proveen los comentarios (2020b). Por ejemplo, O'Rourke identifica 4 áreas en las que los nuevos comentarios al Convenio de Ginebra III reflejan este cambio: (i) el cambio sobre las presunciones de género, particularmente sobre las presunciones tradicionales del estatus de las mujeres como civiles; (ii) el alejamiento de la asociación de las mujeres con la modestia y debilidad; (iii) la regulación más clara e integral de la garantía de que las mujeres detenidas no serán sometidas a violencia sexual; y (iv) la inclusión expresa de la participación de las mujeres en la toma de decisiones relevantes (2020b).

Asimismo, es importante resaltar el extenso desarrollo que hacen los nuevos comentarios al artículo 3 común respecto a la violencia sexual en conflictos armados no internacionales (O'Rourke, 2020b)[4]. Asimismo, los nuevos comentarios reconocen la posibilidad de realizar distinciones que no sean desfavorables en razón de criterios como la salud, sexo o edad (CICR, 2016,

(4) *Véase*, por ejemplo, CICR, 2016, párrs. 696-716.

párrs. 576-578); y la necesidad de tomar en cuenta las diferentes necesidades médicas de mujeres, hombres, niños y niñas, en el marco de la obligación de proveer asistencia a los heridos y enfermos (CICR, 2016, párr. 766).

Como se ha podido apreciar, ciertamente, los nuevos comentarios a los Convenios de Ginebra representan un paso importante en la superación de las críticas al DIH y un esfuerzo por incluir de manera expresa la necesidad de tomar en consideración los impactos diferenciados de los conflictos armados en los hombres y mujeres, así como por atender las necesidades específicas de las mujeres, en particular en lo que respecta a su salud. No obstante, consideramos que persisten algunas de las limitaciones señaladas como la necesidad de otorgar protecciones específicas frente a los riesgos particulares que enfrentan las mujeres en situación de desplazamiento y en campos de refugiados -aspectos sobre los cuales serán de particular importancia los nuevos comentarios al Convenio de Ginebra IV que regula la situación de los civiles-, así como la aplicación de las normas del DIH en el caso de personas de identidades de género y orientaciones sexuales diversas.

4. Las contribuciones de otras ramas del Derecho Internacional a la protección de las mujeres en conflictos armados

La protección de las mujeres en contextos de conflictos armados ha sido fuente de preocupación no solo del DIH sino también de otras ramas del Derecho Internacional. Así, desde la década de los noventas se han presentado considerables avances a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Derecho Penal Internacional (DPI) e, incluso, a través de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Consejo de Seguridad o CSNU). Estos regímenes traen consigo diferentes ventajas y fortalezas que permiten mejorar la protección de los derechos de las mujeres en conflictos armados (O'Rourke, 2020a, p. 2), particularmente respecto a la prevención, protección, persecución y sanción de crímenes basados en el género (Chinkin, 2015, p. 683).

En esta medida, partimos de la noción de complementariedad entre el DIH y las ramas antes señaladas, tomando como base el principio de interpretación sistemática de los tratados (García & Vilchez, 2021; para mayor detalle *véase* Milanovic, 2014). En efecto, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 dispone que los tratados deben ser interpretados "de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (inciso 1) y que "juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta […] c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes" (inciso 2). Este criterio de interpretación ha sido también reconocido por la Corte Internacional de Justicia, que estableció que "an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation" (1971, párr. 53).

Por estos motivos, a continuación, se presentarán los estándares y desarrollos que se han presentado en el DIDH, DPI y las resoluciones del Consejo de Seguridad, a fin de entender de manera más integral la protección que brinda el Derecho Internacional a las mujeres en conflictos armados.

4.1. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La protección de los derechos de las mujeres en el DIDH ha sido el resultado de un proceso caracterizado por la progresividad y especificidad (Salvioli, 1996). Precisamente, si bien los primeros instrumentos de derechos humanos establecían el principio de no discriminación, "no existía una inclusión expresa de las mujeres y de sus derechos" (Mantilla, 2019, p. 82). A manera de ejemplo, el título de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 refleja la visión androcéntrica de los derechos humanos (Mantilla, 2019, p. 82).

Frente a esta situación se han dado una serie de esfuerzos por regular de manera específica los derechos de las mujeres, siendo la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979, CEDAW por sus siglas en inglés) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994, conocida como Convención de Belem do Pará) los instrumentos más importantes en la materia. Como indica Salvioli:

> La existencia de instrumentos de protección específica, lejos de formar parte de una discriminación en su faz negativa, ayuda a comprender mejor una realidad precisa, tipifica concretamente las situaciones que configuran una violación compleja de derechos humanos, y ofrece mecanismos particulares de solución, a través de procedimientos, y en algunos casos, por medio de la creación de órganos (1996).

En lo que respecta al tema de esta investigación, conviene recordar que estos instrumentos siguen siendo aplicables aun en contextos de conflictos armados, por lo que los Estados Parte deberán velar por el respeto y garantía de los derechos de las mujeres en estos contextos (Comité CEDAW, 2013, párr. 9). Asimismo, la jurisprudencia y otras decisiones o pronunciamientos de los órganos encargados de la supervisión de estos tratados ha permitido reafirmar la protección de los derechos de las mujeres en conflictos armados, así como estándares y consideraciones particulares a estos contextos, como veremos a continuación.

4.1.1. Sistema Universal de Derechos Humanos

A nivel del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH), el instrumento más importante sobre los derechos de las mujeres es la CEDAW, complementada por su Protocolo Facultativo de 1999, aunque no es el único (*véase*, Salvioli, 1996). Por lo tanto, nos centraremos principalmente en este tratado y su órgano de supervisión, el Comité CEDAW. La CEDAW parte de los principios de la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer de 1967 y "tiene por objetivos la adopción de medidas por parte de los estados para eliminar la discriminación de la mujer en esferas política, social, económica y cultural" (Salvioli, 1996).

Cabe destacar que el Comité CEDAW ha tenido un rol fundamental en afirmar la aplicación de la Convención respecto a la violencia contra la mujer, así como para establecer la complementariedad entre la CEDAW y otras ramas del Derecho Internacional (DIH y DPI en particular) en la protección de las mujeres contra la violencia basada en el género en conflictos armados.

Así, aunque la CEDAW no hace referencia expresamente a la violencia contra la mujer, el Comité CEDAW ha establecido que "la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre" (1992, párr. 1). Ello se reafirma también en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993, que establece que "la aplicación efectiva de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer contribuiría a eliminar la violencia contra la mujer y que la declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, enunciada en la presente resolución, reforzaría y complementaría ese proceso" (párrafo 3 del preámbulo) y, además, señala la preocupación por "el hecho de que algunos grupos de mujeres, como por ejemplo […] las mujeres en situaciones de conflicto armado son particularmente vulnerables a la violencia" (párrafo 7 del preámbulo).

Ahora bien, el Comité CEDAW ha tenido la oportunidad de pronunciarse en su Recomendación General No. 30 (2013) respecto a la protección de los derechos de las mujeres en la prevención de conflictos, situaciones de conflicto armado y postconflicto, con el objetivo de "proporcionar una orientación autorizada a los Estados partes sobre medidas legislativas y de políticas y otras medidas apropiadas para garantizar el cumplimiento pleno de sus obligaciones en virtud de la Convención de proteger, respetar y ejercer los derechos humanos de la mujer" (2013, párr. 1).

En esta medida, el Comité emitió una serie de recomendaciones para la protección de los derechos de las mujeres en los contextos de conflicto armado y post conflicto en torno a las siguientes áreas temáticas (2013, párrs. 34-81): violencia por razón de género, a partir de los arts. 1, 2, 3 y 5 de la CEDAW; la trata de personas, sobre la base del art. 6 de la CEDAW; la participación, a partir de los arts. 7 y 8 de la CEDAW; el acceso a la educación, el empleo y la salud, y mujeres rurales, conforme a los arts. 10, 11, 12 y 14 de la CEDAW; el desplazamiento, personas refugiadas y solicitantes de asilo, en base a los arts. 1, 2, 3 y 15 de la CEDAW; la nacionalidad y apatridia, a partir de los arts. 1, 2, 3 y 9 de la CEDAW; el matrimonio y relaciones familiares, conforme a los arts. 15 y 16 de la CEDAW; la reforma del sector de la seguridad y desarme, desmovilización y reintegración, en base a los arts. 1, 2, 3, 5 a) y 7 de la CEDAW; la reforma constitucional y electoral, en base a los arts. 1, 2, 3, 4, 5 a), 7 y 15 de la CEDAW; y el acceso a la justicia, a partir de los arts. 1, 2, 3, 5 a) y 15 de la CEDAW.

Para ello, el Comité CEDAW reconoce que, en situaciones de conflictos armados, sean de carácter internacional o no internacional, "los derechos de la mujer están garantizados por un régimen de derecho internacional que consiste en protecciones complementarias en virtud de la Convención y del derecho internacional humanitario, de los refugiados y penal" (2013, párr. 19) y reafirma la aplicación conjunta, complementaria y no excluyente del DIDH y el DIH en estos contextos (2013, párr. 20). En particular, dispone lo siguiente:

> En las situaciones de conflicto y posteriores a conflictos, los Estados partes están obligados a aplicar la Convención y otras disposiciones de las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario cuando ejerzan la jurisdicción territorial o

> extraterritorial, ya sea de forma individual, por ejemplo, en acciones militares unilaterales, o en tanto que miembros de organizaciones o coaliciones internacionales o intergubernamentales, por ejemplo, como parte de una fuerza internacional de mantenimiento de la paz (CEDAW, 2013, párr. 9).

Asimismo, en materia de violencia sexual y por razón de género, el Comité CEDAW estableció que la obligación de prevenir, investigar y sancionar estos actos "se ve reforzada por el derecho penal internacional, incluida la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y mixtos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" (2013, párr. 23). Ello pues, como veremos en el siguiente acápite, bajo el DPI:

> […] la esclavitud en la trata de mujeres y niñas, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable pueden constituir crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o actos de tortura, o constituir actos de genocidio (CEDAW, 2013, párr. 23).

Cabe notar, además, que la recomendación también abordó la obligación de debida diligencia de los estados en relación con los actos de particulares y actores no estatales en zonas afectadas por conflictos armados (Comité CEDAW, 2013, párr. 3), reafirmando así que los actores no estatales tienen obligaciones bajo el DIDH y el DIH (Comité CEDAW, 2013, párr. 16) y resaltando que "las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario podrían entrañar responsabilidad penal individual, lo que incluye a los miembros y los líderes de los grupos armados no estatales así como a las empresas de servicios militares" (Comité CEDAW, 2013, párr. 16).

4.1.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

A nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la Convención de Belém do Pará constituye el instrumento más importante en materia de derechos de la mujer. Este tratado se centra en la violencia contra la mujer y regula, entre otros aspectos, lo siguiente:

> Establece -entre otras- la obligación de los Estados de adoptar políticas dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; actuar con diligencia para sancionar esta violencia y adoptar medidas progresivas de atención a las mujeres víctimas de violencia; también de adoptar programas de instrucción con fin de erradicar la violencia contra la mujer; menciona la necesidad de tener en cuenta la situación de vulnerabilidad que pueda sufrir la mujer en razón de su raza, condición étnica, migrante, refugiada o desplazada; o que esté embarazada, sea discapacitada, menor de edad, anciana o se encuentre en condición socioeconómica desfavorable; afectada por situaciones de conflicto armado o privada de su libertad; […] (Salvioli, 1996).

Asimismo, la Convención Belém do Pará regula en sus artículos 10, 11 y 12 los mecanismos de protección aplicables, los cuales incluyen a la Comisión Interamericana de Mujeres, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Debemos resaltar que, en virtud de su artículo 12, se habilita la presentación de denuncias o quejas individuales sobre la violación del artículo 7 de la Convención Belém do Pará, las cuales seguirán el procedimiento establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Ello ha permitido que el SIDH desarrolle una amplia jurisprudencia en materia de violencia, en particular violencia sexual, contra mujeres y niñas, incluyendo en situaciones de conflictos armados. En las siguientes líneas, presentamos algunos casos en los que la Corte IDH se ha pronunciado sobre la protección de los derechos de las mujeres en estos contextos.

Así, en el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, la Corte IDH tomó en consideración que "las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres" (2006, párr. 223). Asimismo, señaló que la violencia sexual en muchas ocasiones es utilizada como "un medio simbólico para humillar a la parte contraria" (Corte IDH, 2006, párr. 223) y como "un medio de castigo y represión" (Corte IDH, 2006, párr. 224). En esta medida, la Corte IDH sostuvo que "la utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres en un conflicto interno, además de afectarles a ellas de forma directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección" (2006, párr. 224).

Adicionalmente, siguiendo la jurisprudencia del TPIR en el caso Akayesu, la Corte IDH concluyó que los siguientes actos constituían una violación del artículo 5 (integridad personal) de la CADH: la desnudez forzada, la "inspección" vaginal con los dedos, el no permitir que las mujeres privadas de libertad en el penal puedan asearse o establecer que deben estar acompañadas de un guardia armado para usar los servicios sanitarios (sin posibilidad de cerrar la puerta y siendo apuntadas con el arma mientras utilizaban los servicios), entre otros (2006,

párr. 306). En particular, estableció que los actos de "inspección vaginal dactilar" constituían una violación sexual y que, por sus características, configuraba no solo una vulneración del derecho a la integridad sino además una violación a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Corte IDH, 2006, párrs. 309-313).

Posteriormente, la Corte IDH abordó nuevamente la problemática de la violencia sexual en conflicto armado en el caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. En este caso, la Corte estableció que "durante y de modo previo a las mencionadas masacres u "operaciones de tierra arrasada", miembros de las fuerzas de seguridad del Estado perpetraron violaciones sexuales masivas o indiscriminadas y públicas, acompañadas en ocasiones de la muerte de mujeres embarazadas y de la inducción de abortos" (2012a, párr. 59), práctica que en el caso concreto "estaba dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual" (2012a, párr. 59).

En su sentencia, la Corte IDH precisó que la violación sexual vulnera tanto el derecho a la integridad (art. 5 CADH) como el derecho a la protección de la vida privada (art. 11 CADH). Respecto al primero, la Corte estableció que "es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas" (2012a, párr. 132), reconociendo tanto las consecuencias físicas como las psicológicas y sociales. Además, reiteró que la violación sexual también puede constituir tortura (Corte IDH, 2012a, párr. 132; noción que también fue reiterada en Corte IDH, 2012b, párr. 273). Respecto al segundo, tras afirmar que el artículo 11 contiene la protección de la vida privada, la Corte IDH sostuvo que esa última incluye la vida sexual (2012a, párr. 133).

Luego, en los casos J vs. Perú y Espinoza Gonzáles vs. Perú, la Corte IDH tuvo la ocasión de pronunciarse nuevamente sobre la violencia sexual sufrida por mujeres privadas de libertad en relación con el conflicto armado (2013 y 2014 respectivamente). Así, la Corte reiteró que "la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que, además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno" (2014, párr. 191), por lo que también constituyen violencia sexual los chantajes sexuales, abusos sexuales, manoseos o acoso sexual (2013, párr. 316; 2014, párr. 194).

Cabe destacar que, en el caso J vs. Perú, el análisis de la Corte IDH consideró no solo la violación de las disposiciones de la CADH y de la Convención Interamericana contra la Tortura, sino también del "deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer" previsto en el artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará, en tanto no se había iniciado una investigación de oficio sobre los actos de manoseos sexuales. En esta medida, la Corte IDH advirtió que, en virtud a la debida diligencia, "es necesario que los Estados garanticen que sus legislaciones internas no impongan condiciones diferenciadas para la investigación de agresiones a la integridad personal de índole sexual" (2013, párr. 350). Igualmente, reiteró que, cuando existen razones fundadas para creer que se ha cometido un acto de tortura o malos tratos, "el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole" (Corte IDH, 2013, párr. 350). Además, señaló que en la investigación de casos de violencia sexual se debe "intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido", por lo que "no resulta razonable exigir que las víctimas de violencia sexual deban reiterar en cada una de sus declaraciones o cada vez que se dirijan a las autoridades los mencionados maltratos de naturaleza sexual" (Corte IDH, 2013, párr. 351). Asimismo, a partir de la obligación de realizar una investigación seria, imparcial y efectiva, se deriva que "el inicio de la investigación no puede estar condicionado por quien realiza la denuncia ni por la creencia de las autoridades, antes de iniciar la investigación, de que las alegaciones realizadas son falsas" (Corte IDH, 2013, párr. 352).

Finalmente, destacamos que en el caso Yarce y otras vs. Colombia, la Corte IDH pudo pronunciarse sobre el impacto diferenciado del desplazamiento forzado y los deberes estatales para con las personas en situación de desplazamiento. En este sentido, señaló lo siguiente al analizar el impacto del desplazamiento en las mujeres en el contexto del conflicto armado no internacional en Colombia:

> En cuanto al impacto particular referido, la Corte observa que del contexto acreditado se desprende que el desplazamiento forzado en Colombia tuvo afectaciones diferenciadas o desproporcionadas sobre las mujeres en razón de su género. Dicha circunstancia fue documentada por diversos organismos internacionales, los cuales identificaron que las mujeres no solamente eran el mayor grupo poblacional desplazado, sino que también

> afrontaban de modo "exacerbad[o]" las "dificultades" propias del desplazamiento o, en palabras de la Corte Constitucional colombiana, las mayores "durezas" del fenómeno. La misma Corte Constitucional colombiana declaró que la violencia derivada del conflicto armado tenía un impacto diferenciado y agudizado para las mujeres, que como consecuencia de dicho impacto se vieron afectadas desproporcionadamente por el desplazamiento forzado. Este impacto se vio traducido en la profundización de distintos patrones de discriminación y violencia de género, incluyendo la violencia contra mujeres lideresas. Destacó la existencia de una "exposición y una vulnerabilidad inusitadamente altas" debido a "peligros de toda índole" para las mujeres que se encontraban desplazadas. Sumado a ello, la Corte Constitucional identificó diversos problemas específicos de las mujeres desplazadas, como las dificultades ante el sistema oficial de registro de población desplazada, así como los obstáculos para acceder al sistema de atención para la población desplazada. Este Tribunal asume que el desplazamiento de las señoras Naranjo, Rúa, Ospina y Mosquera, insertándose en la situación descrita, tuvo un impacto particular sobre ellas vinculado con su género. A raíz de su desplazamiento, se enfrentaron a una situación de vulnerabilidad agravada. Igualmente, consta de los hechos del presente caso, las dificultades que las señoras tuvieron para acceder a los sistemas estatales para población desplazada. La Corte, debido a las particularidades del desplazamiento forzado de mujeres, reconoce dichas circunstancias (Corte IDH, 2016, párr. 243).

Asimismo, la Corte IDH reiteró que el Estado tiene una serie de deberes que se activan una vez que toma conocimiento de la situación de desplazamiento (2016, párr. 239). Estas obligaciones incluyen el deber de adoptar "medidas tendientes a proveer las condiciones necesarias para un retorno digno y seguro a su lugar de residencia habitual o su reasentamiento voluntario", así como el "deber de dar participación a las personas desplazadas, al diseñar e implementar esas medidas" (Corte IDH, 2016, párr. 239). Adicionalmente, la Corte IDH estableció que el deber de protección de la propiedad privada debe ser evaluado a través de la obligación de debida diligencia, por lo que, una vez que el Estado tiene conocimiento del desplazamiento y el abandono de las viviendas y enseres en su interior, este se encuentra obligado a adoptar las medidas necesarias para proteger los bienes de las personas desplazadas, de ser el caso, y facilitar mecanismos para la obtención de una vivienda adecuada (2016, párrs. 258-261).

Como se ha observado, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha tomado en consideración la situación de vulnerabilidad de las mujeres en conflictos armados y el impacto diferenciado sobre ellas, en particular respecto a la violencia sexual y al desplazamiento. Consideramos que estos aportes permiten reforzar la protección de las mujeres, especialmente en conflictos armados no internacionales, desarrollando aspectos que se encuentran poco regulados en el DIH, como la prohibición de la violencia sexual, el deber de investigar estas conductas y la aplicación del principio de debida diligencia, y la protección de las mujeres en situación de desplazamiento.

4.2. Derecho Penal Internacional

Como se mencionó en la sección 3.1.d, al analizar las normas del DIH, no existe una referencia expresa a las afectaciones en razón del género en el listado de infracciones graves contenido en los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I. Esto ha sido bastante criticado pues refleja la insuficiente gravedad que se otorgaba a estas afectaciones al momento de la adopción de estos instrumentos (Bennoune, 2007, p. 383). Sin embargo, a través de una interpretación progresiva de las normas del DIH, fue posible afirmar la prohibición de actos de tortura y aquellos que ocasionen graves sufrimientos o afectaciones al cuerpo o salud de las mujeres, incluyendo las diversas formas de violencia sexual (Bennoune, 2007, p. 838). Estos avances fueron posibles gracias a la labor de los tribunales penales internacionales, como señala Mantilla:

> A nivel internacional, la regulación de la violencia sexual se da fundamentalmente en el marco de los conflictos armados a partir de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia en 1993 ("violación sexual como crimen de lesa humanidad") y Rwanda en 1994 ("violación sexual como crimen de guerra"), así como con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en 1998, ya que estos crímenes no fueron incluidos en la definición de crímenes de guerra ni de lesa humanidad de la Carta de Núremberg. En la jurisprudencia de estos tribunales, la violencia sexual fue considerada como un crimen de lesa humanidad, una forma de tortura y, además, permitió judicializar casos de esclavitud sexual y desnudo forzado, principalmente. Adicionalmente, se dejó de considerar la violencia sexual como un daño colateral a los conflictos armados y se le calificó como una estrategia utilizada para aterrorizar a la población (2019, p. 90).

Consideramos que el análisis de las contribuciones del Derecho Penal Internacional a la protección de las mujeres en situaciones de conflicto armado, se debe realizar en torno a dos aspectos fundamentales: la evolución de la tipificación de los crímenes de violencia sexual y basada en el género, y la interpretación que han realizado los tribunales penales internacionales en sus decisiones judiciales. Para ello, nos centraremos en los estatutos

y jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia (TPIY), el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), y la Corte Penal Internacional (CPI).

4.2.1. La tipificación de los crímenes de violencia sexual y de género: el paso de la prohibición implícita a la prohibición expresa

La persecución de los actos de violencia sexual y de género como actos constitutivos de crímenes internacionales en sí mismos ha sido un reflejo de la evolución de la comprensión sobre estos fenómenos, particularmente en contextos de conflicto armado. Así, los primeros tribunales internacionales creados luego de la Segunda Guerra Mundial, es decir, los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y de Tokio, no juzgaron los crímenes de violencia sexual cometidos en el marco del conflicto; aunque los procesos penales que se iniciaron subsecuentemente en Alemania y Japón sí procesaron de expresa la violación sexual, aunque con relación a otros crímenes y de forma limitada (Núñez del Prado, 2012, pp. 23-24). A ello se aúna el hecho que los Estatutos de ambos tribunales no contenían referencia expresa a la violación sexual u otras formas de violencia sexual.

Es recién en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales Ad Hoc (el Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia (TPIY) y el TPIR) que se observa la tipificación expresa de estas conductas, adoptados en 1993 y 1994 respectivamente. En ambos casos, se incluye la violación sexual como un acto constitutivo de crímenes de lesa humanidad (art. 5.g) del Estatuto del TPIY y art. 3.g) del Estatuto del TPIR), mientras que solo el Estatuto del TPIR contenía expresamente actos de violencia sexual, específicamente la violación y la prostitución forzada, dentro del tipo penal de "ultrajes a la dignidad personal" como crímenes de guerra (art. 4.e).

En esta medida, se puede observar un avance hacia el reconocimiento expreso de la violencia sexual como una modalidad de comisión de crímenes internacionales, aunque solo respecto a un número limitado de actos de violencia sexual y principalmente bajo la figura de crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, como veremos más adelante, esta limitación es superada por la jurisprudencia de ambos tribunales, que amplía la protección a través de la interpretación de la prohibición implícita de la violencia sexual en otras disposiciones, y estableciendo que la violencia sexual podía constituir tantos crímenes de lesa humanidad cromo crímenes de guerra y genocidio.

Este desarrollo fue recogido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en 1998. De este modo, el artículo 7 tipifica expresamente los siguientes actos de violencia sexual y de género como crímenes de lesa humanidad: "Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable" (art. 7.1.g) del Estatuto de Roma). Asimismo, establece que el crimen de lesa humanidad de persecución puede darse en relación a motivos de género (art. 7.1.h) del Estatuto de Roma). Adicionalmente, el artículo 8 del Estatuto de Roma establece que "cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, […], esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual" constituye un crimen de guerra tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales (*véase* art. 8 incisos 2.b.xxii y 2.e.vi).

Estas disposiciones se ven reforzadas en otros documentos que complementan su interpretación y aplicación. Así, los Elementos de los Crímenes, documento que complementa el Estatuto de Roma, desarrolla los elementos materiales y subjetivos de cada una de estas conductas e, inclusive, hace referencia a actos de violencia sexual al desarrollar los elementos de los actos constitutivos del crimen de genocidio (*véanse* los elementos del genocidio mediante lesión grave a la integridad física o mental). Además, a nivel de la Fiscalía de la CPI, se adoptó un Documento de Política sobre Crímenes Sexuales y Basados en el Género en el 2014. Este documento constituye el primero de su tipo a nivel de tribunales internacional y contribuye a aclarar la interpretación del término "género", la aproximación de la Fiscalía al concepto de crímenes basados en el género, y el recurso al DIDH para aplicar e interpretar la definición de género (Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) y Women's Initiatives for Gender Justice (WIGJ), 2021, pp. 6-7).

Como se observa, la tipificación de la violencia sexual y de género como formas constitutivas de crímenes internacionales ha pasado de una prohibición implícita a una prohibición expresa. Inclusive, esta última se ha ido ampliando para reflejar diversas modalidades de violencia sexual y de género. Ello ha sido resultado de los desarrollos realizados por los Tribunales Penales Internacionales, así como de los avances en otras ramas como el DIDH.

4.2.2. Las contribuciones de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales

Como se mencionó anteriormente, los juicios de los Tribunales Militares Internacionales de

Nuremberg y de Tokio no incluyeron los crímenes de violencia sexual cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, por lo que se tuvo que esperar hasta la década de los 90 para tener los primeros pronunciamientos de Tribunales Penales Internacionales sobre la materia. Como señala Núñez del Prado:

> Los [Tribunales Penales Internacionales] lograron incluir a la violación y otros actos de violencia sexual dentro de las figuras del genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra no solo bajo la modalidad de violación, sino también como tortura, exterminio, ultrajes contra la dignidad personal, lesiones graves físicas y mentales, persecución y esclavitud. Esto determinó un avance muy importante en el tema de la violencia sexual, pues se reconoció la existencia de distintas formas de violencia sexual como crímenes internacionales (2012, p. 29).

Para comprender cómo se hizo posible esta ampliación en la persecución de crímenes de violencia sexual, daremos una breve mirada al caso Akayesu del TPIR, al cual ya nos hemos referido en la sección 3.1.d, así como a los casos Furundzija, y Kunarac y otros (Foča) del TPIY. Esto debido a que son los que "elaboran por primera vez la definición de violación sexual como crimen internacional" (Núñez del Prado, 2012, p. 27), además de abordar otras formas de violencia sexual como la desnudez forzada y la esclavitud sexual.

En el caso Akayesu, el TPIR analizó actos de violación sexual y desnudez forzada cometidos contra mujeres que se habían visto desplazadas buscando refugio (TPIR, 1998, párrs. 10A y 12A). En este contexto, el TPIR se pronunció sobre la definición de violación y de violencia sexual, así como sobre la interpretación del elemento coercitivo en ambas definiciones (1998, párr. 688; *véase* sección 3.1.d supra). Además, estableció que la violación sexual también podía constituir una forma de tortura (TPIR, 1998, párr. 597).

Asimismo, el TPIR estableció que la violencia sexual podía calificar como genocidio, crimen de lesa humanidad o crimen de guerra. En efecto, dispuso que la violencia sexual caía dentro del ámbito del crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos, el crimen de guerra de ultrajes a la dignidad personal y el crimen de genocidio de lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo (TPIR, 1998, párrs. 688 y 731). Adicionalmente, afirmó que la modalidad de medidas destinadas a prevenir nacimientos al interior del grupo comprende tanto medidas físicas como psicológicas, incluyendo la mutilación sexual, la esterilización, medidas de control de natalidad forzadas, la separación de sexos, la prohibición de matrimonios e, incluso, el embarazo forzado en sociedades que consideran que la pertenencia al grupo es determinada por el padre (TPIR, 1998, párrs. 507-508).

Al respecto, coincidimos con Núñez del Prado en que "esta sentencia tuvo un valor jurídico monumental", pues "fue la primera sentencia en la historia donde se consideró a la violación y otras formas de violencia sexual como crímenes de genocidio" (2012, p. 27).

Por su parte, en el caso Furundžija, el TPIY examinó la violencia sexual a la que fue sometida una mujer civil detenida durante el transcurso de su interrogatorio, incluyendo desnudez forzada, agresiones sexuales y violación (1998, párrs. 38 y 45-46). En este caso, el TPIY debió pronunciarse sobre los cargos de crímenes de guerra de tortura y ultrajes a la dignidad personal (TPIY, 1998, párr. 38).

En su sentencia, el TPIY reafirmó que la violación y otras agresiones sexuales en conflictos armados acarrean la responsabilidad penal de los perpetradores (1998, párr. 169) y que la violación podía constituir un crimen de lesa humanidad, crimen de guerra o de genocidio, si cumple con los elementos requeridos (1998, párr. 172). En particular, el TPIY estableció los elementos objetivos del crimen de violación sexual (1998, párr. 186) y analizó cómo la violencia sexual ejercida en el caso cumplía con los elementos de tortura, al comprobarse tanto ataques físicos como amenazas de lesiones graves que ocasionaron severos sufrimientos físicos y mentales, realizados con el propósito de obtener información (1998, párrs. 264-267).

Posteriormente, en el caso Kunarac, Kovac y Vikovic (conocido también como caso Foča), el TPIY se pronunció sobre cargos de tortura, violación sexual y esclavitud sexual cometidos contra mujeres detenidas, quienes eran regularmente violadas en los centros de detención y en apartamentos y casas a las que eran llevadas a servir (2001, párr. 574).

En su decisión, el TPIY reiteró los elementos objetivos del crimen de violación establecidos en el caso Furundžija y desarrolló a mayor detalle el requisito de la falta de consentimiento (2001, párrs. 438-440). Así, determinó que el crimen de violación sexual tenía como principio básico común la penalización de las graves violaciones a la autonomía sexual (TPIY, 2001, párr. 457) e identificó tres categorías de factores al respecto: el uso de la fuerza o la amenaza de uso de la fuerza contra la víctima o un tercero, el uso de la fuerza o la presencia de circunstancias que hacen que la víctima se

encuentre particularmente vulnerable o niegan su habilidad para hacer un rechazo informado, o que no haya consentimiento de la víctima (TPIY, 2001, párr. 442).

Adicionalmente, el TPIY estableció una definición general de ultrajes contra la dignidad personal (2001, párr. 507), así como los elementos materiales del crimen de lesa humanidad de esclavitud, enfocándose particularmente en los cargos de esclavitud relativos al trato de mujeres y niños y las alegaciones de trabajos o servicios forzados (2001, párr. 516). En este sentido, estableció que el crimen de esclavitud requería el ejercicio de uno o todos los poderes de propiedad sobre una persona con la intención de ejercer tales poderes (TPIY, 2001, párrs. 539-540). Asimismo, identificó algunos indicios de esclavitud, incluyendo la explotación, los trabajos o servicios forzados, el sexo, la prostitución y la trata de personas (TPIY, 2001, párr. 542).

A partir de este desarrollo jurisprudencial, es posible afirmar que la violencia sexual en conflictos armados puede constituir o formar parte de diferentes crímenes (Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas, 2010, párr. 54). Así, se judicializado la violencia sexual de la siguiente manera: (i) violación sexual como el crimen de lesa humanidad y el crimen de guerra de violación sexual; (ii) violación sexual como el crimen de lesa humanidad y el crimen de guerra de tortura; (iii) violación y otras formas de violencia sexual como genocidio, constituyendo actos que ocasionan lesiones graves a la integridad física o mental; (iv) violación y otras formas de violencia sexual como los crímenes de guerra de persecución y esclavitud; y, (v) violencia sexual como los crímenes de guerra de ultrajes contra la dignidad personas y tratos inhumanos (Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas, 2010, párr. 54). Como se observa, la persecución de crímenes de violencia sexual se ha dado principalmente a través de la prohibición implícita, debido a que no se contaba con tipos penales expresos.

Ahora bien, para culminar el análisis de las contribuciones de los Tribunales Penales Internacionales miraremos la jurisprudencia de la CPI. En sus 19 años de funcionamiento, la CPI ha tenido la oportunidad de abordar conductas constitutivas de crímenes sexuales y de género en las diversas etapas del procedimiento, desde exámenes preliminares hasta las situaciones bajo investigación y casos individualizados (*véase*, FIDH y WIGJ, 2021, pp. 8-10).

Si bien la CPI ha tenido desarrollos jurisprudenciales muy importantes en los casos Ntaganda y Ongwen, que veremos a continuación, su labor no ha estado exenta de críticas y retrocesos en otros casos. Como resume Reyes:

> Esto se ha debido a situaciones como falta de presentación de cargos de violencia sexual por parte de la Fiscalía, como en el caso Lubanga; cargos presentados pero no confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares, como en los casos Katanga, y Ngudjolo; cargos confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares pero luego retirados por la Fiscalía, como en el caso Kenyatta, y el caso Muthaura; y cargos confirmados pero que no llevaron a condenas (sea por absoluciones, o porque los acusados fueron condenados por otros cargos), como en el caso Katanga, el caso Ngudjolo Chui, el caso Bemba, y, más recientemente, el caso Gbagbo y Blé Goudé (2019).

En este contexto, el caso Ntaganda constituye un hito por ser la primera condena definitiva por crímenes sexuales y de género por la CPI, incluyendo los cargos sin precedente relacionados con la violencia sexual intrafilas. En efecto, este caso representa la primera vez que en la CPI "a senior military figure has been charged with acts of rape and sexual slavery committed against child soldiers within his own militia group" (FIDH y WIGJ, 2021, p. 12).

Al pronunciarse sobre la apelación de la defensa de Ntaganda en contra de la confirmación de cargos de violencia sexual intrafilas -que alegaba que este crimen de guerra sólo podía ser cometido contra "personas protegidas", es decir, personas que no participan o han dejado de participar directamente en las hostilidades- la Sala de Apelaciones de la CPI reafirmó que los actos de violación sexual y esclavitud sexual cometidos por miembros de un grupo armado en contra de otros miembros del mismo grupo armado sí podían constituir crímenes de guerra. Para ello, consideró que el DIH no contiene una regla general que excluya categóricamente a miembros de un grupo armado de la protección contra crímenes cometidos por los miembros de ese grupo (CPI, 2017, párr. 63) y que, si bien las normas del DIH respecto a la prohibición de violación sexual y esclavitud sexual aparecen generalmente en relación con civiles y personas fuera de combate en poder de la parte contraria, ello no significa que estas disposiciones expresas establezcan límites respecto a quienes pueden ser víctimas de estas conductas (CPI, 2017, párr. 64). Siguiendo esta línea, la Sala de Apelaciones de la CPI estableció que:

> In the absence of any general rule excluding members of armed forces from protection

> against violations by members of the same armed force, there is no ground for assuming the existence of such a rule specifically for the crimes of rape or sexual slavery (2017, párr. 65).

Adicionalmente, respecto a las preocupaciones sobre una posible extension indebida del ámbito de los crímenes de guerra, la Sala de Apelaciones de la CPI aclaró que "it is this nexus requirement, and not the purported Status Requirement [de la víctima], that sufficiently and appropriately delineates war crimes from ordinary crimes" por lo que "any undue expansion of the reach of the law of war crimes can be effectively prevented by a rigorous application of the nexus requirement" (2017, párrs. 67-68). Ello fue reiterado en la Sentencia de Primera Instancia (CPI, 2019, párr. 965).

Por tanto, la Sala de Primera Instancia realizó un análisis sobre el nexo o relación con el conflicto de la violencia sexual intrafilas conforme a los hechos del caso para poder determinar la configuración de estos crímenes. Así, primero, la Sala de Primera Instancia señaló que los abusos sexuales al interior de fuerzas armadas pueden o no tener lugar en tiempos en que la fuerza armada relevante es parte de un conflicto armado, y pueden o no tener lugar en el contexto de o estar asociadas a tal conflicto armado (CPI, 2019, párr. 984). En segundo lugar, consideró que el requisito del nexo se encontraba presente en este caso, pues las violaciones sexuales y esclavitud sexual a las que fueron sometidas las niñas fueron realizadas durante el entrenamiento en uno de los campamentos del grupo armado, así como durante la asignación de las niñas como escolta de un comandante del grupo armado, todo ello dentro del período en el que el grupo armado estaba activamente involucrado en operaciones militares y enfrentamientos con otros actores armados (CPI, 2019, párr. 984).

Además, en el caso Ntaganda, la CPI tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el posible concurso de delitos entre el crimen de violación y el crimen de esclavitud sexual, pues los hallazgos sobre uno de los elementos de la esclavitud sexual se basaban en la comprobación de los actos de violación sexual. Al respecto, la Sala de Primera Instancia estableció que el requisito de actos de naturaleza sexual para la configuración del crimen de esclavitud sexual no requiere que haya penetración, a diferencia del tipo penal de violación sexual (CPI, 2019, párr. 1204). Por otro lado, el crimen de esclavitud sexual requiere que el autor ejerza una o todas las potestades del derecho de propiedad sobre la víctima, elemento que no es requerido para la configuración del crimen de violación (CPI, 2019, párr. 1204). Por lo tanto, es posible sentenciar ambos crímenes aun cuando se basen en la misma conducta subyacente.

Al caso Ntaganda, le sigue la jurisprudencia de la CPI en el caso Ongwen. Este último se trata de la primera vez que la CPI se pronuncia sobre los cargos de matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad de actos inhumanos, así como la primera vez que un Tribunal Penal Internacional juzga el crimen de embarazo forzado (FIDH y WIGJ, p. 13). En esta medida, el caso Ongwen constituye un importante avance en el juzgamiento de la violencia sexual y de género cometida en contextos de conflictos armados.

En cuanto al crimen de matrimonio forzado, la CPI estableció que el elemento central de este crimen era la imposición del estatus de matrimonio sobre la víctima, sin tomar en cuenta su voluntad, incluyendo la imposición de los deberes asociados al matrimonio y el estigma social que puede conllevar (2021, párr. 2748). En este sentido, tal estatus tiene efectos sociales, éticos e incluso religiosos, los cuales tienen un serio impacto en el bienestar físico y psicológico de la víctima (CPI, 2021, párr. 2748). Además, la CPI determinó que el matrimonio forzado constituye un crimen de carácter continuado, cubriendo todo el período que dure la relación conyugal forzada (2021, párr. 2752).

Asimismo, precisó que, aun cuando la conducta podría calzar en uno o más de los otros crímenes previstos bajo el artículo 7 del Estatuto de Roma, ello no impedía a la Sala alcanzar también una condena por actos inhumanos si el alcance total de la conducta no se encuentra reflejado en los otros crímenes (CPI, 2021, párr. 2747). Este es el caso respecto al crimen de matrimonio forzado, cuya conducta subyacente e impacto en las víctimas no se ve totalmente recogido en otros crímenes como la violación sexual y esclavitud sexual (CPI, 2021, párr. 2750).

En relación al embarazo forzado, la CPI afirmó que este crimen encuentra su fundamento en los derechos de las mujeres a su autonomía personal y reproductiva, así como el derecho a la familia (2021, párr. 2717). Este crimen se configura cuando el autor confina a una o más mujeres que han sido forzosamente embarazadas (CPI, 2021, párr. 2723). A estos efectos, la concepción forzada puede ocurrir antes o durante el confinamiento ilegal de la mujer y no se requiere que el autor la haya embarazado personalmente, siendo suficiente que haya confinado a una mujer que fue embarazada forzosamente por otra persona (CPI, 2021, párr. 2723). Asimismo, se entiende que el embarazo es forzado cuando se realiza por medio de la fuerza, amenaza a

la fuerza o coerción, lo que incluye no solo la violencia física sino también la psicológica y los contextos coercitivos, o cuando la mujer embarazada no se encontraba en capacidad de dar un consentimiento genuino (CPI, 2021, párr. 2725). Además, debe entenderse que el requisito de confinamiento ilegal se cumple cuando se ha restringido el movimiento físico de la mujer en forma contraria al Derecho Internacional (CPI, 2021, párr. 2724).

Finalmente, en este caso la CPI también tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el posible concurso de delitos entre la violación y la esclavitud sexual (*véase,* CPI, 2021, párr. 3037) y sobre el posible concurso entre el crimen de esclavitud y la esclavitud sexual (*véase,* CPI, 2021, párr. 3051).

Como se ha observado, consideramos que el DPI ha tenido importantes contribuciones a la protección de las mujeres frente a crímenes de violencia sexual y de género, particularmente aquellos cometidos en conflictos armados. Desde las primeras sentencias de los Tribunales Penales Internacionales Ad Hoc que afirmaron la prohibición tanto expresa como implícita de la violencia sexual y cómo esta podía constituir crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, hasta las más recientes decisiones de la CPI que se han pronunciado sobre fenómenos como la violencia sexual intrafilas, los matrimonios forzados y el embarazo forzado, es posible afirmar que "international criminal courts can indeed promote progressive, creative interpretations of IHL's key texts" (Bennoune, 2007, p. 386). Y, a nivel más general, los Tribunales Penales Internacionales pueden promover avances en la penalización de la violencia sexual y de género, aun cuando estas se dan fuera de un conflicto armado o, dándose en el marco de un conflicto, cumplen con los elementos no solo de crímenes de guerra sino también de crímenes de lesa humanidad y/o de genocidio.

4.3. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y la agenda de mujeres, paz y seguridad

Por último, es preciso tomar en cuenta los desarrollos realizados por el Consejo de Seguridad a través de las diversas resoluciones que forman parte de su agenda sobre mujeres, paz y seguridad, que inició con la adopción de la Resolución 1325 (2000). Esta resolución ha sido "uno de los logros cumbre del movimiento mundial de las mujeres y una de las decisiones más notables del Consejo" (Espinosa, 2020). En efecto, la resolución no solo reconoce los efectos de los conflictos armados sobre mujeres y niñas, sino que también "se reafirma el importante papel que estas desempeñan para alcanzar la paz y la seguridad, al tiempo que se abordan cuatro pilares interrelacionados: la participación, la protección, la prevención, y el socorro y la recuperación" (Espinosa, 2020).

En dicha resolución, el CSNU reafirmó la necesidad de una aplicación plena del DIH y DIDH para la protección de las mujeres y niñas durante y después de conflictos armados (2000, preámbulo). En particular, indicó lo siguiente:

> Exhorta a todas las partes en un conflicto armado a que respeten plenamente el derecho internacional aplicable a los derechos y a la protección de las mujeres y niñas, especialmente en tanto que civiles, en particular las obligaciones correspondientes en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, la Convención sobre los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 y su Protocolo Facultativo de 1999 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y sus dos Protocolos Facultativos de 25 de mayo de 2000, y a que tengan presentes las disposiciones pertinentes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CSNU, 2000, párr. 9).

Adicionalmente, la Resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad aborda algunas medidas específicas que las partes en conflicto y otros actores involucrados deben implementar, tales como: medidas especiales para la protección de las mujeres y niñas frente a la violencia basada en género, incluyendo la violencia sexual (párr. 10); la obligación de enjuiciar a los responsables de crímenes internacionales contra mujeres y niñas, especialmente los crímenes de violencia sexual y de otro tipo en su contra (párr. 11); el respeto a los campamentos y asentamientos de personas refugiadas, así como la necesidad de tomar en consideración las necesidades especiales de niñas y mujeres (párr. 12); tomar en cuenta las diferentes necesidades de ex combatientes según su género y las necesidades de sus familias al planificar el desarme, desmovilización y reintegración (párr. 13); y la necesidad de tomar en cuenta las posibles efectos sobre la población civil, incluyendo las necesidades especiales de mujeres y niñas, cuando se adopten medidas bajo el artículo 41 de la Carta de Naciones Unidas (párr. 14).

Al respecto, el Secretario General de las Naciones Unidas ha considerado que esta resolución "fue un hito histórico en la lucha contra la violencia contra la mujer en situaciones de conflicto armado", pues reconoce la necesidad de aplicar plenamente las normas que protegen los derechos de las mujeres y las niñas durante los conflictos armados, así como la necesidad de adoptar

medidas especiales para protegerlas de la violencia por razón de género en situaciones de conflicto armado y la obligación de los Estados de poner fin a la impunidad de estos crímenes (2006, párr. 37).

Cabe destacar, además, los lineamientos establecidos para la adopción de una perspectiva de género en la negociación y aplicación de acuerdos de paz, incluyendo el deber de tomar en cuenta las necesidades especiales de mujeres y niñas para efectos de la repatriación y reasentamiento, y de la rehabilitación, reintegración y reconstrucción post conflicto (CSNU, 2000, párr. 8.a). También se indicó la necesidad de incluir "medidas para apoyar las iniciativas de paz de las mujeres locales y los procesos autóctonos de solución de conflictos y para hacer participar a las mujeres en todos los mecanismos de aplicación de los acuerdos de paz" (CSNU, 2000, párr. 8.b) y "medidas que garanticen la protección y el respeto de los derechos humanos de las mujeres y las niñas, particularmente en lo relativo a la constitución, el sistema electoral, la policía y el sistema judicial" (CSNU, 2000, párr. 8.c).

Posteriormente, el Consejo de Seguridad ha adoptado 9 resoluciones adicionales sobre la materia: Resolución 1820 (2008), Resolución 1888 (2009), Resolución (2009), Resolución 1960 (2010), Resolución 2106 (2013), Resolución 2122 (2013), Resolución 2242 (2015), Resolución 2467 (2019) y Resolución 2493 (2019) (para un detalle de las disposiciones clave de las resoluciones y sus referencias al DIH, *véase* Klugman *et al.,* 2021, p. 12). En general, las resoluciones del CSNU bajo la agenda de mujeres, paz y seguridad han hecho repetidas referencias al DIH y han condenado la violencia contra mujeres y niñas como violaciones al DIH (Klugman *et al.,* 2021, p. 2).

A pesar de las contribuciones del Consejo de Seguridad a través de la agenda de mujeres, paz y seguridad, se critica que varias de las resoluciones bajo esta agenda han tendido a equiparar a las mujeres con las personas civiles y a referirse a ellas como víctimas, haciendo eco de la visión subyacente en las normas de DIH sobre las mujeres como sujetos que requieren protección (Klugman *et al.,* 2021, p. 11). No obstante, las resoluciones más recientes sí hacen referencia a las mujeres como actores de varios tipos (Klugman *et al.,* 2021, p. 11), aunque se limitan a sus roles como participantes en procesos de paz o miembros de misiones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas, dejando de lado su rol como combatientes (Klugman *et al.,* 2021, p. 13).

Adicionalmente, se ha señalado la persistencia de deficiencias en la implementación de la agenda de mujeres, paz y seguridad en los planos normativo y presupuestario. Espinosa indica que:

> […] solo el 41% de los Estados Miembros de las Naciones Unidas han aprobado un plan de acción nacional con respecto a la resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad, y solo el 22% de dichos planes incluía un presupuesto en el momento de su adopción (2020).

Se observa también una inclusión limitada de las mujeres y su papel en los diferentes temas bajo seguimiento del CSNU, a nivel de sus resoluciones en general:

> Menos del 20% de las resoluciones del Consejo de Seguridad de 2018 contenían referencias a la importancia de la mujer y a la necesidad de garantizar los derechos y las libertades fundamentales de la sociedad civil, los grupos de mujeres y las defensoras de los derechos humanos (Espinosa, 2020).

Por lo tanto, opinamos que la agenda de mujeres, paz y seguridad ha permitido el desarrollo de estándares relativos a la participación, protección, prevención, y socorro y recuperación a favor de las mujeres y niñas en relación a contextos de conflicto armado. Ello complementa los estándares desarrollados a nivel del DIDH y el DIH. No obstante, para lograr la efectividad de estos avances, es necesaria la adopción de medidas de implementación adecuadas. En esta línea, el Comité CEDAW ha reiterado "la necesidad de un enfoque concertado e integrado que ubique el cumplimiento del programa del Consejo de Seguridad sobre las mujeres, la paz y la seguridad en un marco más amplio de aplicación de la Convención y su Protocolo Facultativo" (2013, párr. 26); y ha recomendado la inclusión de información sobre la aplicación de esta agenda en el procedimiento de presentación de informes ante el Comité para "posibilitar la consolidación de la Convención y el programa del Consejo y, por lo tanto, ampliar, fortalecer y llevar a la práctica la igualdad entre los géneros" (2013, párr. 27). Esta retroalimentación, en nuestra opinión, fortalecería la protección de las mujeres en conflictos armados.

A manera de cierre, debe destacarse que abordar los derechos de las mujeres en conflictos armados desde esta mirada integral y comparativa permite reforzar su protección frente a los efectos de los conflictos, particularmente a través de procedimientos de ejecución (*enforcement procedures*) robustos (O'Rourke, 2020a, p. 11). Además, esta postura presenta la ventaja de abordar diferentes aristas relacionadas a

la situación las mujeres en conflictos armados, como señala O'Rourke:

> Principally, IHL engages directly with all belligerent actors in order to prevent WRAC [women's rights in armed conflict] violations, as well as engaging directly with victims of WRAC violations to address their legal and humanitarian needs, whilst also delivering ongoing humanitarian assistance to female civilians in conflict-settings. ICL has a singular focus on individual accountability for WRAC violations in the face of widespread impunity. Also positive is that the ICC demonstrates relative institutional openness to civil society. IHRL focuses on delivering state accountability for WRAC violations. In addition, across the case studies, human rights treaty-bodies performed best in drawing connections between conflict-related and ostensibly 'non-conflict' violations of women's rights in conflict-affected settings. IHRL is also particularly inclusive to civil society. The UNSC brought unique enforcement capacity to women's rights under international law, including sanctions, peacekeeping and the use of force (2020a, p. 6).

Si bien cada una de estas áreas (DIH, DIDH, DPI, CSNU) individualmente no se encuentran exentas de críticas o limitaciones (O'Rourke, 2020a, pp. 8-10), consideramos que un enfoque complementario y sistemático a la protección de las mujeres en el Derecho Internacional permite la superación de estas limitaciones y, por ende, una protección aumentada y más robusta.

5. Conclusiones

Las mujeres pueden tener diferentes roles en conflictos armados, desde civiles hasta miembros de las fuerzas armadas, y a su vez experimentan el impacto de los conflictos de una manera diferenciada a los hombres, en particular en lo referente a las formas que adopta la violencia contra la mujer. La violencia contra las mujeres en conflictos armados es producto de la magnificación en estos contextos de actitudes discriminatorias y prejuicios preexistentes sobre las mujeres. En esta medida, la violencia contra las mujeres adquiere diferentes manifestaciones, incluyendo, pero sin limitarse, a la violencia sexual. Esta última además es utilizada con diferentes propósitos que comprenden desde extraer información, destruir comunidades, forzar el desplazamiento de la población hasta recompensar a los actores armadas, entre otros. Ello requiere que el Derecho Internacional responda a estas realidades de una manera integral.

El Derecho Internacional Humanitario provee una protección general de acuerdo al estatus de las personas (civiles, combatientes, personas fuera de combate, entre otros) y, además, contiene una serie de normas específicas para la protección de las mujeres. Esta protección se enfoca en cuatro aspectos: el trato humano y la prohibición de distinciones desfavorables; la protección de mujeres privadas de libertad con relación al conflicto armado; la protección de mujeres embarazadas y madres de niños pequeños; y la protección frente a la violación sexual y otras formas de violencia sexual.

Esta regulación ha sido objeto de críticas, en particular respecto al énfasis en el estatus de víctimas de las mujeres y a la reducción de su protección principalmente a ciertas categorías como las mujeres privadas de libertad y las mujeres embarazadas y madres, así como respecto a la ausencia de una referencia expresa a la prohibición de violencia sexual en el listado de graves infracciones a los Convenios de Ginebra.

Ante ello, los nuevos comentarios a los Convenios de Ginebra abordan varias de las críticas que se han realizado a la protección de las mujeres en el ámbito del DIH, así como realizan un esfuerzo por reflejar la necesidad de tomar en consideración los impactos diferenciados de los conflictos armados en los hombres y mujeres, así como por atender las necesidades específicas de las mujeres.

Asimismo, la protección de las mujeres en contextos de conflictos armados ha sido complementada y desarrollada también desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Penal Internacional, y las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el marco de la agenda de mujeres, paz y seguridad.

Desde los derechos humanos, se ha abordado el impacto de los conflictos armados en diferentes derechos de las mujeres, como los derechos a la participación, educación, empleo, salud, nacionalidad, matrimonio y acceso a la justicia. Asimismo, se han establecido protecciones específicas frente a la trata de personas, en el marco del desplazamiento y refugio, y durante procesos de desarme, desmovilización y reintegración. En particular, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la violencia sexual en conflictos armados, el deber de debida diligencia en la prevención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer, y también ha desarrollado estándares respecto a la protección de las personas desplazadas.

Desde el Derecho Penal Internacional, se ha dado un extenso desarrollo de los crímenes de violencia sexual y de género. Ello se ha dado en dos niveles: de un lado, a

través del paso de una tipificación implícita a una tipificación expresa de estos crímenes, lo que ha permitido reflejar diversas modalidades de violencia sexual y de género constitutivas de crímenes internacionales; y de otro lado, por medio de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales. Precisamente, las decisiones de estos tribunales permitieron afianzar tanto la prohibición expresa como implícita de la violencia sexual y determinar cómo esta podía constituir crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio. Asimismo, las decisiones de la Corte Penal Internacional han sentado precedente en cuanto a la prohibición de la violencia sexual intrafilas, los matrimonios forzados y el embarazo forzado.

Por su parte, la agenda de mujeres, paz y seguridad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidad ha reafirmado el papel de las mujeres y niñas para alcanzar la paz y la seguridad y ha permitido avanzar estándares sobre participación, protección, prevención, y socorro y recuperación, enfocándose particularmente en contextos de negociación de paz y postconflicto.

En suma, una mirada integral a la protección de las mujeres en conflictos armados requiere abordar las diferentes áreas del Derecho Internacional que contienen disposiciones sobre la materia, desde una interpretación sistemática y complementaria, a fin de abordar diferentes las aristas relacionadas a la situación las mujeres en conflictos armados, desde sus diferentes roles hasta los impactos diferenciados de los conflictos armados.

Referencias bibliográficas

Asamblea General de Naciones Unidas. (1993, 20 de diciembre). Resolución 48/104. Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. 20 de diciembre de 1993.

Bennoune, K. (2007). Do We Need New International Law to Protect Women in Armed Conflict? *Case Western Reserve Journal of International Law*, *38*, 363-391.

Chinkin, C. (2015). Gender and Armed Conflict. En A. Clapham, P. Gaeta & M. Sassoli (eds.). *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*. Oxford University Press.

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2016). *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field.* https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2017). *Commentary on the Second Geneva Convention: Convention (II) for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*.

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2020). *Commentary on the Third Geneva Convention: Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War.*

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1992). Recomendación General 19. La violencia contra la mujer.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2013). Recomendación General 30 sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos.

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (1993, 25 de mayo). Resolución 827. *Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991*.

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (1994, 8 de noviembre). Resolución 955. *Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda.*

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (2000, 31 de octubre). Resolución 1325.

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (2008, 19 de junio). Resolución 1820.

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (2009, 30 de setiembre). Resolución 1888.

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (2009, 5 de octubre). Resolución 1889.

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (2010, 16 de diciembre). Resolución 1960.

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (2013, 24 de junio). Resolución 2106.

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (2013, 18 de octubre). Resolución 2122.

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (2015, 13 de octubre). Resolución 2242.

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (2019, 23 de abril). Resolución 2467.

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (2019, 29 de octubre). Resolución 2493.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (1969).

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). (1994).

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (1979).

Convenio de Ginebra I para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 1949. (1949, 12 de agosto). Comité Internacional de la Cruz Roja. https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-1-5tdkna.htm

Convenio de Ginebra II para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 1949. (1949, 12 de agosto). Comité Internacional de la Cruz Roja. htttps://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-2-5tdkwc.htm

Convenio de Ginebra III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949. (1949, 12 de agosto). Comité Internacional de la Cruz Roja. https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm

Convenio de Ginebra IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949. (1949, 12 de agosto). Comité Internacional de la Cruz Roja. https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, 25 de noviembre). Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, 4 de setiembre). Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, 20 de noviembre). Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala, Fondo Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013, 27 de noviembre). Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014, 20 de noviembre). Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016, 22 de noviembre). Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Internacional de Justicia. (1971, 21 de junio). Consecuencias Legales para los Estados de la Presencia Continua de Sudáfrica en Namibia. Resolución 276 (1970). *Del Consejo de Seguridad. Opinión Consultiva.*

Corte Penal Internacional. (2017, 15 de junio). Caso No. ICC-01/04-02/06 OA5 (Prosecutor v. Bosco Ntaganda). Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the "Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9".

Corte Penal Internacional. (2019, 8 de julio). Caso No. ICC-01/04-02/06 (Prosecutor v. Bosco Ntaganda). Judgement.

Corte Penal Internacional. (2021, 4 de febrero). Caso No. ICC-02/04-01/15 (Prosecutor v. Dominic Ongwen). Judgement.

Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas. (2010). Review of the Sexual Violence Eelements of the Judgements of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda, and the Special Court for Sierra Leone in the Light of Security Council Resolution 1820. https://www.icty.org/x/file/Outreach/sv_files/DPKO_report_sexual_violence.pdf

Durham, H. & O'Byrne, K. (2010). The dialogue of the difference: gender perspectives on international humanitarian law. *International Review of the Red Cross, 92*(877), 31–52.

Elementos de los Crímenes. (2002).

Espinosa, M. (2020, 18 de setiembre). *La paz es sinónimo de los derechos de la mujer.* Naciones Unidas. https://www.un.org/es/cr%C3%B3nica-onu/la-paz-es-sin%C3%B3nimo-de-los-derechos-de-la-mujer

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (1998).

Federación Internacional de Derechos Humanos y Women's Initiatives for Gender Justice. (2021). Accountability for sexual and gender-based crimes at the ICC: an analysis of Prosecutor Bensouda's legacy. https://www.fidh.org/IMG/pdf/cpiproc772ang-1.pdf

García, C. & Vilchez, L. (2021). La detención de personas en conflictos armados no internacionales: análisis desde la relación entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos. *Anuario Iberoamericano sobre Derecho Internacional Humanitario, 2*. https://www.unisabana.edu.co/programas/unidades-academicas/facultad-de-derecho-y-ciencias-politicas/anuariodih/articulos/articulos-segunda-edicion/la-detencion-de-personas-en-conflictos-armados-no-internacionales/

Henckaerts, J. & Doswald-Beck, L. (2007). *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen 1: normas.* Comité Internacional de la Cruz Roja.

Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field. (1863, 24 de abril). https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/110.

Klugman, J., Nagel, R., Revkin, M. & Stern, O. (2021). *Can the Women, Peace and Security Agenda and International Humanitarian Law Join Forces? Emerging findings and promising directions*. The Georgetown Institute for Women, Peace and Security. https://giwps.georgetown.edu/wp-content/uploads/2021/01/Can-WPS-and-IHL-Join-Forces.pdf

Mantilla, J. (2019). La violencia contra las mujeres y la debida diligencia del Estado: aportes para el caso de la violencia sexual. En C. Blanco y M. Reyes (coords.). *Reflexiones en torno al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional*. IUS ET VERITAS, 81-108.

Milanovic, M. (2014). *The lost origins of lex specialis: Rethinking the relationship between human rights and International Humanitarian Law*.

Núñez del Prado, F. (2012). Definiendo la violación sexual en el derecho internacional: la contribución de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc. *Agenda Internacional*, *19*(30), 21-44.

O'Rourke, C. (2020a). *Women's Rights in Armed Conflict under International Law*. PA-X Research Report. Political Settlements Research Programme of University of Edinburgh.

O'Rourke, C. (2020b*). Geneva Convention III Commentary: What Significance for Women's Rights?*. Justice Security.

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. (1977).

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. (1977).

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (1999).

Reyes, M. (2019). Avances (y retrocesos) jurisprudenciales en la labor de la Corte Penal Internacional a propósito de los 20 años de su creación (F., Novak, coord). *Cambios y transformaciones en el Derecho Internacional en el Siglo XXI. Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario.* Pontificia Universidad Católica del Perú.

Saldarriaga, G. (2019). Jurisdicción en el caso Ntaganda respecto a la violencia sexual como crimen de guerra cometido al interior de un grupo armado. En C. Blanco & M. Reyes (coords.), *Reflexiones en torno al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional*. IUS ET VERITAS, 207-230.

Salmón, E. (2016). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. IDEHPUCP/CICR.

Salvioli, F. (1996). La mujer en el derecho internacional público, un viaje de medio siglo desde San Francisco a Pekín. A un año de Beijing. Instituto de Relaciones Internacionales UNLP, 7- 31.

Secretario General de Naciones Unidas. (2006, 6 de julio). *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (1998, 10 de diciembre). Caso No. IT-95-17/1-T (Prosecutor v. Anto Furundžija). Judgement.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (2001, 22 de febrero). Caso No. IT-96-23 & IT-96-23/1 (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac & Zoran Vukovic). Judgement.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. (1998, 2 de setiembre). Caso No. ICTR-96-4-T (Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu). Judgement.

Zafra, R. (2019, 4 de junio). *Género y Derecho Internacional Humanitario: más allá del binarismo*. Parthenon. https://www.parthenon.pe/publico/internacional-publico/genero-y-derecho-internacional-humanitario-mas-alla-del-binarismo/

Zafra, R. (2020). Diversificando la humanidad: normas de privación de libertad en el marco del derecho internacional humanitario y personas trans e intersex. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Humanitario*, *1*.

Anexo: Disposiciones del Derecho Internacional Humanitario sobre la protección de las mujeres

El siguiente cuadro presenta una relación de las disposiciones convencionales y consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario destinadas a la protección de las mujeres en conflictos armados:

Fuente	Disposición
Artículo 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra	En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades […] serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. […]
Convenio de Ginebra I	Artículo 12 - Protección, trato y asistencia Los miembros de las fuerzas armadas y las demás personas mencionadas en el artículo siguiente, que estén heridos o enfermos, habrán de ser respetados y protegidos en todas las circunstancias. Serán tratados y asistidos con humanidad por la Parte en conflicto que los tenga en su poder, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en el sexo, la raza, la nacionalidad, la religión, las opiniones políticas o en cualquier otro criterio análogo. […] Se tratará a las mujeres con todas las consideraciones debidas a su sexo. […].
Convenio de Ginebra II	Artículo 12 - Protección, trato y asistencia Los miembros de las fuerzas armadas y las demás personas mencionadas en el artículo siguiente, que estén heridos o enfermos, habrán de ser respetados y protegidos en todas las circunstancias. Serán tratados y asistidos con humanidad por la Parte en conflicto que los tenga en su poder, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en el sexo, la raza, la nacionalidad, la religión, las opiniones políticas o en cualquier otro criterio análogo. […] Se tratará a las mujeres con todas las consideraciones debidas a su sexo. […].
Convenio de Ginebra III	Artículo 14 - Respeto a la persona de los prisioneros […] Las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo y, en todo caso, se beneficiarán de un trato tan favorable como el que reciban los hombres. […]
	Artículo 16 - Manutención de los prisioneros Habida cuenta de las disposiciones del presente Convenio relativas a la graduación así como al sexo, […] todos los prisioneros deberán ser tratados de la misma manera por la Potencia detenedora, sin distinción alguna de índole desfavorable de raza, de nacionalidad, de religión, de opiniones políticas u otras, fundadas en criterios análogos.
	Artículo 25 - Alojamiento […] En todos los campamentos donde haya prisioneras de guerra al mismo tiempo que prisioneros, se les reservarán dormitorios separados.
	Artículo 29 - Higiene […] Los prisioneros de guerra dispondrán, día y noche, de instalaciones conformes con las reglas higiénicas y mantenidas en constante estado de limpieza. En los campamentos donde haya prisioneras de guerra se les reservarán instalaciones separadas.
	Artículo 49 - Generalidades La Potencia detenedora podrá emplear como trabajadores a los prisioneros de guerra físicamente aptos, teniendo en cuenta su edad, su sexo y su graduación, así como sus aptitudes físicas, a fin sobre todo, de mantenerlos en buen estado de salud física y moral. […]
	Artículo 88 - Ejecución de los castigos […] Las prisioneras de guerra no serán condenadas a castigos más severos o tratadas, mientras cumplen su castigo, con más severidad que las mujeres pertenecientes a las fuerzas armadas de la Potencia detenedora castigadas por una infracción análoga. En ningún caso, podrán ser condenadas las prisioneras de guerra a castigos más severos o, mientras cumplan su castigo, ser tratadas con mayor severidad que los hombres pertenecientes a las fuerzas armadas de la Potencia detenedora castigados por una infracción análoga. […]
	Artículo 97 - Ejecución de los castigos. I. Locales […] Las prisioneras de guerra castigadas disciplinariamente cumplirán el arresto en locales distintos a los de los hombres y estarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres.
	Artículo 108 - Cumplimiento de las sentencias. Régimen penitenciario […] Una prisionera de guerra contra quien se haya dictado tal sentencia, la cumplirá en locales distintos y bajo la vigilancia de mujeres.

Fuente	Disposición
Anexo I al Convenio de Ginebra III (Acuerdo modelo relativo a la repatriación directa y a la hospitalización en país neutral de los prisioneros de guerra heridos o enfermos)	I. Principios para la repatriación directa o la hospitalización en país neutral […] A. REPATRIACIÓN DIRECTA Serán repatriados directamente: 3) Todos los prisioneros de guerra enfermos cuyo estado haya llegado a ser crónico hasta el punto del que el pronóstico parezca excluir, a pesar de los tratamientos, el restablecimiento dentro del año que sigue al comienzo de la enfermedad, por ejemplo en caso de: […] f) Enfermedades crónicas graves de los órganos génito-urinarios, por ejemplo: enfermedades crónicas del riñón con trastornos consecutivos, nefrectomía para un riñón tuberculoso; pielitis o cistitis crónica, hidro o pionefrosis, enfermedades ginecológicas graves; embarazos y enfermedades obstétricas, cuando la hospitalización en país neutral sea imposible; etc. […]
	I. Principios para la repatriación directa o la hospitalización en país neutral […] B. HOSPITALIZACIÓN EN PAÍS NEUTRAL Serán presentados para hospitalización en país neutral: […] 7) Todas las prisioneras de guerra embarazadas y las prisioneras que sean madres, con sus hijos lactantes y de corta edad.
Convenio de Ginebra IV	Artículo 14 - Zonas y localidades sanitarias y de seguridad En tiempo de paz, las Altas Partes Contratantes y, después del comienzo de las hostilidades, las Partes en conflicto, podrán designar en el propio territorio y, si es necesario, en los territorios ocupados, zonas y localidades sanitarias y de seguridad organizadas de manera que se pueda proteger contra los efectos de la guerra a los heridos y a los enfermos, a los inválidos, a los ancianos, a los niños menores de quince años, a las mujeres encintas y a las madres de niños de menos de siete años. […]
	Artículo 16 - Heridos y enfermos. I. Protección general Los heridos y los enfermos, así como los inválidos y las mujeres encintas, serán objeto de protección y de respeto particulares. […]
	Artículo 17 - II. Evacuación Las Partes en conflicto harán lo posible por concertar acuerdos locales para la evacuación, desde una zona sitiada o cercada, de los heridos, de los enfermos, de los inválidos, de los ancianos, de los niños y de las parturientas, así como para el paso de ministros de todas las religiones, del personal y del material sanitarios con destino a esa zona.
	Artículo 18 - III. Protección de los hospitales En ninguna circunstancia, podrán ser objeto de ataques los hospitales civiles organizados para prestar asistencia a los heridos, a los enfermos, a los inválidos y a las parturientas; deberán ser siempre respetados y protegidos por las Partes en conflicto. […]
	Artículo 20 - V. Personal de los hospitales Será respetado y protegido el personal regular y únicamente asignado al funcionamiento o a la administración de los hospitales civiles, incluido el encargado de la búsqueda, de la recogida, del transporte y de la asistencia de los heridos y de los enfermos civiles, de los inválidos y de las parturientas. [...]
	Artículo 21 – VI. Transportes terrestres y marítimos Los traslados de heridos y de enfermos civiles, de inválidos y de parturientas, efectuados por vía terrestre en convoyes de vehículos y en trenes-hospitales, o por vía marítima, en barcos asignados para efectuar tales traslados, serán respetados y protegidos del mismo modo que los hospitales previstos en el artículo 18, y se darán a conocer enarbolando, con autorización del Estado, el emblema distintivo previsto en el artículo 38 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.
	Artículo 22 – VII. Transportes aéreos Las aeronaves exclusivamente empleadas para el traslado de los heridos y de los enfermos civiles, de los inválidos y de las parturientas, o para el transporte de personal y de material sanitarios, no serán atacadas, sino que serán respetadas durante los vuelos que efectúen a altitudes, horas y según itinerarios específicamente convenidos, entre todas las Partes en conflicto interesadas. […]

Fuente	Disposición
	Artículo 23 - Envíos de medicamentos, víveres y ropa Cada una de las Altas Partes Contratantes autorizará el libre paso de todo envío de medicamentos y de material sanitario, así como de objetos necesarios para el culto, destinados únicamente a la población civil de otra Parte Contratante, aunque sea enemiga. Permitirá, asimismo, el libre paso de todo envío de víveres indispensables, de ropa y de tónicos reservados para los niños de menos de quince años y para las mujeres encintas o parturientas. […]
	Artículo 27 - Trato. I. Generalidades Las personas protegidas tienen derecho, en todas las circunstancias, a que su persona, su honor, sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados. Siempre serán tratadas con humanidad y protegidas especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública. Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor. Habida cuenta de las disposiciones relativas al estado de salud, a la edad y al sexo, todas las personas protegidas serán tratadas por la Parte en conflicto en cuyo poder estén con las mismas consideraciones, sin distinción alguna desfavorable, especialmente por lo que atañe a la raza, a la religión o a las opiniones políticas. […]
	Artículo 38 - Personas no repatriadas. I. Generalidades Exceptuadas las medidas especiales que puedan tomarse en virtud del presente Convenio, […], la situación de las personas protegidas continuará rigiéndose, en principio, por las disposiciones relativas al trato debido a los extranjeros en tiempo de paz. En todo caso, tendrán los siguientes derechos: […] 5) los niños menores de quince años, las mujeres embarazadas y las madres de niños menores de siete años se beneficiarán, en las mismas condiciones que los súbditos del Estado interesado, de todo trato preferente.
	Artículo 50 - Niños […] La Potencia ocupante no deberá entorpecer la aplicación de las medidas preferenciales que hayan podido ser adoptadas antes de la ocupación en favor de los niños menores de quince años, de las mujeres encintas y de las madres de niños menores de siete años, por lo que respecta a la nutrición, a la asistencia médica y a la protección contra los efectos de la guerra.
	Artículo 76 - Trato debido a los detenidos […] Las mujeres se alojarán en locales separados y bajo la vigilancia inmediata de mujeres. […]
	Artículo 85 - Alojamiento, higiene [...] los internados dispondrán de apropiado equipo de cama y de suficiente número de mantas, habida cuenta de su edad, su sexo y su estado de salud, así como de las condiciones climáticas del lugar. […] Cuando sea necesario alojar, como medida excepcional, provisionalmente a mujeres internadas no pertenecientes a un grupo familiar en el mismo lugar de internamiento que a los hombres, habrá, obligatoriamente, dormitorios e instalaciones sanitarias aparte.
	Artículo 89 - Alimentación […] Las mujeres encintas y lactantes, así como los niños menores de quince años recibirán suplementos de alimentación proporcionados a sus necesidades fisiológicas.
	Artículo 91 - Asistencia médica […] Las parturientas y los internados que padezcan enfermedad grave, o cuyo estado requiera tratamiento especial, intervención quirúrgica u hospitalización, serán admitidos en todo establecimiento calificado para su tratamiento, donde recibirán asistencia, que no será inferior a la que se presta al conjunto de la población. […]
	Artículo 97 - Valores y efectos personales […] Una internada sólo podrá ser registrada por una mujer. […]
	Artículo 98 - Recursos financieros y cuentas personales Todos los internados percibirán con regularidad subsidios para poder adquirir productos alimenticios y objetos […]. Además, los internados podrán recibir subsidios de la Potencia de la que son súbditos, de las Potencias protectoras, de cualquier organismo que los socorra o de sus familiares, así como las rentas de sus bienes de conformidad con la legislación de la Potencia detenedora. El importe de los subsidios asignados por la Potencia de origen será el mismo para cada categoría de internados (inválidos, enfermos, mujeres encintas, etc.), y no podrá fijarlo esta Potencia ni distribuirlo la Potencia detenedora sobre la base de discriminaciones prohibidas en el artículo 27 del presente Convenio. […]
	Artículo 119 - Castigos disciplinarios […] Los castigos disciplinarios no podrán ser, en ningún caso, inhumanos, brutales o peligrosos para la salud de los internados. Habrá de tenerse en cuenta su edad, su sexo, y su estado de salud.

Fuente	Disposición
	Artículo 124 - Locales para castigos disciplinarios […] Las internadas, que cumplan un castigo disciplinario, estarán detenidas en locales distintos a los de los hombres y bajo la vigilancia inmediata de mujeres.
	Artículo 127 - Condiciones [de traslado de internados] […] Los internados enfermos, heridos o inválidos, así como las parturientas, no serán trasladados mientras su estado de salud corra peligro a causa del viaje, a no ser que lo requiera imperativamente su seguridad. […]
	Artículo 132 - Durante las hostilidades o durante la ocupación […] las Partes en conflicto harán lo posible por concertar, durante las hostilidades, acuerdos con miras a la liberación, la repatriación, el regreso al lugar de domicilio o de hospitalización en país neutral de ciertas categorías de internados y, en particular, niños, mujeres encintas y madres lactantes o con hijos de corta edad, heridos y enfermos o internados que hayan estado mucho tiempo en cautiverio.
Protocolo Adicional I	Artículo 8 - Terminología Para los efectos del presente Protocolo: a) se entiende por heridos y enfermos las personas, sean militares o civiles, que debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos o incapacidades de orden físico o mental, tengan necesidad de asistencia o cuidados médicos y que se abstengan de todo acto de hostilidad. Esos términos son también aplicables a las parturientas, a los recién nacidos y a otras personas que puedan estar necesitadas de asistencia o cuidados médicos inmediatos, como los inválidos y las mujeres encintas, y que se abstengan de todo acto de hostilidad; […]
	Artículo 9 - Ámbito de aplicación 1. El presente Título [Heridos, enfermos y náufragos], cuyas disposiciones tienen como fin mejorar la condición de los heridos, enfermos y náufragos, se aplicará a todos los afectados por una situación prevista en el artículo 1, sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo. […]
	Artículo 70 - Acciones de socorro 1. […] En la distribución de los envíos de socorro se dará prioridad a aquellas personas que, como los niños, las mujeres encintas, las parturientas y las madres lactantes, gozan de trato privilegiado o de especial protección de acuerdo con el IV Convenio o con el presente Protocolo. […]
	Artículo 75 - Garantías fundamentales 1. […] las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en el presente artículo, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición o cualesquiera otros criterios análogos. […] 5. Las mujeres privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado serán custodiadas en locales separados de los ocupados por los hombres. Su vigilancia inmediata estará a cargo de mujeres. No obstante, las familias detenidas o internadas serán alojadas, siempre que sea posible, en un mismo lugar, como unidad familiar. […]
	Artículo 76 - Protección de las mujeres 1. Las mujeres serán objeto de un respecto especial y protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor. 2. Serán atendidos con prioridad absoluta los casos de mujeres encintas y de madres con niños de corta edad a su cargo, que sean arrestadas, detenidas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado. 3. En toda la medida de lo posible, las Partes en conflicto procurarán evitar la imposición de la pena de muerte a las mujeres encintas o a las madres con niños de corta edad a su cargo por delitos relacionados con el conflicto armado. No se ejecutará la pena de muerte impuesta a esas mujeres por tales delitos.
Protocolo Adicional II	Artículo 2. Ámbito de aplicación personal 1. El presente Protocolo se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo (denominada en adelante distinción de carácter desfavorable), a todas las personas afectadas por un conflicto armado en el sentido del artículo 1. […]

Fuente	Disposición
	Artículo 5. Personas privadas de libertad […] 2. En la medida de sus posibilidades, los responsables del internamiento o la detención de las personas a que se refiere el párrafo 1 respetarán también, dentro de los límites de su competencia, las disposiciones siguientes relativas a esas personas: a) salvo cuando hombres y mujeres de una misma familia sean alojados en común, las mujeres estarán custodiadas en locales distintos de los destinados a los hombres y se hallarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres; […]
	Artículo 6. Diligencias penales […] 4. No se dictará pena de muerte contra las personas que tuvieren menos de 18 años de edad en el momento de la infracción ni se ejecutará en las mujeres encintas ni en las madres de niños de corta edad.
	Artículo 2. Ámbito de aplicación personal 1. El presente Protocolo se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo (denominada en adelante distinción de carácter desfavorable), a todas las personas afectadas por un conflicto armado en el sentido del artículo 1. […]
	Artículo 5. Personas privadas de libertad […] 2. En la medida de sus posibilidades, los responsables del internamiento o la detención de las personas a que se refiere el párrafo 1 respetarán también, dentro de los límites de su competencia, las disposiciones siguientes relativas a esas personas: a) salvo cuando hombres y mujeres de una misma familia sean alojados en común, las mujeres estarán custodiadas en locales distintos de los destinados a los hombres y se hallarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres; […]
	Artículo 6. Diligencias penales […] 4. No se dictará pena de muerte contra las personas que tuvieren menos de 18 años de edad en el momento de la infracción ni se ejecutará en las mujeres encintas ni en las madres de niños de corta edad.
DIH Consuetudinario	Norma 88. En la aplicación del derecho internacional humanitario, está prohibido hacer distinciones de índole desfavorable basadas en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición, o cualquier otro criterio análogo. [CAI/CANI]
	Norma 93. Quedan prohibidas las violaciones y cualquier otra forma de violencia sexual. [CAI/CANI]
	Norma 119. Las mujeres privadas de libertad serán alojadas en locales separados de los ocupados por los hombres, excepto cuando estén recluidas con su familia como unidad familiar, y estarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres. [CAI/CANI]
	Norma 134. Deberán respetarse las necesidades específicas de las mujeres afectadas por los conflictos armados en materia de protección, salud y asistencia. [CAI/CANI]

Fuente: Elaboración propia.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.008

El derecho a la educación y los conflictos armados: Cuando la violencia opaca la esperanza y el desarrollo(*)

The Right to Education and Armed Conflict: When Violence Obscures Hope and Development

Dante Martin Paiva Goyburu(**)
Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)

Resumen: El presente trabajo analiza las lesiones que se configuran contra el derecho fundamental a la educación en el marco de los conflictos armados. Para ello se hace un repaso de los alcances y contenido del derecho fundamental, así como de la situación de los conflictos armados en el presente siglo, donde algunos enfrentamientos parecen perennizados. Como tal, se ha determinado que los conflictos armados y el perjuicio que cometen contra el proceso educativo terminan afectando a toda la comunidad educativa, siendo los estudiantes los que llevan la peor parte. Asimismo, la situación involucra tanto a agentes pasivos como también, en el caso de los menores, cuando estos últimos intervienen de forma activa como "niños soldado". Finalmente, se resalta la urgencia de adoptar medidas más efectivas en torno a la problemática, teniendo en cuenta que en el Perú, debido a los conflictos en el VRAEM, la situación se encuentra presente, afectando a un sector vulnerable que ve su integridad constantemente en riesgo, pero también se alejan de cualquier oportunidad de progreso al verse truncado su acceso a la educación. Las políticas a adoptarse demandan todo el apoyo y esfuerzo de la comunidad nacional e internacional.

Palabras clave: Derechos fundamentales - Educación - Conflictos armados - Docentes - Estudiantes

Abstract: This work analyzes the injuries that are configured against the fundamental right to education in the context of armed conflicts. For this, a review is made of the scope and content of the fundamental right, as well as the situation of armed conflicts in this century, where some confrontations seem perennial. As such, it has been determined that armed conflicts and the damage they commit against the educational process end up affecting the entire educational community, with students bearing the brunt. Likewise, the situation involves both passive agents and also, in the case of minors, when the latter actively intervene as "child soldiers". Finally, the urgency of adopting more effective measures around the problem is highlighted, taking into account that in Peru, due to the conflicts in the VRAEM, the situation is present, affecting a vulnerable sector that constantly sees its integrity in risk, but they also shy away from any opportunity for advancement as their access to education is truncated. The policies to be adopted require all the support and efforts of the national and international community.

Keywords: Fundamental rights - Education - Armed conflicts - Teachers - Students

---

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 26 de octubre de 2021 y su publicación fue aprobada el 30 de noviembre de 2021.
(**) Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Secretario de Redacción de la Revista Peruana de Derecho Público. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional - Sección Peruana. Investigador CONCYTEC (Grupo Carlos Monge). ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9140-6580. Correo electrónico: dante.paiva@unmsm.edu.pe.

1. Introducción

Frente a los conflictos armados que, con variaciones y distintos alcances, son una constante en la humanidad, los derechos fundamentales siempre se han visto en riesgo.

A partir de ello, advertimos que el derecho a la educación se ve particularmente afectado por el desarrollo de estos enfrentamientos, perjudicando en gran medida a los agentes del servicio educativo, y generando un daño muy profundo, no solo durante el desarrollo de los enfrentamientos, sino en especial de las secuelas y la posibilidad de recuperar el tiempo perdido.

De esta forma, debe considerarse que un genuino respeto al derecho humano a la educación exige que bajo ninguna circunstancia el acceso a la enseñanza y el aprendizaje se vea limitado, en especial para los niños, cuya labor primordial es adquirir conocimientos y formación.

Como tal, con el propósito de apoyar en la formulación de medidas de carácter político y humanitario, corresponde realizar un análisis sobre las consecuencias de los conflictos armados en el ejercicio del derecho a la educación, procurando brindar soluciones y elaborar propuestas concretas que puedan ser empleadas, comprometiendo a las autoridades locales así como a la comunidad internacional y puedan realizar acciones con eficacia para revertir el desmedro que padecen a nivel mundial los escolares producto de los conflictos.

En síntesis, mediante el presente estudio procuraremos responder a la siguiente pregunta ¿Qué lesiones configuran los conflictos armados contra el derecho fundamental a la educación y qué medidas son necesarias para afrontar las mismas?

2. El derecho a la educación

Las tendencias globales con el gran impulso surgido a partir de la sociedad de la información deparaban grandes expectativas, toda vez que se contaba con mejores condiciones, inéditas, para poder difundir el saber, sumándose ahora los canales virtuales y alcanzar así lugares remotos, superando las usuales barreras geográficas. Así podía accederse a contenido actualizado sobre diversos tópicos y categorías.

Todo este ámbito redimensiona el derecho a la educación. Al respecto, debemos recordar que el concepto actual del derecho a la educación implica que todo ser humano debe contar para sí, obligatoria y gratuitamente, con educación primaria y también accesibilidad para la secundaria y la educación universitaria. Esto es producto de movimientos civiles y políticos, que se encuentran refrendados legislativamente, a través de normas nacionales y acuerdos multilaterales. Esto va de la mano con la necesidad de erradicar el analfabetismo a nivel mundial y que por medio del conocimiento puedan revertirse la pobreza y las desigualdades sociales. El derecho a la educación se concreta, en tres aspectos fundamentales: un marco regulatorio, objetivos educacionales y en la prestación de un servicio, sobre lo cual se precisa:

> El derecho a la educación se constituye hoy, en países como el nuestro, en una exigencia concomitante del principio de legitimidad democrática del Estado y en una condición imprescindible para la efectividad del derecho al libre desarrollo de la personalidad (García Toma, 2008, p. 380).

Sin embargo, si bien contamos en el Perú y América Latina con un sistema jurídico basado en instituciones romanísticas, germánicas, el respeto y exigencia de este derecho no se da uniformemente en todos los países con el mismo sistema. En el caso peruano, hay condiciones que vician en gran medida que el derecho a la educación su cumpla a cabalidad conforme las condiciones que se esperan, en ese sentido se afirma:

> Toda la opinión al respecto sugiere que a pesar de que el país cuenta con una sólida plataforma legal sobre el derecho a la educación y que por lo tanto es un deber de los ciudadanos exigirlo al Estado, no queda del todo claro qué es lo que se debe reclamar. Por otro lado, a pesar de que en el ámbito jurídico se ha reconocido el derecho a la educación, ese acto no ha tenido el impacto esperado. Esto último ha sido atribuido tanto a factores externos al sistema educativo, de corte más estructural, como a factores internos del sistema y a la manera como se ha enunciado el derecho a la educación en las políticas educativas peruanas (Cuenca, 2012, p. 26).

Hay que rescatar la verdadera trascendencia e importancia del derecho a la educación, el cual es un derecho humano, de carácter universal, debiendo adoptar las acciones para su respeto en todo el mundo, así:

> Garantizar la vigencia del Derecho Humano a la Educación significa que todos los involucrados (niños, jóvenes, adultos) tengan posibilidad de acceder a lo que la UNESCO, en la Reunión de Ministros de Educación de Todo el Mundo, realizada en Tailandia, definió como las Necesidades Básicas de Aprendizaje.

> Esta definición hace referencia a un conjunto de herramientas esenciales para el aprendizaje y de los contenidos básicos de aprendizaje (conocimientos prácticos y teóricos, valores y actitudes) necesarios para que los seres humanos puedan sobrevivir, desarrollar plenamente sus capacidades, vivir y trabajar con dignidad, participar plenamente en el desarrollo, mejorar la calidad de vida, tomar decisiones fundamentadas y continuar aprendiendo (Declaración Mundial sobre una Educación para todos - UNESCO, 1990) (Nicoletti, 2009, pp. 79-80).

Precisamente, la garantía sobre este derecho se encuentra prevista tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las constituciones de los diversos países del mundo (entre ellos el Perú). En este sentido, dentro de las implicancias del derecho fundamental a la educación se considera:

a) El reconocimiento y garantía por parte del Estado de la libertad de enseñanza.
b) La educación no debe ser exclusiva del Estado, ni de la promoción del desarrollo científico y tecnológico del país.
c) La obligatoriedad y gratuidad (en las instituciones del Estado) de la educación inicial, primaria y secundaria; y,
d) La obligatoriedad, por parte del Estado, de coordinar la política educativa (Chanamé Orbe, 2011, pp. 334 - 335).

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional peruano ha realizado aportes sobre el contenido constitucionalmente protegido dentro del derecho a la educación, señalando que éste corresponde a:

> (…) el acceso a una educación adecuada (artículo 16), la libertad de enseñanza (artículo 13), la libre elección del centro docente (artículo 13), el respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes (artículo 14), el respeto a la identidad de los educandos, así como a un buen trato psicológico y físico (artículo 15), la libertad de cátedra (artículo 18), y la libertad de creación de centros docentes y universidades (artículos 17 y 18) (Expediente 0091-2005-PA/TC, fundamento 6).

En otra sentencia posterior, el Tribunal Constitucional ha prescrito las manifestaciones que se producen de este derecho, a saber:

a) El acceder a una educación, el cual tiene dos aristas fundamentales: a.1) Cobertura educativa y a.2) El acceso a la educación en sentido estricto;
b) La permanencia y el respeto a la dignidad del escolar [art. 15 segundo párrafo]; y,
c) La calidad de la educación [art. 15 primer párrafo y 16 segundo párrafo], asimismo precisará que estas tres manifestaciones conforman la estructura básica del derecho a la educación (Expediente 4646-2007-AA/TC, pp. 8-11)

Dentro de las fuentes del derecho a la educación encontramos en nuestra legislación interna a la Constitución y a la Ley 28044 – Ley General de Educación, así como a reglamentos y directivas aprobadas por decretos y resoluciones del sector correspondiente, respectivamente. En este sentido, cabe destacar que los fines de la educación han sido precisados en el artículo 9 de la Ley 28044 en los términos siguientes:

a) Formar personas capaces de lograr su realización ética, intelectual, artística, cultural, afectiva, física, espiritual y religiosa, promoviendo la formación y consolidación de su identidad y autoestima y su integración adecuada y crítica a la sociedad para el ejercicio de su ciudadanía en armonía con su entorno, así como el desarrollo de sus capacidades y habilidades para vincular su vida con el mundo del trabajo y para afrontar los incesantes cambios en la sociedad y el conocimiento.
b) Contribuir a formar una sociedad democrática, solidaria, justa, inclusiva, próspera, tolerante y forjadora de una cultura de paz que afirme la identidad nacional sustentada en la diversidad cultural, étnica y lingüística, supere la pobreza e impulse el desarrollo sostenible del país y fomente la integración latinoamericana teniendo en cuenta los retos de un mundo globalizado.

De esta forma, podemos advertir que la educación es una actividad indispensable para el progreso y subsistencia en sí de la sociedad misma, y como tal su condición de derecho humano, de derecho fundamental, resulta incuestionable.

Sin embargo, la realidad de la sociedad nos ofrece diversas circunstancias en las cuales este importante derecho no llega a concretizarse, quedando postergado y afectando de este modo a los principales destinatarios de este derecho, los niños en formación en todas partes del mundo. Dentro de las situaciones que limitan el pleno ejercicio de este derecho encontramos a los conflictos armados, los cuales siguen teniendo amplia presencia en el siglo XXI tal como exponemos a continuación.

3. Los conflictos armados en el siglo XXI

Hablar de los conflictos armados nos remite a una categoría amplia e inagotable que se asocia con el término genérico de guerra. Sin embargo, en las últimas décadas, y con

la progresiva consolidación del Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Humanitario, han ido definiéndose criterios más específicos para el tratamiento de este fenómeno, el cual es evaluado desde diversas disciplinas.

Con relación a un concepto o definición, éste tendrá, a nuestra consideración, matices derivados de la connotación que se pretenda brindar; así, en aspectos económicos, políticos, sociales y religiosos, el concepto de conflicto armado se hará sobre la base de un particular ámbito a destacar y que se vincule funcionalmente con la perspectiva que se piensa desarrollar. Para efectos de la presente investigación optamos por una definición desde el ámbito jurídico, en atención a los términos siguientes:

> Dentro del DIH hay una distinción entre dos tipos de conflictos: los conflictos armados internacionales (CAI) y los conflictos armados sin carácter internacional (CANI). En el primero se enfrentan dos o más Estados, y es el tipo de conflicto con más normas. Los conflictos armados sin carácter internacional tienen una regulación más limitada, por suceder dentro de las fronteras de un país (…) (Benavides, 2015, pp. 20-21).

Conforme a lo antes señalado, los conflictos armados corresponden a enfrentamientos, siendo categorizados a partir de los agentes que participan. Podemos tener a los Estados (quienes han sido los protagonistas de forma constante a lo largo de la historia de la humanidad), quienes materializan un conflicto internacional; mientras que su contraparte ubica a posiciones de batalla dentro de un mismo país. En ambos casos se encuentran fricciones, ataques y pretensiones. Conviene recordar en este punto la conocida frase de Clausewitz, "la guerra es la continuación de la política por otros medios" (1984, p. 58).

La humanidad ha presenciado las variaciones y nuevos fenómenos que van surgiendo progresivamente en la escalada de conflictos armados, todo ello sumamente vinculado con el avance tecnológico del armamentismo empleado. De esta forma, se tienen enfrentamiento en diversos tiempos y distintas latitudes, y aunque con el surgimiento de instituciones y mecanismos de tutela ha pretendido menguarse los efectos nocivos de los enfrentamientos, sobre todo contra la población civil, se tiene en la práctica una parcela que se sigue afectando sin poder revertirse, y esto es el derecho a la educación de los niños que se encuentran en el contexto del conflicto.

A partir de ello es que la clasificación de los conflictos armados resulta una tarea particularmente compleja en estos tiempos, donde surgen nuevas propuestas sobre sus consideraciones jurídicas. Así, recomendamos entre otros el análisis desarrollado por Vité (2009), el cual suscribimos en sus conclusiones.

Del mismo modo, respecto de la naturaleza de los conflictos armados, esbozar una propuesta resulta particularmente desafiante bajo el contexto en el cual nos desenvolvemos. Si bien nuestra presente investigación se centra en los efectos de los conflictos contra el derecho a la educación de niños y niñas en todo el mundo. En este sentido, se advierte que "la naturaleza de los conflictos armados y su repercusión en los niños y las niñas están evolucionando. Los conflictos internos se incrementan al mismo ritmo que la cantidad de grupos armados involucrados en ellos" (Save The Children, 2019, p. 12).

Previo al análisis de este complicado panorama, es pertinente tener en cuenta que en el mundo se siguen presenciando los conflictos armados, tal como se expone en el Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz, en el cual se precisa que:

> Durante 2020 se registraron 34 conflictos armados, la misma cifra que el año anterior. La mayoría de los conflictos armados se concentró en África (15) y Asia (nueve), seguidos por Oriente Medio (seis), Europa (tres) y América (uno).
>
> En 2020 se observó un incremento significativo de los conflictos armados de alta intensidad, que representaron casi la mitad de los casos, un 47% del total (2021, p. 21).

A las conocidas secuelas derivadas de los conflictos armados, tales como los daños materiales, los desplazados y el riesgo permanente contra la vida y seguridad, de los cuales han dado cuenta los desgarradores testimonios de las víctimas, hay que considerar con mayor atención las lesiones contra los derechos de carácter económico social y cultural, toda vez que en estos últimos, donde encontramos el derecho al trabajo, a la salud y a la educación, por mencionar algunos, el reparar las secuelas de los daños ocasionados puede tomar años, décadas y toda una vida, lo que incide en las capacidades sociales de los afectados, limitando las urgentes oportunidades que requieren para poder recuperar lo perdido durante el conflicto.

4. Avances y logros en el ámbito educativo

Los procesos educativos se han ido perfeccionando paulatinamente. Gracias a la profesionalización de la labor de los docentes, una mayor conciencia por parte

de los padres acerca de la importancia de que sus hijos sean matriculados en el sistema educativo y toda una especialización multidisciplinaria orientada a mejorar la labor educativa (arquitectura especializada en colegios, psicología educativa, entidades reguladoras y de fiscalización, informática aplicada a procesos pedagógicos, entre otros) han permitido forjar un servicio educativo que apunta a una formación integral, procurando resultados evidenciables mediante diversos instrumentos e indicadores.

En este sentido, debe resaltarse también que se tiene una válida concepción de la educación como un servicio público, lo cual en absoluto se opone o niega su condición de derecho humano merecedor de la más esmerada tutela y protección. De esta forma, la calidad de servicio público que se viene dando a la educación permite comprometer una mayor responsabilidad de las autoridades a que el servicio no se vea afectado o descontinuado por externalidades u otros factores.

Asimismo, de presentarse situaciones extraordinarias o imprevistas, el desarrollo de estrategias y políticas públicas permiten garantizar una gestión educativa capaz de desenvolverse aun en los contextos más difíciles, asegurando que el servicio educativo se pueda seguir prestando. Un claro ejemplo lo representa la situación surgida por la propagación de la COVID-19; si bien la educación remota podría ser complicada de asimilar por los infantes, el hecho de poder seguir brindando lecciones otorgaba una oportunidad frente a la necesidad de acatar una forzosa cuarentena.

Precisamente, el gran impulso que ha presenciado la humanidad en la ciencia y tecnología en los últimos tiempos está directamente vinculado a la mejora de la educación. Sobre la base de los progresos que los han precedido, las nuevas generaciones, con acceso a un sistema educativo debidamente planificado, han podido encontrar diversas vocaciones para concretar y éstas han repercutido, felizmente, en beneficios para toda la humanidad.

No obstante, la educación, y los logros que se plantean para ésta, pueden verse opacados si no recibe un compromiso decidido por parte de las autoridades, tanto en la gestión de sus gobiernos y que estos no sucumban a la ineptitud, o en el escenario más extremo, sumidos en un interminable perecimiento por guerras, plagas, entre otros, tal como advierte de Grasse Tyson (2016):

> La educación es clave: tener líderes bien formados, ilustrados, no corruptibles. En muchas naciones en desarrollo es su propia corrupción la que impide que todo el país crezca como debería. Podría verlo desde una postura muy egoísta y decir que quizás el próximo Einstein se está muriendo de hambre en Etiopía y nunca lo sabrás porque es un niño sin comida.

De lo antes señalado, debe entenderse cuán importante resulta erradicar todo conflicto armado del mundo, y también preservar en la gestión educativa un ambiente sin corrupción u otros factores que pudieran poner en riesgo su propósito. El destino de la humanidad está sumamente ligado a la educación que se brinda, y no se puede permanecer impávida la penosa realidad del daño que provocan los conflictos armados a este derecho.

La educación no puede sucumbir antes situaciones tales como las guerras y delitos, porque el daño no va a ser solo a quienes se vieron truncados de estudiar, sino a la humanidad misma al ver limitados a futuros genios que entre el desarrollo y la supervivencia, se vieron obligados a optar por eso último nada más; ni que decir además que una situación de esta naturaleza contraviene el principio de dignidad humana en todos sus extremos, porque se afecta a los seres más indefensos y como tal, más vulnerables de la sociedad: niños y niñas.

5. Impacto de los conflictos armados contra el derecho a la educación

5.1. Consideraciones generales

Nuestro trabajo procura poner especial atención al derecho a la educación, y los perjuicios que se generan contra éste a partir del desarrollo de los conflictos armados. Para este análisis es importante tener en cuenta a la comunidad educativa, la misma que se encuentra conformada por los padres de familia, los docentes y los estudiantes, siendo estos últimos la prioridad del sistema educativo y eje central de sus procesos. En este sentido, debe asumirse que:

> Los conflictos armados repercuten directamente en la educación de los niños y jóvenes, alterando, debido a la realidad que viven, su escala de valores perdiendo la posibilidad de vivir su niñez o adolescencia encontrándose con un mundo que los golpea, los hace encontrarse con lo más duro de la política interna o internacional, haciéndose cargo de situaciones que son las propias de su edad (Porcelli, 2004).

Ahora bien, notamos que un conflicto armado resulta pluriofensivo en el ámbito del proceso educativo, así lo explica Ospina Garnica, refiriendo lo siguiente:

> En el caso concreto de la educación, los conflictos armados debilitan los sistemas educativos, destruyen infraestructuras e instituciones educativas, producen perdidas, generan lesiones y traumas psicológicos entre estudiantes y profesores, como también traen consigo desarraigo, destrucción de la vida familiar y comunitaria, aumento de la violencia social y de la pobreza, entre otros impactos negativos que paralizan u obstaculizan el proceso de aprendizaje y, por ende, el desarrollo de un país (2015, p. 223).

Los diversos perjuicios que se ocasionan contra el proceso educativo a partir de los conflictos armados pueden verse desde dos ámbitos: por un lado, podemos considerar a los integrantes de la comunidad que la conforma, y las lesiones subjetivas que se configuran; pero también podemos advertir perjuicios materiales e institucionales, desde una mirada objetiva. Sobre ello, podemos resumir los puntos en mención a partir del siguiente cuadro:

Cuadro 1
Efectos de los conflictos armados en la comunidad educativa

Padres de familia	Docentes	Estudiantes
No ven satisfecho el derecho de que sus hijos reciban educación. No pueden planificar debidamente su vida familiar y profesional. Se ven limitados en las oportunidades que pueden brindar a sus hijos. Tienen que asumir, forzadamente, la enseñanza de los aspectos básicos de conocimientos y habilidades sociales, a sus hijos. Afrontan un severo desconsuelo e impotencia ante la incertidumbre del futuro de sus hijos.	El derecho a ejercer su trabajo como docentes se ve seriamente mermado. Sus vidas e integridad se encuentran en permanente riesgo. Al verse impedidos de trabajar, no pueden garantizarse medios de subsistencia. Sus proyecciones profesionales y académicas se ven truncadas. En los casos más extremos, son reclutados para actuar en los conflictos, reduciendo así la cantidad de docentes disponibles.	Las oportunidades de acceder a la educación son escasas y en muchos casos completamente nulas. La educación que reciben, quienes pueden acceder a alguna, es de calidad deficiente, toda vez que el entorno no es seguro para el aprendizaje. Quienes ser ven forzados a desplazarse y migrar terminan alterando su formación y proyección escolar. Su formación cultural resulta incipiente, perdiendo, alejándose y olvidándose de sus propias raíces. Al verse expuesto a un reclutamiento forzado para integrar los grupos armados, pueden alterar todo su proyecto de vida.

Fuente: Elaboración propia.

Por su parte, en el ámbito institucional, los conflictos armados repercuten negativamente en el proceso educativo de las siguientes formas:

- La educación pierde presupuestos e inversiones por las partidas que se designan al financiamiento de los conflictos.
- La infraestructura educativa se pierde, sea por daños materiales que llevan a su destrucción o porque comienzan a emplearse para otros fines.
- No hay posibilidad de concretar acuerdos de cooperación con especialistas e instituciones externas para poder enriquecer los procesos de aprendizajes, debido a los riesgos que se afrontan.
- Se deja de considerar a la educación como una política estatal, o al diezmarse sus recursos, la autoridad a cargo del sector reduce su presencia, dejando la actividad aislada.
- La práctica pedagógica, al dejar de efectuarse con regularidad, y sin poder realizar las capacitaciones correspondientes, hace los procesos de aprendizaje débiles e improvisados, restando calidad a la educación.
- Los contenidos que se imparten en el currículo escolar pueden verse alterados, sea por una necesidad de las fuerzas beligerantes que terminan imponiéndose y rescriben la historia y sus necesidades según sus intereses, o también por lo limitado de las opciones y solo pueden abordarse parcialmente los distintos contenidos temáticos.

Lo antes expuesto se centra, principalmente, en las consecuencias de la población civil, pasiva en el marco del conflicto armado que afronta severas secuelas y perjuicios a partir de los

enfrentamientos que, como hemos visto, pueden tomar muchos años o prácticamente no tener fin (como el caso de Israel y Palestina). Un punto más delicado aún, y que debe tenerse en cuenta, lo representa el caso de los menores que forman parte activa del conflicto como niños soldados, sobre lo cual debe considerarse lo siguiente:

> Una de las principales causas de la aparición de un conflicto armado y de la participación de los niños en él es la situación socioeconómica en la que se encuentra un determinado país. Los conflictos descansan a menudo en situaciones de desigualdad en la esfera internacional y de desigualdad dentro de las sociedades, lo que suele llevar aparejadas situaciones de conflicto latente o situaciones que pueden acabar degenerando en conflictos abiertos. Una vez que el conflicto ha estallado, las razones económicas y sociales tienen un peso de relativa importancia en la toma de la decisión por parte de un niño de participar en esa contienda (Gómez, 2000, p. 15).

Asimismo, se advierte que en el marco de los conflictos armados y el perjuicio contra el derecho a la educación que venimos exponiendo, en el caso específico de las niñas hay un perjuicio mayor conforme da fe la prensa que aborda el tema, la cual ha reportado que "Los niños y niñas que viven en zonas afectadas por la guerra y la inseguridad no pueden ir a colegio con normalidad. En el caso de las niñas, esa probabilidad se multiplica por dos" (Barchilón, 2020).

Por su parte, y desde una perspectiva muy importante sobre las acciones que se deben adoptar en el seno de la comunidad internacional sobre el caso, Izquierdo Alberca advierte que:

> Aunque la repercusión de los conflictos armados en la educación se ha subestimado, la comunidad internacional tiende a reconocer cada vez más la importancia de incrementar y proteger los derechos educativos incluso en esas circunstancias. De la misma forma que es esencial la tarea educativa en la reconstrucción de un país en al post conflicto, los individuos escolarizados hasta la etapa secundaria contribuyen 3 veces más a la estabilidad y la democracia (2015, p. 12).

Una mención particular radica en los efectos que ha tenido la pandemia originada por la COVID-19 en todo el mundo y como la misma ha terminado afectando aún más la difícil situación que afrontan los estudiantes involucrados en los conflictos armados, dándose cuenta al respecto en el informe anual del secretario general de la ONU sobre menores y conflictos armados publicado en junio de 2020, precisándose al respecto que:

> Más allá de las conclusiones del informe del secretario general de la ONU, el análisis de los conflictos armados activos en 2020 confirma el patrón de vulneraciones contra menores, agravados por el contexto de la COVID-19. La pandemia limitó aún más el acceso a determinados derechos como el de la educación. Así, por ejemplo, en el caso de Jammu y Cachemira, en Pakistán, el cierre de las escuelas con motivo de la pandemia se sumó a meses de clausura previa de los centros educativos a causa del conflicto (p. 31).

Tal como venimos detallando, los conflictos armados tienen diversas y severas repercusiones contra los derechos de los niños y niñas, enfocando nuestro análisis en el derecho fundamental a la educación y frente a ello urge la adopción de medidas específicas. A partir de ello se hace mención de una Educación en Emergencia la cual, conforme a Villegas (2011), debe tener en cuenta lo siguiente:

> Para fortalecer la implementación de la Educación en Emergencia por el conflicto armado, es ineludible que sea considerada como una necesidad social y política, por lo cual debe estar integrada a la ayuda humanitaria y a la asistencia para el desarrollo, ya que el refugio, la nutrición, la salud y la educación son derechos interdependientes (p. 50).

Como una fuente especial para el estudio de los problemas que debe hacer frente la educación en general desde diversas latitudes, podemos recurrir a los aportes realizados por la UNESCO mediante los estudios que impulsa y en los cuales se abordan los problemas que afronta la educación. Mediante informes periódicos se da cuenta acerca de los resultados de las diversas problemáticas consideradas. A manera de muestra sobre ello, podemos invocar los siguientes:

- 2002: Educación para todos - ¿Va el mundo por el buen camino?
- 2003/4: Educación para todos - Hacia la igualdad entre los sexos
- 2005: Educación para todos - El imperativo de la calidad
- 2006: Educación para todos - La alfabetización, un factor vital
- 2007: Bases sólidas - Atención y educación de la primera infancia
- 2008: Educación para todos en 2015 ¿Alcanzaremos la meta?
- 2009: Superar la desigualdad: por qué es importante la gobernanza
- 2010: Llegar a los marginados
- 2011: Una crisis encubierta: Conflictos armados y educación
- 2012: Los jóvenes y las competencias: Trabajar con la educación
- 2013/4: Enseñanza y aprendizaje: Lograr la calidad para todos

- 2015: La Educación para Todos 2000-2015: Logros y desafíos
- 2016: La educación al servicio de los pueblos y el planeta: Creación de futuros sostenibles para todos
- 2017/8: Rendir cuentas en el ámbito de la educación: Cumplir nuestros compromisos
- 2019: Migración, desplazamientos y educación: Construyendo puentes, no muros
- 2020: Inclusión y educación: Todos y todas sin excepción.

En este sentido, consideramos como una fuente indispensable para el estudio de los problemas que inciden en el derecho a la educación estos valiosos informes, los mismos que ratifican las diversas amenazas que se erigen en contra de estos derechos a partir de distintos factores. Para el caso de la presente investigación, merece especial atención el informe de 2011, en el cual se resumió en gran medida las consecuencias de los conflictos armados en el ámbito educativo, destacándose lo siguiente:

- Deficiencias en la protección. Los gobiernos nacionales no actúan basándose en sus responsabilidades éticas, ni tampoco en sus obligaciones jurídicas, para proteger a los civiles que se ven atrapados por conflictos armados. Existe toda una cultura de la impunidad en torno a atentados atroces perpetrados contra los derechos humanos, que constituye un obstáculo considerable para la educación (…).
- Deficiencias en la prestación de servicios educativos. Los padres y los niños afectados por conflictos armados muestran una firmeza extraordinaria en su determinación por mantener a toda costa la educación en circunstancias adversas (…).
- Deficiencias en la recuperación y reconstrucción iniciales. Los convenios de paz ofrecen a los gobiernos de países en situaciones posteriores a conflictos, así como a la comunidad internacional, la posibilidad de elaborar y aplicar estrategias de recuperación y reconstrucción (…).
- Deficiencias en la construcción de la paz. La educación puede desempeñar un papel esencial en la construcción de la paz. Es posible que sea en este sector donde la educación puede conseguir los beneficios iniciales de la paz más visibles, de los que depende la supervivencia de los acuerdos de paz (…) (p. 26).

5.2. El caso peruano

En el Perú las situaciones de conflicto armado internacional han sido específicas, siendo el recuerdo más funesto el de la ocupación de la capital y otras ciudades en el contexto de la Guerra del Pacífico (1879-1883). Como se sabe, las secuelas del conflicto fueron diversas, con innumerables bajas, saqueos y un considerable daño al patrimonio histórico del país. Si bien entonces no había un concepto pleno de la educación como derecho fundamental, es sumamente conocido el arrojo de estudiantes del Colegio Nuestra Señora de Guadalupe y otras escuelas durante la defensa de Lima, perdiéndose la vida heroica y trágicamente.

Sin embargo, en el caso de los conflictos armados al interior del país, los hechos desarrollados por la agrupación terrorista Sendero Luminoso provocaron un daño al derecho fundamental a la educación de proporciones mayúsculas, tanto a los miembros de la comunidad educativa como a la infraestructura y posibilidades para el sector. Los efectos de este insano accionar aún se siguen sufriendo a pesar de las décadas transcurridas, y con la constante amenaza del rebrote de ese grupo o sus aliados en lugares focalizados del Perú, donde su presencia no ha podido ser desterrada.

Precisamente, en el presente siglo XXI, viene siendo un problema vigente la presencia de conflictos armados internos en el país, los cuales tienen como epicentro la zona del VRAEM (Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro) donde tienen a lugar operaciones terroristas y de narcotráfico que han originado declarar el lugar en permanente estado de emergencia, precisándose al respecto:

> Según Alonso Gurmendi, en el caso concreto, este reconocimiento por parte del Estado se dio por primera vez a través del Decreto Supremo 076-2016-PCM, indicando explícitamente, en su exposición de motivos, que existe un conflicto armado con el Militarizado Partido Comunista del Perú (MPCP). Dicho Decreto Supremo fue prorrogado por el Decreto Supremo 075-2021-PCM (Meza, 2021).

Hablar del VRAEM en remitirnos a una zona compleja, foco de diversos problemas y como tal muy delicada en su tratamiento y las medidas a aplicarse. Por sus condiciones inseguras gran parte de su realidad solo puede conocerse vía los medios de prensa, los cuales han informado que:

> Es una de las zonas más deprimidas del país, con altos índices de pobreza extrema, precarios servicios de comunicación y graves déficits de salud y educación. Su economía está poco diversificada y es fundamentalmente agrícola, destacando cultivos como el cacao, el café y la hoja de coca, materia prima de la producción de cocaína (Cueto, 2021).

Asimismo, conforme a distintos reportes, existe dentro de la zona del VRAEM una fuerte presencia de los remanentes del grupo terrorista Sendero Luminoso (quienes

provienen del Militarizado Partido Comunista del Perú), quienes actúan en esta región con el propósito de controlar los cultivos de hoja de coca, impulsando el narcotráfico y creando alianzas con quienes se encuentran vinculados con esta nefasta actividad. En este sentido, se advierte que el modus operandi de dicho grupo en la región es contar con un espacio para el cultivo y fomento de la hoja de coca, insumo esencial para la producción de cocaína, y por ende, con amplia incidencia en el tráfico de drogas.

La problemática que se yergue en el VRAEM, sobre el derecho fundamental a la educación, ya ha sido materia de atención en ciertos trabajos, incidiéndose en la pluralidad de lesiones que se configuran contra los miembros de la comunidad educativa y que realmente constituye una dramática situación que no se difunde con la urgencia que demanda, conforme se advierte de lo siguiente:

> El Valle del Río Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM) es una de las zonas más convulsionadas del Perú, donde el Estado lucha incansablemente contra el narcotráfico y el terrorismo. Sin embargo, hay otra lucha diaria que libran centenares de educadores de esa zona, tratando de evitar que los jóvenes caigan en la trampa de la violencia y piden mejorar las condiciones educativas en sus colegios (Programa Nacional de Infraestructura Educativa, 2018)

Como tal, y teniendo en cuenta lo expuesto, los conflictos armados son una realidad, y especialmente en el caso del Perú, tenemos aun situaciones por resolver que rebasan la propia configuración de los enfrentamientos y las bajas que terminan suscitándose de ambos bandos; tan grave como la situación beligerante viene a ser el daño contra los derechos sociales de la población civil que se ve forzadamente aprisionada del conflicto.

La multiculturalidad de nuestro país, si bien lo hace especial y complejo, también ha generado indolencia en ciertos espacios en los cuales los problemas de estos sectores de la provincia y los valles no ocupan mayor atención del gran público de las ciudades. Si bien periódicamente en el Perú se presentan emergencias derivadas de situaciones climatológicas como sequías, huaycos y heladas a lo largo y ancho del país, la permanente situación del VRAEM no concita la atención que merece, salvo en contados episodios, pero que luego pierden cobertura mediática como lo ocurrido el 24 de mayo de 2021 en el contexto de las elecciones presidenciales peruanas (Canal N, 2021).

Consideramos que persiste un descuido en entender, por parte de las autoridades, los factores esenciales y estructurales que nutren el conflicto en la zona del VRAEM. La sola estrategia militar para el lugar no va a garantizar mejoras para la población civil que termina viviendo a merced de otros, sin propia voluntad ni seguridad. Es indispensable rescatar a la población, pero no en términos físicos, sino en reforzar la experiencia educativa y en paralelo promover el diálogo, para que puedan desprenderse de las condiciones que los apresan tanto hoy como para el futuro.

Y en este sentido urge difundir más estudios y reportajes en torno a la complicada situación que afrontan los peruanos que habitan en dicha región, para poder brindarles soluciones y oportunidades que requieren y merecen; aun con los esfuerzos militares por enfrentar la presencia del narcotráfico y el terrorismo en el lugar, no se está tomando en cuenta la real magnitud del conflicto armado respecto de los perjuicios que se configuran contra otros derechos fundamentales. Hemos destacado en el presente estudio el caso del derecho a la educación, pero también pueden advertirse otros tales como el derecho al trabajo, el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, el derecho de propiedad, entre otros.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que remediar las lesiones contra los derechos de carácter social, producidas debido a los conflictos, pueden resultar más complicadas de atender por lo progresivo del desarrollo de las personas afectado. Generalmente la niñez es la etapa por excelencia para la educación básica de las personas, y frente ello, recuperar el tiempo perdido es casi inviable, con lo cual además de poder brindar acceso a la educación formal u alternativa, también consideramos indispensable dotar de un acompañamiento psicológico apropiado que asegure a los involucrados una orientación que les permita integrarse con éxito a la sociedad en su conjunto.

En general, la atención de los derechos fundamentales de las víctimas de los conflictos armados, exige también un replanteamiento del derecho a la igualdad de las personas, una de las piedras angulares del Estado Moderno, teniéndose en cuenta que la igualdad no se trata de brindar tratos idénticos sin miramientos, sino el derecho de tratar de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación, criterio concordante con lo expuesto por el Tribunal Constitucional peruano (Sentencia recaída en el Expediente 00009-2007-PI/TC).

Por lo tanto, aun con la complejidad y factores propios de cada conflicto armado que se produce el día de hoy, o en el futuro, es indispensable adoptar medidas efectivas frente a los agravios contra el derecho fundamental a la educación, toda vez que conforme se ha expuesto, las secuelas dejadas repercuten y tienen especial impacto durante toda la vida de los menores involucrados en el conflicto, y hasta puedan cerrar toda perspectiva y esperanza sobre lo que la educación realmente representa para el futuro de la humanidad misma.

Dentro del desarrollo de la presente investigación, hemos podido reparar que existen una serie de estudios, multidisciplinarios, los cuales, a partir de los problemas para el derecho a la educación en el marco de los conflictos armados, abordan diversos efectos que surgen por estos casos, lo cual en definitiva constituye un interesante eje de reflexión que debe seguir progresando en su inquietud y análisis.

Incluso, los enfoques que hemos mencionado pueden partir de acontecimientos bélicos del pasado, pero rescatando los alcances que pueden generar interés en otras ciencias tales como la psicología y la pedagogía, por mencionar algunos, tal como se desprende del trabajo de Vicent *et al.* (2020) en el cual refieren que:

> Durante la fase de cribado de la muestra, se ha constatado que una de las consecuencias de los conflictos armados -caso, por ejemplo, de las guerras mundiales-, es que suelen suponer un hito temporal a partir del cual la educación para la ciudadanía y la enseñanza de las ciencias sociales son reformuladas. Ambos campos educativos son delicados y exigen prestar atención al modo en el que se abordan en las aulas (p. 75).

Es evidente que conocer el nivel de agravio de los conflictos armados contra la comunidad educativa y el derecho fundamental a la educación demanda la oportunidad de acercarse a los involucrados y testigos en estas situaciones para poder tener un real diagnóstico de las secuelas que se manifiestan y a partir de ella establecer políticas mucho más efectivas para brindar respaldo a quienes tuvieron que vivir el flagelo de la violencia y ver postergado su proyecto de vida.

A partir de ello, consideramos que la comunidad internacional y las instituciones deben organizar en gran medida el trabajo que pueda realizarse para atender a quienes se vieron afectados por los conflictos armados. Asumimos que la mejor forma de desarrollar un trabajo con expectativas fructíferas es articulando esfuerzos y teniendo un respaldo estructurado para que se pueda llegar a la mayor cantidad de personas que requieran ayuda, y como tal, los recursos que sustenten dicha labor puedan ser constantes teniendo en cuenta que la finalidad es rescatar a la población inocente de la violencia desmedida que surge y que no repara en el desastre que ocasiona.

6. Conclusiones

La educación a lo largo de la historia ha favorecido el progreso humano, y los efectos en la profesionalización de sus agentes y la modernización de sus procesos permitieron un avance sin precedentes en el último siglo en el ámbito de las ciencias en todo nivel.

El derecho humano a la educación evidencia ese manifiesto reconocimiento, por parte de los pueblos del mundo, a la importancia de la actividad educativa, siendo indispensable garantizar su acceso, prestación de calidad y procurando el respeto al estudiante en formación.

Los conflictos armados han sido una constante en la historia de la humanidad, afrontando diversas etapas y momentos. Lamentablemente la paz aún está lejos de ser una realidad para todos los rincones del globo, y debe tomarse especial atención en los derechos que resultan especialmente afectados producto de estos enfrentamientos.

Un conflicto armado origina serias y diversas lesiones a los miembros de la comunidad educativa, propiamente constituye una situación pluriofensiva donde los estudiantes son sumamente perjudicados, pero en el caso de los padres de familia y docentes también afrontan negativas repercusiones que pueden tener impacto a lo largo de su vida.

No debemos dejar de notar la situación particular en el Perú, donde aún en ciertas regiones hay conflictos derivados de la lucha contra los remanentes del terrorismo y del narcotráfico. Sumando a la precaria situación de la infraestructura educativa en varias localidades, en regiones como el VRAEM el drama que afrontan los estudiantes los condena a un círculo vicioso en el cual, al no tenerse a la educación como opción, se verán forzados a someterse al accionar ilícito de mantenerse las condiciones como hasta ahora.

Si bien a nivel del gobierno peruano se han adoptado algunas acciones para recuperar al ámbito educativo en las zonas de conflicto, consideramos indispensable que la realidad que se afronta sea difundida

a nivel nacional con el objeto de que tome real conciencia de los perjuicios que se generan producto de la violencia, y que la ciudadanía y las autoridades puedan prevenir este tipo de conductas en sus localidades.

La educación seguirá siendo el patrimonio humano por excelencia, así como la fuente para preservar su desarrollo y supervivencia; que los conflictos armados no sigan agraviando a inocentes que se ven imposibilitados de continuar sus estudios debe ser una preocupación constante y prioritaria en todo plano de decisión nacional e internacional.

Referencias bibliográficas

Barchilón, M. (2018, 13 de setiembre). *Cuando la guerra pone en peligro la educación*. La Vanguardia. https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20180913/451776332296/educacion-peligro-guerra-conflicto-armado.html

Benavides, L. (2015). *Derecho Internacional Humanitario.* Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Canal N. (2021, 24 de mayo). *Vraem: Terroristas asesinan a 14 personas en el distrito de Vizcatán del Ene*. https://canaln.pe/actualidad/vraem-terroristas-ejecutan-al-menos-18-personas-vizcatan-ene-n435350?ref=

Chanamé, R. (2011). *La Constitución Comentada*. Editorial ADRUS.

Clausewitz, K. (1984). *De la guerra*. Labor.

Cuenca, R. (2012). *Desencuentros entre el discurso del derecho a la educación y las políticas educativas en el Perú de la década del 2000*. IEP-Clacso.

Cueto, J. (2021, 25 de mayo). *Perú: cómo es el Vraem, el "valle de la droga" en el que ocurrió la masacre de 16 personas atribuida a Sendero Luminoso*. BBC News. https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-57240760

Degrasse, N. (2016, 30 de junio). *Quizás el próximo Einstein se está muriendo de hambre en Etiopía*. El País. https://elpais.com/elpais/2016/06/30/ciencia/1467281442_280683.html

García, V. (2008). *Los derechos fundamentales en el Perú*. Jurista Editores.

Gómez, F. (2000). La *participación de los niños en los conflictos armados. El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño*. Universidad de Deusto.

Izquierdo, J. (2015). *Escuelas y Educación en los Conflictos Armados (DIEEEA19-2015)*. Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE). https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2015/DIEEEA19-2015_Escuelas-Educacion_ConflictosArmados_MJIA.pdf

Meza, C. (2021). *VRAEM: ¿Estamos ante un conflicto armado o terrorismo?*. Ventana Jurídica Facultad de Derecho PUCP. https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/ventanajuridica/vraem-estamos-ante-un-conflicto-armado-o-terrorismo/

Navarro, I., Royo, J., Urgell, J., Urrutia, P., Villelas, A. & Villelas, M. (2021). *Alerta 2021! Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*. Escola de Cultura de Pau.

Nicoletti, J. (2009). La educación como derecho universal. *EDUCATIO Revista Regional de Investigación Educativa, 7*, 73-85.

Ospina, J. (2015, 30 de junio). *La educación para la paz en situaciones de conflicto armado. Construyendo un nuevo enfoque desde el caso de los Territorios Palestinos Ocupados*. [tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas]. Biblioteca Universidad Carlos III de Madrid. http://hdl.handle.net/10016/21935

Ospina, J. (2016). El derecho a la educación en situaciones de conflicto armado: de las manifestaciones e impactos de la violencia a la construcción de la paz. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 209-242.

Porcelli, E. (2004, 11 - 12 de noviembre). *Niñez en conflictos armados: La educación no formal, una alternativa para la paz*. II Congreso en Relaciones Internacionales del IRI - La Plata, Argentina. Universidad Nacional de la Plata.

Programa Nacional de Infraestructura Educativa. (2018, 11 de junio). *La educación se abre paso en comunidades del VRAEM con nuevos proyectos educativos*. https://www.gob.pe/institucion/pronied/noticias/208860-la-educacion-se-abre-paso-en-comunidades-del-vraem-con-nuevos-proyectos-educativos

Save the Children. (2019). *No a la guerra contra la infancia*. https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/informe_no_a_la_guerra_contra_la_infancia.pdf

Tribunal Constitucional. (2005, 18 de febrero). Sentencia recaída en el expediente 0091-2005-PA/TC.

Tribunal Constitucional. (2007, 29 de agosto). Sentencia recaída en el expediente 00009-2007-PI/TC.

Tribunal Constitucional. (2007, 17 de octubre). Sentencia recaída en el expediente 4646-2007-AA/TC.

UNESCO. (2011). *Informe de Seguimiento de la Educación para todos en el Mundo*. París.

Vicent, N., Castrillo, J., Ibañez-Etxeberria, A., & Albas, L. (2020). Conflictos armados y su tratamiento en educación. Análisis de la producción científica de los últimos 25 años en la Web of Science. *Revista digital de Historia y Didáctica de la Historia, 14*(2), 55-91.

Villegas, M. (2011). *Niños, niñas y jóvenes afectados por el conflicto armado, Educación en Derechos Humanos y Derecho a la Educación* [tesis de grado de maestría en psicología comunitaria, Pontificia Universidad Javeriana]. Repositorio institucional de la Pontificia Universidad Javeriana. https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/1550/VillegasPati%C3%B1oMarcela2011.pdf?sequence=5

Vité, S. (2009). Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales. *International Review of the Red Cross, 873*, 69-94.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.009

Sistemas de armas autónomas y DIH. Advertencia de un futuro cercano(*)

Autonomous weapons systems and IHL. Warning of the near future

Melissa Macher Reyes(**)
Universidad de Leiden (Leiden, Países Bajos)

Resumen: La Inteligencia Artificial y los sistemas de aprendizaje automático están revolucionando no solamente la forma en la que vivimos y nos relacionamos, sino también la manera en la que aplicamos este tipo de tecnología en conflictos bélicos. Si bien es cierto que, en muchos casos la idea de Inteligencia Artificial puede presentarse como un concepto muy remoto, sistemas de aprendizaje automático incluso en sus niveles de desarrollo actual, pueden presentar una amenaza más real que toda esta tecnología desarrollada y potencial. Este artículo busca socializar la información relacionada al potencial actual de los sistemas de aprendizaje automático y analizar en qué medida se encuentran estos avances alineados con las normas del Derecho Internacional Humanitario. A pesar de que el desarrollo de esta tecnología ocurre en mayor escala en ámbitos corporativos, la carrera por militarizar esos hallazgos existe, no es ajena a nuestra realidad y está más presente de lo que imaginamos.

Palabras clave: Derecho Internacional Humanitario - Inteligencia Artificial - Aprendizaje Automático - Información como arma de guerra

Abstract: Artificial Intelligence and machine learning systems are revolutionizing not only the way we live and interact but also the way we apply this type of technology in war conflicts. While it is true that in many cases the idea of Artificial Intelligence can be presented as a very remote concept, machine learning systems, even at their current levels of development, can present a more real threat than all this developed and potential technology. This article seeks to socialize the information related to the current potential of machine learning systems and analyze to what extent these advances are aligned with the norms of International Humanitarian Law. Although the development of this technology occurs on a larger scale in corporate settings, the race to militarize these findings exists is not alien to our reality and is more present than we imagine.

Keywords: International Humanitarian Law - Artificial Intelligence - Machine Learning - Information as a weapon of war

---

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 4 de septiembre de 2021 y su publicación fue aprobada el 21 de diciembre de 2021.

(**) LLM en Derecho Internacional Público por la Universidad de Leiden, en Holanda (Países Bajos). Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6705-4220. Correo electrónico: machermelissa@gmail.com.

1. Introducción

1.1. Antecedentes

Cuando hablamos de armas e Inteligencia Artificial (IA) se nos vienen a la cabeza una serie de imágenes de las cuales nos sentimos alejados temporal y espacialmente. Pensamos en drones capaces de identificar a sus objetivos de manera automática e independiente, o figuras humanoides capaces de procesar grandes cantidades de información en un corto periodo de tiempo como las sacadas de películas futuristas. Estas preconcepciones, cada una intimidante en su propio contexto, tienen en común que la Inteligencia Artificial, es sin duda capaz de superar infinitamente el proceso cognitivo de los seres humanos.

¿Pero qué pasa si este tipo de arma no es en la que debería atemorizarnos más? La Inteligencia Artificial está mucho más cercana y accesible a nosotros de lo que imaginamos cuando evocamos drones o figuras humanoides. Actualmente usamos Inteligencia Artificial en muchos ámbitos cotidianos que seguramente han pasado desapercibidos como un motor de búsqueda en internet o el asistente personal en nuestros celulares. De igual forma, se viene desarrollando esta tecnología en medicina, finanzas, movilidad, traducciones y como veremos detenidamente, en defensa estatal.

Es una realidad que esta tecnología viene investigándose, desarrollándose y aplicándose por distintos estados y en contextos militarizados. Este escenario toma relevancia cuando estas herramientas son aplicadas por estos mismos estados con la finalidad garantizar su labor de defensa y seguridad, principalmente en el ámbito regulado por el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Es el caso por ejemplo en Sudamérica, en donde venimos experimentado un movimiento social y gubernamental durante los últimos años, presenciando una decodificación de la realidad que da paso a grandes cambios de paradigma, normalmente por motivos políticos, sociales, étnicos y/o religiosos.

Es el caso de las revueltas de Chile, las protestas en Perú, Colombia y Bolivia y los casos de violencia en Cuba durante el 2020 y el 2021. En un momento en que el apoyo público a la democracia en Latinoamérica está flaqueando, la IA podría ayudar al rescate. Los órganos del Congreso de toda la región podrían utilizar la inteligencia artificial para impulsar la transparencia y los aportes del proceso legislativo. De hecho, Hacker Laboratory, un laboratorio de innovación dentro de la Cámara de Diputados de Brasil, está utilizando plataformas de inteligencia artificial para facilitar las interacciones entre legisladores y ciudadanos.

> La esfera digital y el desarrollo de un espacio público digital y animado por inmensas plataformas de redes sociales, a su vez dirigidas por algoritmos que unen a los individuos por enlaces de afinidad y centros de intereses comunes, impactan en los movimientos sociales en varios niveles. El espacio digital y las redes sociales en particular (Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp, TikTok) multiplican las interacciones de los movimientos y sus miembros sin intermediarios, en todos los niveles de la sociedad y los territorios (local, nacional, global), y los conectan con una serie de individuos no conocidos, comprometidos y organizados anteriormente, pero que pueden encontrarse de acuerdo con sus valores, demandas y resistencias. Al permitir que los movimientos difundan su mensaje a millones de personas, que son tanto medios como actores en sí mismos, y que convoquen a movilizaciones callejeras sin la necesidad de recursos financieros o de medios tradicionales (Ventura & Billion, 2020).

Lo antes señalado ha generado una infinidad de situaciones de violencia, en las cuales cada Estado tiene un rol, que incluye velar por la seguridad respetando lo establecido en los Convenios de Ginebra (CG) y las disposiciones inderogables de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)[1]. En este escenario, utilizar tecnologías que aplican Inteligencia Artificial podría contribuir positivamente a que se tenga un nivel de prevención y control mucho más preciso. Así, se generaría una reducción en los muy comunes excesos en el uso de la fuerza por parte del Estado y/o participantes en las hostilidades, así como a la capacidad de brindar a la población civil una sensación de seguridad más sostenible en el tiempo.

Sin embargo, podemos estar en un supuesto en el que estos objetivos se alcancen en detrimento de no combatientes, como consecuencia de la falta de control que tiene un civil en el uso y manejo de su propia información. El establecimiento de un marco normativo claro y ajustado a la realidad sobre los medios de guerra que funcionan aplicando la Inteligencia Artificial es poco, por no decir nulo. En un contexto de violencia, la línea que divide un uso ‘‘ético’’ y el ‘‘práctico’’ puede no ser tan clara.

La falta de un sistema normativo preciso como consecuencia de su novedad, tanto

(1) Especialmente en lo que respecta al Art. 3 común a todos los Convenios de Ginebra, articulo 27 de CADH y artículo 4 del PIDCP.

en el ámbito internacional como en el nacional, significa que existe un vacío normativo en la aplicación de dicha tecnología a la realidad y, por ende, una oportunidad para abusar de ella ya sea de parte del Estado o de cualquier grupo que participe activamente en las hostilidades. Es más, como veremos más adelante, incluso algunos de los supuestos básicos del DIH se ponen en tela de juicio y las categorías y distinciones fundamentales como ''conflicto armado'', ''civil'' y ''objetivo militar'', no se distinguen con tanta facilidad en este ámbito (Diamond, 2014, p. 70).

1.2. Metodología

Este artículo presentará una perspectiva con respecto a los sistemas de armas autónomas que pueden generarse del uso de la información emitida por civiles no combatientes y a su uso hipotético como arma de guerra en el contexto de un conflicto armado. El objetivo es brindar un entendimiento básico pero exhaustivo de las posibles amenazas que existen en torno a la utilización de esta nueva tecnología.

El artículo está estructurado alrededor de las siguientes nociones: (i) ¿Cuál es el tipo de inteligencia artificial que nos concierne? (ii) ¿Cuáles son las posibles amenazas a las que nos enfrentamos?, y (iii) ¿Cuáles son las violaciones al DIH que se desprenden de este análisis?

El análisis presentado se basa es una revisión multidisciplinaria acerca del desarrollo de tecnologías de Inteligencia Artificial y sistemas de armas autónomos proveniente de fuentes civiles y militares. Asimismo, se sustenta en la recolección de datos relacionados con esta tecnología de fuentes digitales e impresas y su aplicación con la normativa positiva y consuetudinaria del DIH.

1.3. Objetivo

Como explicaremos en detalle más adelante, la Inteligencia Artificial se alimenta y se crea principalmente a base de información. Mientras más información volquemos nosotros sobre estas herramientas, más precisas se vuelven. Muchas de estas tecnologías son capaces de aprender por sí mismas, a través de, entrenamientos, el uso habitual, el *feedback* del usuario y toda la información que se les proporciona en conjunto. Este atributo inherente a la Inteligencia Artificial se conoce como ''aprendizaje automático'' (De Spiegeleire, 2017, pp. 33-35).

En este articulo analizaremos qué podemos entender realmente por Inteligencia Artificial y cómo el Aprendizaje Automático facilita que esta tecnología se encuentre disponible para ser aplicada en los sistemas de armas autónomas para fines bélicos. Asimismo, analizaremos las potenciales amenazas y riesgos a los que estarían expuestos quienes no participan directamente en las hostilidades, ya sean estas de carácter internacional (CAI) o internas (CANI).

2. La inteligencia artificial como arma de guerra

Para entender realmente qué es la Inteligencia Artificial y cómo puede ser aplicada actualmente en contextos de conflictos armados, es necesario entender su razón de ser y el posible potencial de aplicación en el futuro. Asimismo, es necesario comprender como el Aprendizaje Automático es el hilo conductor de los sistemas de armas autónomas y como se ha convertido en un tema de interés para el DIH.

2.1. ¿Qué es la Inteligencia Artificial?

Todas las herramientas que funcionan luego de haber sido programadas con un algoritmo tienen un grado de Inteligencia Artificial. John McCarthy acuño el término en 1955 y señalaba que esta puede definirse como ''la ciencia y la ingeniería de hacer máquinas inteligentes'' (Boulanin, 2017, p. 89). Esta puede definirse como la inteligencia no humana que se mide por la habilidad de ''replicar las habilidades mentales propias del ser humano''. Estas habilidades pueden ser, por ejemplo: el reconocimiento de patrones, el entendimiento del lenguaje natural, el aprendizaje basado en la experiencia, la capacidad de crear estrategias, el razonamiento sobre ciertos preceptos, entre otros (De Spiegeleire, 2017, p. 28).

Muchos autores, reconocen a la Inteligencia Artificial, como la definición paraguas que cubre todo tipo de investigación que busca hacer que las máquinas resuelvan problemas que los humanos calificamos de inteligentes (Boulanin, 2017, p. 90). Dentro de esta definición general, existen distintos tipos de tecnologías que componen varias capas o ''generaciones'' de lo que la Inteligencia Artificial comprende actualmente. Esta primera clasificación nos va a ayudar a tener claro los tipos de tecnología de los que estamos hablando y cuál es realmente el nivel de aplicación de estos en la realidad (De Spiegeleire, 2017, pp. 12-13).

- Artificial Super Inteligence (ASI) Es la tecnología que supera la inteligencia humana en cualquier ámbito.
- Artificial General Inteligence (AGI) Es la tecnología que equipara en su total capacidad a los humanos en cualquier tipo de ámbito.

- Artificial Narrow Inteligence: (ANI) Es la tecnología que equipara o excede la inteligencia humana para una tarea en específico.

Estos tres tipos de Inteligencia Artificial se encuentran en distintos niveles de desarrollo y cada uno viene con una implicación ética, moral y legal independiente de la otra. Aún nos encontramos lejos de lo que sería entendido como un ASI y un AGI. Esta tecnología es muy parecida a una entidad que -bajo cualquier precepto- piensa de manera superior a la mente humana. Una especie de deidad que nos superaría en todos los ámbitos y que por el momento en encuentra dentro del ámbito de la ciencia ficción (Boulanin, 2017, p. 92). Si bien es cierto que esto parece una realidad utópica, es necesario empezar a pensar en las implicancias legales y éticas, así como considerar medidas para la supervisión, regulación y conducción responsable por parte de quienes la controlen (De Spiegeleire, 2017, p. 16). Por otro lado la tecnología ANI, sobre la cual nos enfocaremos durante este artículo, tiene la potencialidad de mejorar nuestra experiencia humana como consecuencia de sus efectos prácticos, por lo que es muy posible que la tomemos con los brazos abiertos ya que probablemente facilite la vida cotidiana.

Entre todas estas formas de Inteligencia Artificial, existe un factor común que es la capacidad de aprender autónomamente desde la información que se le proporciona. Este tipo de tecnología se llama *Machine Learning* o Aprendizaje Automático y es la característica que permite que este tipo de tecnología evolucione y ‘‘aprenda’’ a procesar la información de forma superior a la humana, basándose en patrones y algoritmos.

2.2. ¿Qué es el Aprendizaje Automático?

El Aprendizaje Automático, como su nombre lo dice, es la capacidad que tiene una máquina para aprender y evolucionar por sí misma. El Aprendizaje Automático, una de las características de la Inteligencia Artificial, hace referencia a una serie de códigos para detectar patrones, aprender y hacer predicciones de acuerdo con la información proporcionada al momento de su programación. Esta particularidad es la que permite que las máquinas aprendan y realicen tareas sin necesidad de programarlas explícitamente (Lewis, 2018, p. 4).

El reciente éxito y desarrollo acelerado de este tipo de tecnología es consecuencia del aumento de la capacidad de las computadoras y el crecimiento en la cantidad de información que tenemos disponible para su alimentación. Conjuntamente estos contribuyen al entrenamiento de los algoritmos de la Inteligencia Artificial. Su efectividad, como ya mencionamos, depende no solo de un algoritmo correcto sino de la cantidad y la calidad de la información proporcionada para su entrenamiento (Lewis, 2018, p. 4).

En mucha mayor escala, el Aprendizaje Automático es cada día más indispensable en las actividades que realizamos, por ejemplo:

- El uso de los asistentes personales en los teléfonos. Estos siguen instrucciones a través del reconocimiento de voz y aprenden a través de conversaciones. De manera más relevante, estos toman muestras de nuestros datos y de muchas más conversaciones para ‘‘aprender’’ a reconocer palabras o distintas formas de pronunciación.
- Los servicios de *streaming* de películas, series o música, usan el aprendizaje automático para hacer recomendaciones, utilizando como herramientas los hábitos de visualización, detectando patrones y gustos.
- En las redes sociales se usan algoritmos para reconocer rostros e imágenes, además de mostrar el tipo de información más a fin con el usuario.
- Con relación a temas médicos, las computadoras pueden analizar imágenes en búsqueda de pistas visuales que indiquen la presencia de afecciones médicas utilizadas para el diagnóstico sanitario (Hauert, 2017).

Las muchas aplicaciones comerciales de la Inteligencia Artificial derivan de la habilidad de la tecnología para encontrar patrones, valores atípicos y soluciones óptimas para grandes cantidades de información. De acuerdo con Lewis, las más comunes son las siguientes:

> Es en estas tecnologías, las que se encuentran incorporadas en el día a día, en las que haremos hincapié. Ya que, por su amplio uso, el cual pasa inadvertido, podrían ser usadas en contra de quienes no participan directamente en las hostilidades (Lewis, 2018, p. 6).

Tabla 1: Funciones comunes de los AWS y sus descripciones

Función	Descripción
Automatización de tareas	Automatizar funciones de rutina y emplear la formación de equipos hombre-máquina para reducir el tiempo y carga del personal (por ejemplo: hacerse cargo funciones administrativas).
Procesar conjuntos de datos grandes o complejos	Permitir el análisis de gran cantidad de datos y fuentes de datos (por ejemplo: reconocimiento de voz e imagen, mapas y vigilancia).
Predecir el comportamiento	Aprender de los datos pasados para anticipar un posible comportamiento futuro (por ejemplo: predicción en tiempos de tráfico).

Función	Descripción
Marcar anomalías o eventos de interés	Identificación de indicadores de problemas potenciales o eventos de interés para crear alertas (por ejemplo: bancos que predicen transacciones fraudulentas).
Etiquetado de datos y corrección de errores	Reconocimiento de contenido y creación de etiquetas para explotar datos eficientemente (por ejemplo: taggeado automático en Facebook).

(Lewis, 2018, p. 6)

2.3. Sistemas de Armas Autónomos

Cuando aplicamos la Inteligencia Artificial (ANI) al ámbito bélico, estamos hablando de Sistemas de Armas Autónomas (AWS[2]). En ese sentido, la clave para entender este tipo de armamento es la palabra "autónomo", la cual hace referencia a un sistema, ya sea de hardware o software capaz de ejecutar una tarea sin intervención humana (Boulanin, 2017, p. 6). En ese sentido, de forma técnica la autonomía de la que hablaremos se entiende como la capacidad de "transformar información del entorno en un plan/acción con propósito" (Boulanin, 2017, p. 7).

El Comité International de la Cruz Roja (CICR) basándose en la naturaleza de las tareas que desempeñan las AWS las define como cualquier tipo de armamento con autonomía en sus funciones criticas; es decir, un arma que sin intervención humana puede seleccionar (buscar o detectar, identificar y rastrear) y atacar (interceptar, aplicar fuerza, neutralizar, dañar o destruir) objetivos (CICR, 2015).

Actualmente, los sistemas militares ya incluyen muchas actividades ''autónomas'', específicamente en las áreas de: movilidad, focalización, inteligencia, interoperabilidad y manejo de la salud (Boulanin, 2017, p. 22). Asimismo, el CICR señala que las AWS en el marco del DIH puede emplearse en tres escenarios (CICR, 2021, pp. 465-468):

A) Robots y Armas Físicas

La primera aplicación implica aumentar el nivel de Inteligencia Artificial en robots y armas físicas; es decir, drones. La principal característica de estas armas es que son capaces de identificar, de manera independiente, sus objetivos sin contar con la participación de un humano en la tarea. Esta tecnología, si bien es una de las más peligrosas puesto que genera muchas implicancias y cuestionamientos con respecto a su aplicación, se encuentra en proceso de desarrollo y en etapas iniciales. Asimismo, en contextos como el de Sudamérica, se encuentra lejos de poder ser desarrollada a un nivel ''confiable'' por alguno de esos gobiernos.

B) Fuente de información

El segundo tipo, sobre el cual vamos a detenernos y desarrollar durante este artículo, hace referencia a los usos de la Inteligencia Artificial como fuente de nuevos medios información y/o en lo que podría considerarse una guerra cibernética[3].

Este tipo de tecnología aplicará los algoritmos diseñados y la información de patrones que estos arrojen a ayudar a los humanos a tomar decisiones más precisas basadas en el análisis de miles de escenarios preprogramados en su algoritmo. Su relación con la información que manejamos de forma diaria la convierte en el mayor factor de riesgo dentro de la aplicación de la Inteligencia Artificial.

En relación con acciones de inteligencia, los AWS son capaces de recopilar datos, a modo de ejemplo:

- Generación de mapas: Pueden ser usados sistemas subacuáticos, vigilancia y reconocimiento aéreo capaces de generar de forma autónoma detalles sobre el entorno. Un ejemplo notable es Shield AI, un Sistema aéreo no tripulado táctico actualmente en desarrollo por Estados Unidos. El Shield AI puede generar mapas tridimensionales (3-D) usando cámaras, láseres y sensores inerciales y ultrasónicos. No requiere pilotaje humano ni GPS (Tucker, 2016).
- Evaluación de amenazas: En este caso, el sistema está programado para evaluar el nivel de riesgo basado en criterios predefinidos. Por ejemplo: el sistema de defensa de antimisiles ''Iron Dome'' de Israel, puede evaluar dónde detonará un misil entrante y sugerir contramedidas dependiendo de la evaluación de la amenaza.
- Analítica de Big Data: el uso de análisis de big data para el reconocimiento de patrones en datos de inteligencia. Los

(2) Autonomous Weapons Systems (AWS), por sus siglas en inglés.
(3) Cabe mencionar que, durante este artículo no se hará referencia a la ''guerra cibernética'. Con relación a este tema, se puede consultar el Manual Tallin creado en 2009 por un grupo de expertos de la OTAN buscando crear un documento de referencia de carácter no obligatorio.

> avances en los algoritmos de aprendizaje automático permiten encontrar correlaciones en conjuntos de inteligencia grandes y potencialmente heterogéneos. Una ilustración reciente de esta capacidad es el supuesto uso de aprendizaje automático algoritmos de EE. UU. para buscar en el sistema global para comunicaciones móviles (GSM) metadatos de 55 millones de usuarios de teléfonos móviles en Pakistán. El algoritmo fue entrenado para localizar a los mensajeros que llevan mensajes entre miembros de al-Qaeda, finalmente ayudó a Estados Unidos a localizar la residencia de Osama Bin Laden (Boulanin, 2017, p. 29).

C) Toma de Decisiones

Este acápite hace referencia al proceso de toma de decisión per se; es decir, dejar que el algoritmo programado tome la decisión en lugar de que sea discreción de un humano. De los tres tipos de aplicaciones de la Inteligencia Artificial en AWS esta es la más lejana puesto que, al no existir un proceso claro y definido que nos ilustre del razonamiento detrás de la ‘‘toma de decisiones’’ de modo que pueda ser interiorizado por un humano, este tipo de tecnología siempre pasará por un filtro previo. Asimismo, muchos expertos señalan que podríamos ver aplicada este tipo de tecnología en no menos de 30 años y que es muy probable que estemos lidiando con los efectos del calentamiento global antes que con AWS (Deeks, 2020).

3. Amenazas

Como es el caso con muchas de las armas que existen, la Inteligencia Artificial, en este momento de su desarrollo, no es una tecnología del todo precisa. Las armas no son del todo predecibles. Un cambio de viento puede afectar la trayectoria de una flecha, una granada puede explotar en cualquier segundo y una bomba lacrimógena puede caer en cualquier parte. La aplicación de la Inteligencia Artificial para garantizar la seguridad del Estado o su defensa, no nos garantiza que el resultado vaya a ser el esperado. Sin importar la cantidad y calidad de información con la que se programe este algoritmo, con el objetivo de cubrir todos los escenarios posibles, no se podrían replicar todos los factores que pueden presentarse de imprevisto en la vida real. Es decir, es difícil predecir como va a funcionar la Inteligencia Artificial en la práctica (Schuller, 2017, p. 410).

A continuación, pasaremos a analizar con exactitud cuáles son los puntos que deberíamos tener en cuenta al momento de analizar los Sistemas de Armas Autónomos y su relación con las normas establecidas por el DIH.

3.1. La información como arma de guerra

La Inteligencia Artificial tiene un gran potencial para transformar nuestras vidas y la forma en la que nos sentimos seguros. En Estados Unidos se dio el caso en el que un policía de Texas durante su turno se presentó a atender dos llamados consecuencia de suicidios. Más tarde, en el mismo turno, fue llamado para poner orden en una fiesta de jóvenes. En ella, terminó sacando su arma de manera innecesaria. Existe ya un sistema creado por Rayid Ghani, de la Universidad de Chicago, que ha mejorado en 12 por ciento las predicciones sobre los oficiales de policía que podrían ser considerados ‘‘riesgosos’’. De esta manera se pueden tomar decisiones más acertadas con relación al personal de seguridad estatal. Idealmente, un sistema de Inteligencia Artificial hubiese sido capaz de prever la situación del policía y recomendar que se elija un policía menos expuesto al estrés para atender la llamada de los jóvenes (The Economist, 2016).

Cuando extrapolamos este ejemplo y pensamos en el potencial militar, la gran cantidad de información que se crea diariamente en diversos sectores, podemos imaginarnos los múltiples usos en los que se podría implementar la Inteligencia Artificial. Entre ellos se encuentra el procesamiento de informaciones complejas para encontrar soluciones óptimas, la predicción de un comportamiento, la identificación de anomalías y eventos de interés, la corrección de errores, entre otros.

Las oportunidades en la aplicación de este tipo de tecnología no han pasado desapercibidas para los países que se encuentran siempre a la vanguardia de la tecnología de guerra. El Departamento de Defensa de Estados Unidos busca capitalizar el rápido desarrollo de la Inteligencia Artificial en aplicaciones militares. Por su lado, el presidente ruso ha declarado que el país que domine la Inteligencia Artificial será quien mantenga el poder mundial. Es el mismo caso con China, que quiere crear una industria de Inteligencia Artificial de 150 mil millones de dólares. Dicha industria será la más avanzada del mundo y pretende obtener una ventaja militar en un ejemplo sin precedentes de cooperación civil-militar (Lewis, 2018, p. 1).

> En Argentina, por ejemplo, la inteligencia artificial se está utilizando para predecir y prepararse para el embarazo adolescente y la deserción escolar, así como para delinear oportunidades comerciales invisibles en los barrios de la ciudad. En Colombia y Uruguay,

> se ha desarrollado software para predecir dónde es probable que ocurran los delitos. En Brasil, la Universidad de São Paulo está desarrollando tecnología de aprendizaje automático que evaluará rápidamente la probabilidad de que los pacientes tengan dengue, zika o chikungunya cuando lleguen a un centro médico (MarshMcLennan, s. f.).

Esta lucha de poder nos lleva a analizar el hipotético caso en el que estas tecnologías sirvan para objetivos más perversos y efectivamente sean usadas en contextos militarizados sin ningún tipo de restricción. La cantidad de información que hemos ido volcando como usuarios aumenta diariamente de manera exponencial. Los últimos datos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), el organismo especializado de las Naciones Unidas para las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), revelan un incremento en el uso de Internet a escala mundial causado por el Covid-19 de 4,100 millones usuarios de Internet en 2019 a 4,900 millones en 2021 (ITU, 2021).

Ahora bien, en un contexto de uso de la fuerza, existe la posibilidad de tomar ‘‘ventaja’’ frente a la contraparte como consecuencia de la calidad y facilidad de acceso a información que se generaría al introducir un sistema de armas autónomas a los usos de la guerra. No es insensato pensar en las consecuencias que podrían generarse si toneladas de información -incluyendo no solamente a la personal sino a la que hace referencia a nuestros procesos mentales y la manera en la que tomamos decisiones- cayera en las manos equivocadas, un gobierno autoritario, un grupo armado, etc.

Se han visto casos en los que herramientas que funcionan con Inteligencia Artificial ha sido utilizada para la manipulación de la población civil con resultados comprobables. Es el caso del famoso escándalo de *Cambridge Analytica*, en donde se desarrolló un algoritmo producto de la información de los perfiles de algunos usuarios de Facebook, sus conexiones de amistad y los resultados de un cuestionario de personalidad. Dicho algoritmo pudo identificar 253 predicciones (la capacidad de un humano para procesar información es de 5 a 7 piezas) relacionadas a las afiliaciones políticas de las personas y a las maneras de poder ser influenciadas más fácilmente a través de las noticias que se mostraban en sus ordenadores (Weller, 2019).

El problema con *Cambridge Analytica* es la manera en la que se usó la información proporcionada por este algoritmo que a primera vista no parece negativa. Un grupo de personas identificadas como ‘‘influenciables’’ fueron alimentadas de información, no necesariamente veraz, que soportaban las aseveraciones del entonces candidato Donald Trump. Si bien no es posible establecer con certeza que los votantes expuestos al algoritmo de *Cambridge Analytica* basaron su decisión de voto en esta información, es preocupante saber que esta esta forma de manipulación fue convincente ya que este grupo de personas compartía un perfil, percibían de manera parecida la realidad y no cuestionaron la información que vieron (Weller, 2019).

Este ejemplo ilustra perfectamente lo que puede pasar cuando se tiene acceso a este tipo de información. Tenemos que ponernos en el caso en el que un Estado, o cualquiera que participe directamente de las hostilidades, puedan ‘‘manipular’’ nuestro pensamiento y alimentarnos de un tipo de información que se inclina para un lado u otro en específico.

Sin ir muy lejos:

> El Gobierno peruano, a través de la secretaria de Gobierno Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros, ha puesto a disposición de la ciudadanía una Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (ENIA) correspondiente al periodo 2021-2026 que tiene como finalidad impulsar la investigación, desarrollo y adopción de la IA en el país. Sin embargo, aún no hay una disposición específica sobre IA que regule sus riesgos, responsabilidades o su supervisión. Al no contar con una regulación que limite el desarrollo de la Inteligencia Artificial mientras su uso va en incremento, en un corto o mediano plazo hablaremos de un gran riesgo para la sociedad en general. Hay que tomar en cuenta que la IA en ocasiones funciona mal, es una tecnología en expansión y crecimiento cuyos errores pueden tener consecuencias (Linares, 2021).

3.2. Sesgo en el Aprendizaje Automático

Lo avances en la autonomía de las computadoras las hacen cada vez más capaces de reconocer y entender su entorno; sin embargo, es muy difícil para los programadores representar en un código cual es la verdadera relación entre objetos, personas y situaciones del mundo real. Debemos tener en cuenta que los algoritmos que crean la Inteligencia Artificial son diseñados por humanos, es decir, son factibles de ser creados con errores. De acuerdo con lo señalado por Pratt, existen casos en los que el algoritmo produce resultados sistémicamente dañados debido a suposiciones erróneas en el proceso de Aprendizaje Automático. A esto se le denomina ‘‘Sesgo del Aprendizaje Automático’’.

Los algoritmos pueden tener sesgos incorporados dentro de su programación, porque son creados por individuos (ya sean los programadores o quienes tengan el

interés) que tienen preferencias conscientes o inconscientes que pueden pasar desapercibidas hasta que los algoritmos se utilicen. Incluso cuando los diseñadores no tienen un motivo nefasto, un sesgo puede infiltrarse en la programación del sistema por una situación no prevista con anterioridad (Pratt, 2020).

Existen muchas decisiones en las que inclusive la forma en la que se ha establecido el código no es clara. En Estados Unidos algunos jueces utilizan los *risk assessments*, generados por un software, que indican cuál es la posibilidad de reincidencia de una persona. Estos exámenes son utilizados para el pago de fianzas y muchas veces -controversialmente- para definir las condenas. Sin embargo, se comprobó por un grupo de investigadores que, en Florida, el algoritmo etiquetaba a la gente de raza negra como futuros criminales casi el doble que a la gente de raza blanca (The Economist, 2016).

Es por esto que es de gran una importancia que los ciudadanos conozcan cómo se han tomado las decisiones que los afectan, especialmente si son producto de un algoritmo que puede tener un sinnúmero de factores determinantes en su programación. Estos sesgos pueden inclusive considerarse como ''perfiles raciales''. Tanto es así que la Unión Europea está considerando otorgar a los ciudadanos afectados por decisiones tomadas por algoritmos, el derecho de proveer una explicación en pro de la transparencia (The Economist, 2016).

3.3. Falta de explicabilidad e imprevisibilidad

Es por esto que una de las barreras más grandes del uso de las AWS es la ''explicabilidad'' de las decisiones que toma el algoritmo. Esta tecnología procesa datos y es capaz de llegar a conclusiones mucho más rápido que la inteligencia humana, sin embargo, una máquina solo puede superarnos en análisis deductivos mas no en análisis inductivos. Es decir, el resultado arrojado por una máquina en aplicación del algoritmo, el cual ha sido procesado con mucha más velocidad y efectividad que un proceso lógico humano, no puede brindarnos una razón fundamentada del proceso lógico que se ha seguido para tomar esta decisión. Incluso en el caso de que esto sea posible, el proceso de aprendizaje humano va a tomar un tiempo más prolongado.

La Agencia de Proyectos de Investigación Avanzados (DARPA)[(4)] de los Estados Unidos de Norteamérica tiene un presupuesto para el año 2021 de 3,5 billones de dólares americanos. Actualmente, se encuentra en pleno desarrollo de un programa para generar un sistema de explicabilidad de la Inteligencia Artificial (DARPA, 2021). Esto, dada la necesidad imperante que existe de entender, confiar y manejar de manera efectiva una generación de herramientas artificialmente inteligentes (Turek, 2021).

La incapacidad de explicar las decisiones que se toman y, por lo tanto, convertirlas en predecibles, es una característica que bloquea la aplicación de esta tecnología en la vida real. Un ejemplo que podemos ver actualmente son los automóviles autónomos. Estos automóviles no requieren ningún tipo de instrucción especifica acerca de qué maniobras utilizar. Sin embargo, el problema es que no es claro como este automóvil toma las decisiones (Boulanin, 2017, pp. 27-29). Inclusive para los propios desarrolladores de estas tecnologías es difícil entender cómo se ha tomado la decisión de despistarse o chocarse con una superficie.

Con relación a la Inteligencia Artificial y el software de Aprendizaje Automático, específicamente del tipo desarrollado para el ''reconocimiento automático de objetivos'' que se viene desarrollando para ser aplicados en sistemas de armas autónomas, la dimensión de imprevisibilidad eleva el nivel de preocupación sobre la falta de explicabilidad en su toma de decisiones y el posible sesgo al que han sido sometidas durante su programación (CICR, 2021, p. 466).

Es preciso preguntarnos: ¿Qué pasaría en el caso de que el sistema señale que es necesario eliminar a cierta persona? Puede ser porque ha identificado que es un combatiente o porque ha identificado a una persona potencialmente riesgosa para los intereses de la contraparte. Debe existir siempre un elemento de ''humanidad'' que permita tomar la decisión de si se debe actuar o no luego de recibir este tipo de información, sobre todo teniendo en cuenta que no conocemos cuál ha sido el proceso de análisis que ha dado este resultado.

Schuller menciona que quien programa debe tener en cuenta la incertidumbre en la programación del sistema de manera que podamos predecir razonablemente que cumplirá con el DIH a pesar de las complejidades inherentes al combate. Dependiendo del específico características del sistema, esta predicción podría ser simple, imposible o en algún lugar entremedio

(4) Defense Advanced Research Projects Agency, siglas en inglés.

(Schuller, 2017, pp. 411-412). La prueba, debe ser si un humano puede predecir razonablemente que la acción que tomará el AWS cumplirá con el DIH. Por lo tanto:

> Si podemos predecir razonablemente el cumplimiento del DIH, entonces mantenemos el control sin importar el tipo de interacción necesaria en el instante de la acción letal. Pero si no se puede predecir razonablemente que la máquina cumplirá con el DIH, este AWS puede ser ilegalmente autónomo (Schuller, 2017, p. 408).

4. Análisis jurídico

El Derecho Internacional Humanitario es el cuerpo normativo a quien le concierne regular de los conflictos armados, el tipo de armas que se usa y la protección de víctimas tanto en conflictos internos como internacionales. Esta muy relacionado al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puesto que ambos tienen los mismos valores, principalmente el de salvaguardar la dignidad y el respeto de la persona humana pero son aplicados en distintas realidades.

La mayoría de los conflictos modernos son de carácter no internacional, es decir que muchas veces el ‘‘total’’ del aparato legislativo con relación al DIH no es aplicable sino únicamente lo que se entiende como el núcleo duro y las normas de *Ius Cogens*. Una de las propias dificultades de la aplicación del DIH en sí, es que muchas veces los propios estados son quienes niegan la existencia de un conflicto que active la protección ofrecida por el DIH. Adicionalmente, muchas veces las organizaciones internacionales pueden influenciar en la categorización de un conflicto, pero no existe una definición exacta de lo que es un ‘‘conflicto armado’’ ni mucho menos una autoridad encargada de esta labor (Sivakumaran, 2018, p. 508).

Ahora bien, las normas de DIH han sido aplicadas a muchas situaciones y desde que se codificaron han sido capaces de ‘‘adaptarse’’ a las nuevas tecnologías de guerra que han podido desarrollarse durante el siglo pasado. El Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, en su artículo 36 establece que los estados tienen la obligación de adecuar cualquier nueva arma o método de guerra a las normas del DIH:

> Artículo 36. Armas nuevas Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante(5).

Si bien es cierto que esta obligación establece un buen punto de partida para los estados, la realidad es que los métodos de guerra están en una evolución continua y los escenarios beligerantes cambian constantemente. La regulación que brinda el DIH, fue creada teniendo en mente para métodos y medios de guerra que implican el uso del mundo físico, por lo que muchas de sus estipulaciones no encajan perfectamente con el mundo cibernético y/o de codificación. Por ello, es necesario recurrir a las principales regulaciones del DIH, incluyendo las normas consuetudinarias y principios rectores para analizar las posibles violaciones que pueden darse en el marco de un conflicto armado en el cual se apliquen un AWS de manera irrestricta, sin detenernos en la clasificación o naturaleza del conflicto en sí.

4.1. Violación al principio de distinción

El principio de distinción establece que únicamente quienes participan directamente en las hostilidades y los objetivos militares pueden ser objeto de ataques. De esta manera se estableció la prohibición de dirigir acciones bélicas a la población civil(6). En este sentido, el CICR ha establecido que para definir quienes son los que participan directamente en las hostilidades, se debe tomar en cuenta la aplicación combinada de tres requisitos circunstanciales y particulares de cada situación. Estos son en cada acción se debería analizar: el umbral de daño, causalidad directa y nexo beligerante, para hacer una distinción entre las actividades que son consideradas participación directa en las hostilidades y que, como consecuencia, conllevan a la pérdida de protección contra ataques directos (Melzer, 2010, p. 64).

Una de las más grandes preocupaciones que existe en torno a la aplicación de la Inteligencia Artificial en un contexto de conflicto armado es la capacidad para discernir adecuadamente entre quién es un objetivo militar legal y quiénes se encuentran protegidos de cualquier tipo de ataque por no participar activamente en las hostilidades. Es decir, esta AWS debe estar programada para discriminar entre un combatiente y un no combatiente de manera efectiva y

(5) Artículo 49, Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 Relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales.

(6) Principio contenido en el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, artículos 48 y 51 del Protocolo Adicional I, artículos 4, 13.2 y 14 del Protocolo Adicional II.

en concordancia con el principio de distinción establecido por el DIH. Inclusive, la capacidad de entendimiento de este sistema debería llegar hasta el momento exacto en el que un combatiente se rinde y por lo tanto ya no es considerado un objetivo militar. Como plantea Lewis, es válido cuestionarnos si una máquina va a ser capaz de responder adecuadamente en esta situación y reconocer ciertamente el momento en que un combatiente deja de serlo (Lewis, 2018, p. 14).

No es tan descabellado pensar que una máquina podría representar un riesgo menor para la población civil en comparación a un combatiente humano y que, en algunos contextos, este estándar podría ser relativamente fácil de cumplir. En concordancia con lo mencionado por Schuller, el sistema podría tener una ''predictibilidad'' suficiente para no caer en ninguna irregularidad en el marco del DIH. Sin embargo, muchas veces es difícil ''programar'' los múltiples escenarios que pueden darse en la vida real y este estándar de distinción puede verse afectado por el contexto operativo o el entorno en sí.

> El rendimiento técnico y operativo de los sistemas que emplean autonomía e inteligencia artificial podría capturarse y compararse con los sistemas heredados existentes utilizando la toma de decisiones humana para garantizar que se cumpla este criterio ético (Lewis, 2018, p. 15).

A manera de ejemplo, podríamos referirnos a la tecnología de reconocimiento facial, la cual tiene el potencial de ser de mucha ayuda en temas de seguridad pública y establecimiento del orden. Principalmente en casos en los que es posible rastrear e identificar a personas en espacios públicos, lo cual haría muy fácil distinguir entre un objetivo militar y un no combatiente. Sin embargo, no siempre nos encontramos en el escenario ideal. Por ejemplo, un individuo que participa en las hostilidades podría usar la información del rostro de un civil a través de un AWS y utilizarla para acceder a la computadora de esta persona de forma remota, bloquear el acceso a la información o inclusive implantar información falsa. En caso de una persona pública como un político, un alto mando militar, líder de algún movimiento y/o celebridad, esto puede traer consecuencias muy negativas (Walch, 2019).

4.2. Violación al principio de proporcionalidad

El principio de distinción mencionado anteriormente es moderado por el principio de proporcionalidad, ya que la ley reconoce que puedan existir daños o víctimas civiles (''daño colateral'') en el contexto de un ataque militar siempre y cuando este resultado no sea excesivo en relación con la ventaja militar anticipada del ataque (Turns, 2014, p. 837). Es importante enfatizar que no existe una fórmula matemática para decidir cuál sería, o no, un nivel proporcional de daño colateral. Al igual que en el caso de quienes participan directamente de las hostilidades, este estándar debe analizarse en luz de las circunstancias y del contexto operativo. La decisión de atacar o no a un blanco determinado es tomada por la persona a cargo, quien debe basar su evaluación en la inteligencia e información que razonablemente esté disponible para ella. Por lo tanto, es incorrecto suponer que cualquier daño a civiles en una operación militar constituye *ipso facto* un crimen de guerra (Turns, 2014, p. 838).

De acuerdo con lo señalado por Lewis, el Aprendizaje Automático y la Inteligencia Artificial podrían usarse para disminuir víctimas civiles. Por ejemplo, reduciendo el número de civiles identificados como combatientes, que es una de las mayores causas de violaciones al DIH. La tecnología permite monitorear áreas para definir un momento donde exista un menor daño colateral y así reducir los daños a infraestructura civil en áreas de conflicto o evitar efectos negativos de largo plazo como pérdida de electricidad, agua o suministro de alimentos (Lewis, 2018, p. 32).

Sin embargo, con relación a la proporcionalidad y basándonos nuevamente en el estándar de predictibilidad razonable de Schuller, cuando estamos ante un AWS capaz de procesar y tomar decisiones con una rapidez superior a la humana, ¿Cómo podemos medir anticipadamente la ventaja militar del ataque? Google recientemente retiró su apoyo al ''Proyecto Maven'' del Departamento de Defensa de Estados Unidos, el cual se encuentra aplicando algoritmos de Inteligencia Artificial para escanear imágenes tomadas por drones y hacer sugerencias para clasificar objetos como personas, edificios o vehículos (Lewis, 2018, p. 1). Esto quiere decir que esta tecnología puede analizar los vídeos y fotos proporcionadas para detectar de manera automática cualquier elemento ''relevante'' de acuerdo con su entrenamiento. En una carta abierta, los empleados de Google le solicitaron a su empleador que se inmiscuya en el ''negocio de la guerra'' y que este desarrollo podría generar resultados ''potencialmente letales'' para la humanidad.

Google, una de las principales desarrolladoras e inversoras en el desarrollo de estas tecnologías nos ha demostrado que existe un lugar para explorar las muchas aplicaciones que se le puede dar a la Inteligencia Artificial. Estas podrían tener

un efecto en la creación de políticas para muchos sectores, desde la educación hasta la medicina. Siempre y cuando sean aplicadas en respeto de las normas y principios internacionales pertinentes. Estos programas, como Proyecto Maven, pueden significar una intervención proactiva mientras se ahorra una gran cantidad de los fondos que son tan escasos, sobre todo en Latinoamérica (De Spiegeleire, 2017, p. 47). Ahora bien, es necesario preguntarnos si es que las posibles consecuencias del uso de esta tecnología son proporcionales o no con la ventaja militar que el Departamento de Defensa de Estados Unidos obtendría.

4.3. Prohibición de ataques indiscriminados

El Protocolo Adicional I, en su artículo 51.4 establece la obligación de evitar ataques indiscriminados, es decir aquellos que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto y/o cuyos efectos no sean posibles de limitarse de acuerdo con lo establecido en las normas de DIH. Si bien es cierto esta estipulación fue pensada para restringir ataques físicos (como la posible destrucción causada por una bomba arrojada en una ciudad), puede extrapolarse para incluir ataques que se den en el marco de una AWS.

Hablemos por ejemplo de la desinformación que puede ser usada como un método de guerra, es decir: la creación y difusión de información falsa con la intención de engañar o manipular como una estrategia de acción(7).

Con relación a la ‘‘predictibilidad’’ suficiente introducida por Schuller en estos contextos, en los que es prácticamente imposible hacer una distinción entre combatientes y no combatientes, la producción de información falsa; ya sea en textos, audios, fotos o video; se hace cada vez más difícil de distinguir con la información real (CICR, 2021, p. 467). Este escenario se agrava en casos como el sudamericano por el analfabetismo y el hecho de que el pensamiento crítico hacia el contenido digital es prácticamente inexistente. De esta manera, es imposible predecir cual será el alcance que podrá tener esta acción dentro de la población civil y los efectos en podrían ser devastadores.

El uso de estas estrategias en una situación de conflicto interno o externo solo amplifica los métodos arcaicos de propaganda con la finalidad de manipular la opinión pública, influenciar las decisiones de no combatientes, aumentar la tensión, promover la violencia y extender los conflictos. En este contexto, para el CICR existe una preocupación latente de que los civiles, como resultado de la desinformación digital, sean sujetos de arrestos ilegales, de tratos inhumanos, de discriminación, sean negados del acceso a los servicios básicos o que sufran de ataques personales o a su propiedad privada (CICR, 2019, p. 9).

4.4. Atribución de Responsabilidad

Lo mencionado anteriormente, además de todas las dudas que se pudieran levantar con respecto a las características intrínsecas de la tecnología, nos deja con otra incógnita: ¿quién es el responsable por la decisión tomada por un algoritmo? En un contexto de guerra, si un combatiente viola lo establecido por el DIH y comete un crimen de guerra, los estándares básicos internacionales dictan que este combatiente sea acusado de ese crimen y procesado de acuerdo con lo establecido por ley. En el caso de una máquina que ha violado el DIH, ¿quién puede ser responsable?

Dependiendo del tipo de tecnología que se utilice, existen distintas posibles respuestas a esta pregunta. En un caso más utópico de aplicación de un AWS, ¿la responsabilidad debería ser asumida por el programador, por las autoridades civiles que decidieron desplegar el sistema o por el comandante que eligió confiar en la máquina en esa operación en particular? Esto genera una ‘‘brecha’’ en la responsabilidad o la rendición de cuentas y podría significar un dilema al momento de tomar la decisión de insertar un sistema de este tipo en las hostilidades (Lewis, 2018, p. 13). Adicionalmente, en el ámbito internacional, se ha establecido un estándar mínimo aplicable a los AWS, las cuales requieren ‘‘control humano significativo’’ en sus funciones críticas, lo cual permitirá que siempre exista un filtro humano quien decida la acción militar, basándose en los principios de proporcionalidad y necesidad militar.

Sin embargo, en un ejemplo que debería considerarse más alarmante, deberíamos detenernos a pensar qué sucede en el caso de que el AWS sea la información. ¿Cómo identificamos a la persona que difunde la desinformación y/o discurso de odio? Asimismo, en un contexto en el que no es fácil distinguir combatientes y no combatientes, ¿cuál es la efectividad de contramedidas o alertas que previenen que la desinformación llegue a un nivel de descontrol generalizado? La pregunta más importante sigue siendo: ¿quién tiene la responsabilidad legal en estos casos? (CICR, 2019, p. 9).

(7) Es importante recalcar que no todo el tipo de información falsa es creada por herramientas de aprendizaje automático o inteligencia artificial.

5. Conclusión

En una realidad en la que los humanos estamos produciendo una cantidad de información nunca vista, no podemos dejar de ser conscientes de que estamos entregándola a una entidad, empresa, organización u gobierno. No es descabellado pensar que puede ser utilizada en nuestra contra, de ser el caso que caiga en manos de malos administradores. Peor aún, que las mismas instituciones en las que hemos depositado nuestra confianza sean las responsables de manipular nuestra forma de pensar con la finalidad de cumplir sus propias metas.

En el contexto del DIH, los múltiples escenarios en los que podemos vernos envueltos y estar expuesto a una máquina o sistema, se multiplican y muchas veces pueden hacernos participes de una ‘‘noción” con el que no estamos realmente alineados. ¿Son los principios del DIH lo suficientemente exactos para proteger a los no combatientes en estos casos? ¿Es necesaria una actualización en el sistema?

Aplicar las normas existentes en el DIH a los nuevos usos y métodos de guerra genera dudas relacionadas en la idoneidad de estos aparatos normativos. Se ha estudiado por varios escolares la falta de definiciones claras en lo que respecta a conflictos armados, como estas reglas puede manipularse para solapar conductas que deberían ser sin duda consideradas crímenes de guerra y que muchas veces han puesto en tela de juicio la efectividad de todo el sistema normativo. Por lo que es pertinente analizar si realmente estas reglas son lo suficientemente claras con relación a los nuevos desarrollos bélicos y lo concerniente a Inteligencia Artificial. De no ser el caso, estaríamos ante una carrera en búsqueda de normar un escenario que viene cambiando constantemente y cuyo límite, es literalmente la imaginación del hombre.

Asimismo, debemos tener la certeza de que las AWS son lo suficientemente confiables como para poder delegar en ellas la toma de decisiones que influyen en el tratamiento de los civiles en tiempos de guerra, por ejemplo, en relación con la calidad o veracidad de la información sobre las que se han desarrollado los algoritmos. Asimismo, esta confianza generada debe circunscribirse al respeto a los principios rectores del DIH y sus normas consuetudinarias. Debemos tomar en cuenta las líneas de pensamiento que se encuentran completamente en contra de la utilización de esta tecnología en las hostilidades y las que, por otro lado, consideran que es posible llegar a un estándar mínimo aceptable para aplicar las AWS a los conflictos bélicos, de manera que sean más sus aspectos positivos que los negativos.

Referencias bibliográficas

Boulanin, V. (2017). *Mapping the Development of Autonomy in Weapon Systems.* SIPRI.

CICR. (2014, 1 de enero). *Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales*. https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales

CICR. (2015). Autonomoys weapon systems: is it morally acceptable for a machine to make life and death decisions?. *CCW Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems* (pp. 13-17). Geneva.

CICR. (2019). *Symposium Report: Digital Risks in Situations of Armed Conflict*. www.icrc.org/en/event/digital-risks-symposium

CICR. (2021). *Artificial intelligence and machine learning in armed conflict: A human-centred approach.* International Review of the Red Cross. https://international-review.icrc.org/sites/default/files/reviews-pdf/2021-03/ai-and-machine-learning-in-armed-conflict-a-human-centred-approach-913.pdf

DARPA. (2021). Defense Advanced Research Project Agency. https://www.darpa.mil/about-us/budget

De Spiegeleire, S. (2017). Artificial Intelligence and the Future of Defense: Strategic Implications for Small-and-Medium-sized Force Providers. *The Hague Centre for Strategic Studies Report*.

Deeks, A. (2020). Ashley Deeks on AI and the Laws of War [episodio de podcast]. En *Podcast Jib Jab The Laws of War*. https://soundcloud.com/cxm-444054529/jib-jab-podcast-ep-5-ai-and-the-laws-of-war

Diamond, E. (2014). *Applying International Humanitarian Law to Cyber Warfare.* https://www.inss.org.il/he/wp-content/uploads/sites/2/systemfiles/SystemFiles/05%20Applying.pdf

Hauert, S. (2017, 25 de abril). *Eight ways intelligent machines are already in your life.* BBC. https://www.bbc.com/news/uk-39657382

Iron Dome System and SkyHunter Missile. (s. f.). Raytheon Missiles and Defense. https://www.raytheonmissilesanddefense.com/capabilities/products/irondome

ITU. (2021, 30 de noviembre). *Union Internacional de Telecomunicaciones* . Obtenido de 2.900 millones de personas siguen careciendo de conexión. https://www.itu.int/es/mediacentre/Pages/PR-2021-11-29-FactsFigures.aspx

Lewis, L. (2018). *AI and Autonomy in War: Understanding and Mitigating Risks.* Center for Autonomy and AI. https://www.cna.org/CNA_files/PDF/DOP-2018-U-018296-Final.pdf

Linares, E. (2021, 20 de setiembre). *Regular la Inteligencia Artificial en Latinoamérica,*

¿necesario?. Lex Latin. https://lexlatin.com/opinion/regular-inteligencia-artificial-latinoamerica

MarshMcLennan. (s. f.). La creciente ola de inteligencia artificial en Latinoamérica. https://www.marsh.com/co/migrated-articles/aumento-inteligencia-artificial-latinoamerica.html

Melzer, N. (2010). *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario.* CICR. https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_003_0990.pdf

Pratt, M. (2020). *Machine Learning Bias (AI bias).* Search Enterprise AI. https://searchenterpriseai.techtarget.com/definition/machine-learning-bias-algorithm-bias-or-AI-bias

Salmón, E. (2012). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario.* CICR.

Schuller, A. (2017). At the Crossroads of Control: The Intersection of Artificial Intelligence in Autonomous Weapon Systems with International Humanitarian Law. *Harvard National Security Journal*.

Sivakumaran, S. (2018). International Humanitarian Law (pp. 503-520). Oxford University Press.

The Economist. (2016, 20 de agosto). Of prediction and policy Machine learning. https://www.economist.com/finance-and-economics/2016/08/20/of-prediction-and-policy

Tucker, P. (2016, 11 de setiembre). *Special Operators Are Getting a New Autonomous Tactical Drone*. Defense One. https://www.defenseone.com/technology/2016/09/special-operators-are-getting-new-autonomous-tactical-drone/131431/

Turek, M. (2021). *Explainable Artificial Intelligence (XAI)*. DARPA. https://www.darpa.mil/program/explainable-artificial-intelligence

Turns, D. (2014). The Law of Armed Conflict (International Humanitarian Law). En M. Evans, *International Law.* Oxford University Press.

Ventura, C. & Billion, D. (2020). ¿Por qué protesta tanta gente a la vez?. *Nueva Sociedad*. https://nuso.org/articulo/por-que-protesta-tanta-gente-la-vez/

Walch, K. (2019, 8 de noviembre). *Training data in facial recognition use cases reveals bias*. Search Enterprise AI. https://searchenterpriseai.techtarget.com/feature/Training-data-in-facial-recognition-use-cases-reveals-bias

Weller, A. (2019). *Design Thinking for a User-Centered Approach to Artificial Intelligence*. She Ji: The Journal of Design, Economics, and Innovation. https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2405872619300887

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.010

Democracia, Constituição e Conflito: (Re)pensando articulações a partir do agonismo(*)

Democracy, Constitution and Conflict: (Re)thinking articulations from the agonism

Rudinei Jose Ortigara(**)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Paraná, Brasil)

Resumo: As sociedades democráticas contemporâneas liberais são marcadas pela complexidade e pelo fato do pluralismo e visões diversas de bens. Como articulá-las, e como dar soluções aos conflitos? A perspectiva predominante atual da teoria liberal o faz por meio da proposta de possibilidades consensuais; mas desta perspectiva deriva uma problemática: pode haver consenso sem prejuízos a práticas democráticas e à ação política, que é marca essencial à sociedade plural, e que pressupõe a não exclusão do outro e da igualdade como fundamento constitucional? Diante desta problemática se impõe a necessidade de (re)pensar práticas de expressão do plural, não excludente do conflito, de aspectos articulatórios e do reconhecimento do diferente, vez que marca de uma sociedade plural, e de seus reflexos na construção de um espaço público como espaço de expressão do diverso e do conflito, e, portanto, do democrático.

A hipótese é a de que a condição conflitiva pode e deve ser compreendida como produtiva para o reconhecimento de expressões plurais tanto na política quanto no direito, tanto na democracia quanto no constitucionalismo, e delas não ser extirpada, mas transformada em agonismo, em acolhimento e expressão do plural.

O objetivo central é o de analisar como a concepção de agonismo, em Chantal Mouffe, pode contribuir para compreensão de articulações e implicações necessárias entre direito e política, constitucionalismo e democracia de modo a construir perspectivas significativas e produtivas. Assim, para o desenvolvimento da pesquisa, buscou-se aportes na teoria política e na teoria constitucional, cuja fundamentação se deu, especialmente, a partir de Chantal Mouffe, Post e Siegel, e Vera Karam de Chueiri. O método utilizado foi o dedutivo, testando-se premissas para a verificação de possíveis conclusões; a técnica de pesquisa foi a bibliográfica, desenvolvida a partir de pesquisas em obras e artigos. Ao final da pesquisa a hipótese foi confirmada.

Palavras-chave: Direito - Política - Constituição - Democracia - Constitucionalismo - Conflito - Agonismo

Abstract: Contemporary liberal democratic societies are marked by complexity and the fact of pluralism and diverse visions of goods. How to articulate them, and how to provide solutions to conflicts? The current predominant perspective of liberal theory does so through the proposal of consensual possibilities; but from this perspective a problem arises: can there be consensus without prejudice to democratic practices and political

(*) Nota da Equipe Editorial: Este artigo foi recebido em 1 de agosto de 2021 e sua publicação aprovada em 26 de novembro de 2021.
(**) Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Brasil. Especialista em Fundamentos de Ética pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito e licenciado em Filosofia pela FAE Centro Universitário. Professor do Curso de Direito da FAE Centro Universitário, em Curitiba, Paraná, Brasil. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1786-6321. Correio eletrônico: rudi.ortigara@yahoo.com.br.

action, which is an essential mark of a plural society, and which presupposes the non-exclusion of the other and equality as a constitutional foundation? Faced with this issue, there is a need to (re)think practices of expression of the plural, not excluding conflict, articulatory aspects and recognition of the different, as it marks a plural society, and its reflexes in the construction of a public space as a space for the expression of diversity and conflict, and, therefore, of the democratic.

The hypothesis is that the conflictive condition can and should be understood as productive for the recognition of plural expressions both in politics and in law, both in democracy and constitutionalism, and from them not being extirpated, but transformed into agonism, acceptance and plural expression.

The main objective is to analyze how the conception of agonism, conceived by Chantal Mouffe, can contribute to the understanding of necessary articulations and implications between law and politics, constitutionalism and democracy in order to build meaningful and productive perspectives. Thus, for the development of the research, contributions were sought in political theory and constitutional theory, whose foundation was given, especially, from Chantal Mouffe, Post and Siegel, and Vera Karam de Chueiri. The method used was deductive, testing assumptions to verify possible conclusions; the research technique was bibliographic, developed from research in works and articles. At the end of the research, the hypothesis was confirmed.

Keywords: Law - Policy - Constitution - Democracy - Constitutionalism - Conflict - Agonism

1. Introdução

Complexidade e pluralismo de visões de bens diversas, e muitas vezes conflitantes entre si, são marcas das sociedades democráticas contemporâneas liberais. Compreender a diversidade e a complexidade exige novas articulações voltadas para a contingência, para as relações de poderes, nas quais emergem expressões de pluralismo e de conflitos como marcas ontológicas da realidade. Estas condições marcam e se expressam também entre e através do direito e da política, da constituição e da democracia; o problema é como e em que medida articulações conflitivas podem ser produtivas tanto para a política quanto para o constitucionalismo, promovendo a possibilidade de expressão de demandas plurais e diversas, de não exclusão do outro, e, portanto, da condição própria de existências democráticas.

Perspectivas atuais, marcadamente as teorias de cunho liberal, e mesmo neoliberal, tendem a compreender tensões e conflitos como contrários a práticas democráticas e constitucionais, afastando-os de suas fundamentações, manifestações e decisões. Sob esta perspectiva, o presente trabalho parte da premissa de que as teorias de cunho liberal, ao apostar na racionalidade, universalidade e em práticas consensuais, não são suficientes a promover práticas que deem conta articulações satisfatórias, uma vez que apostam na exclusão do conflito e do contingente, encaminhando-os para o privado, e isolando-os de suas possíveis expressões democráticas e constitucionais; mas isso não se dá sem prejuízos ao político e ao direito, à democracia e ao constitucionalismo, e suas práticas correspondentes, vez que não levam em consideração o contingente.

Daí ser necessário (re)pensar práticas de expressão do plural, do pluralismo de conflito, de aspectos articulatórios, significativos e não excludentes do diferente, e de seus reflexos na construção de um espaço público como espaço de expressão do plural, do conflito, e, portanto, democrático, bem como do papel do constitucionalismo neste processo. A hipótese é a de que a condição conflitiva, marcante às sociedades contemporâneas, pode e deve ser compreendida como produtora e produtiva para o reconhecimento de expressões plurais tanto na política quanto no direito, tanto na democracia quanto no constitucionalismo, e delas não ser extirpada. Mas o conflito para ser produtivo, tanto no político quanto no constitucionalismo, e suas interações e articulações, deve ser compreendido a partir da perspectiva do agonismo, como a perspectiva trabalhada por Chantal Mouffe na teoria política, quando se expressa como dissenso em práticas adversariais, mas não excludentes do divergente e de suas possibilidades de manifestação e de legitimidade e de ressignificações contínuas.

Assim, com aportes na teoria política e na teoria constitucional, embora sabidamente de fundamentações diversas, a proposta e objetivo do trabalho é o de analisar como articulações e implicações necessárias entre direito e política, constitucionalismo e democracia, que possuem no contingente social o conflito como base, numa sociedade plural e diversa, devem ser pautadas pelo agonismo, de modo a construir perspectivas significativas e produtivas para a construção e perspectivação de práticas plurais, a partir do reconhecimento do conflito, do dissenso, e do diverso, na realização de sociedades

efetivamente democráticas e não excludentes. Neste sentido, em um primeiro momento se apresentará perspectivas da potencialidade ou da centralidade e da importância do conflito para a política e prática democráticas, a partir do conceito de agonismo, desenvolvido por Chantal Mouffe. Num segundo momento, se desenvolverá reflexões a partir da prática do constitucionalismo enquanto responsividade político democrática, sobretudo a partir da perspectiva do constitucionalismo democrático; e, por fim, se apresentará algumas, e possíveis, articulações entre a prática do constitucionalismo e do agonismo, sobretudo em relação ao papel do dissenso em relação à afirmação e reconhecimento de práticas democráticas plurais.

Para a análise da proposta, e como fundamentação teórica, toma-se como base principal a articulação das teorias do pluralismo agonístico, em Chantal Mouffe, do constitucionalismo democrático, em Post e Siegel, e do Constitucionalismo radical, em Vera Karam de Chueiri. Assim, iniciaremos a exposição da perspectiva do conflito em Chantal Mouffe, especialmente como importante para expressão de práticas e articulações políticas e democráticas, na perspectiva do agonismo, ou seja, no reconhecimento de práticas adversariais do dissenso; na sequência analisaremos a proposta teórica do constitucionalismo democrático, com destaque ao seu enfoque de que a interpretação judicial e constitucional reconheça a pluralidade na promoção de espaços políticos para manifestação do conflito e do dissenso em ambientes democráticos de pluralidade de valores. Por fim, analisaremos que num ambiente de pluralidade de valores a perspectiva do agonismo pode e deve ser explorada como fundamento da própria constituição e de sua relação com expressões contingentes, plurais e democráticas, em uma perspectiva tensional, para além de somente pautar práticas interpretativas consensuais.

2. Política, democracia e agonísmo: A perspectiva do conflito em Chantal Mouffe

Há espaços para o conflito nas sociedades democráticas contemporâneas? É possível uma sociedade democrática pacificada, na qual reina o consenso político? É possível extirpar o conflito das relações sociais e da condição do político? Qual a (des)importância dele para o exercício da política e para a construção de instituições sociais democráticas? Enfim, o que é uma sociedade democrática? É onde imperam consensos racionais e universais e o partilhamento de valores comuns, ou é um espaço de legitimação de visões plurais e conflitantes, e mesmo antagônicas entre si, e possibilidades de escolha entre projetos alternativos, tidos como legítimos? (Mouffe, 2003).

O conflito e o antagonismo são condições inevitáveis nas democracias liberais modernas, marcadas pelo pluralismo de valores, e fazem parte de sua natureza paradoxal. Essa condição decorre da possibilidade de multiplicidade de interpretações e articulações das próprias lógicas constituintes da democracia liberal, liberdade e igualdade. De um lado, a lógica liberal é constituída pelo Império da lei, a defesa dos direitos humanos e o respeito à liberdade individual; do outro, a tradição democrática, afirma por ideais de igualdade, identidade entre governantes e governados e soberania popular[1]. Liberdade e igualdade são lógicas díspares e conflitantes, e, portanto, tensionais, cuja relação guarda em si mesma um paradoxo permanente (Mouffe, 2012), e não há unicidade interpretativa ou articulatória única. Tais lógicas podem ser negociadas de diferentes formas, por via da ação política.

A tradição política dominante, marcadamente liberal, acredita haver possibilidade de compatibilidade entre liberdade e igualdade, geralmente apagando, negando ou afastando o conflito da esfera pública, e apresentando procedimentos tidos como racionais, neutros e imparciais para a solução de conflitos por via consensual. A tensão conflitiva é tida como perigosa para a democracia e para a política, pois pertenceria ao “mais baixo e precário” das pessoas, portanto, ao irracional, e ao passional[2], afastando-a da condição do político e do exercício da política. A solução seria o encaminhamento de antagonismos

(1) Mouffe chama a atenção para o fato de que “não existe uma relação necessária entre essas duas tradições distintas, somente uma explicação histórica contingente. Através dessa indicação, o liberalismo se democratizou e a democracia se liberalizou. (...) o vínculo entre liberalismo e democracia não se constitui em um processo fluido, foi resultado de diversos conflitos” (Mouffe, 2012, p. 20).

(2) Pois há “a dificuldade dos pensadores democráticos liberais para compreender a proliferação atual dos particularismos e a emergência de antagonismos supostamente “arcaicos” (Mouffe, 2003, p. 12).

e dos conflitos, geralmente derivados da pluralidade de valores, para a esfera do privado, e substituídos, na esfera pública, pelo domínio racional dos interesses e pela criação de uma estrutura geral de identidades pacificadas, uniformes, imparciais e neutras (Mouffe, 2003), por via consensual, racional e universalizante(3). Esta lógica acaba por marcar a organização social e suas instituições.

É assim que, por exemplo, autores representativos da tradição política liberal, como John Rawls e Jürgen Habermas, o fizeram(4). O primeiro apresentando a ideia de um possível "consenso sobreposto"(5), e o segundo, com a ideia de uma democracia procedimental(6), e da ação comunicativa(7). Da mesma forma a chamada "Política da 3ª via"(8) também o faz ao propor uma política de centro, apagando possíveis divergências e conflitos na esfera pública. Embora variáveis e de perspectivas diversas, as soluções apresentadas pelos autores passam pela criação de consensos, via perspectivas racionais e universalizantes, e na afirmação da imparcialidade e neutralidade como caminhos para a política, na esfera pública, enquanto que o conflito, o dissenso e o antagonismo são encaminhados para a esfera privada.

Para Mouffe, ao relegarem o pluralismo e o conflito para o domínio do não público consensos racionais se mostram problemáticos, pois isolam a política de suas consequências; ou seja, acabam por eliminar o específico da política (Mouffe, 2012) e não reconhecer a natureza ontológica do político, diminuindo a capacidade de contestação (Mouffe, 2003). Mas ao invés de cumprir suas promessas, o ideal da democracia como realização de um consenso racional se constitui enquanto instrumento de exclusão(9). O domínio da política não é um terreno neutro, que poderia ser isolado do pluralismo de valores, ou em que soluções racionais e universais poderiam ser formuladas (Mouffe, 2006), vez que o conflito, o dissenso e o antagonismo são condições ontológicas do político, e, portanto, fundamento das relações humanas e do social. Neste sentido, há um paradoxo constituinte da democracia liberal, que é a impossibilidade de estabelecimento de consensos permanentes, ou extinção de conflitos interpretativos, sobre a articulação entre liberdade e igualdade. Mas a democracia liberal não precisa ser descartada, e sim ressignificada por novos caminhos para superá-la(10).

---

(3) "A grande questão é que, historicamente, observa-se uma tentativa constante de erradicar a diferença e o conflito, considerando-os como elementos ameaçadores do espaço democrático. Grande parte dos esforços teóricos concentram-se na criação de métodos, procedimentos e instituições que afirmam a possibilidade de um consenso final e racional, formulado por pessoas razoáveis. Ou seja, quem oferece as condições dissenso não é tido como razoável e racional. O desacordo é qualificado como uma anormalidade presente na ordem, contido fora do pacto consensual e constitucional" (Faller, 2020, p. 23).

(4) Insere-se apenas ideias gerais dos autores citados, não aprofundando em maiores detalhes sobre seus conceitos teóricos tendo em vista a limitação de páginas do presente artigo.

(5) O objetivo de Rawls é proporcionar um consenso moral, ainda que mínimo, sobre os fundamentos políticos de uma sociedade bem ordenada. Seu liberalismo político propõe definir um núcleo moral que especifique os termos em que as pessoas com diferentes concepções do bem possam viver juntas em associação política. É uma forma de entender o liberalismo que é compatível com o feito do pluralismo e com a existência de um desacordo moral. Para aprofundamento *veja* a seguinte obra do filósofo Rawls, J. (2002). *Uma Teoria da Justiça.* Martins Fontes.

(6) A partir de um aspecto normativo da racionalidade procedimental, Habermas procura estabelecer e justificar um vínculo entre valores liberais e democráticos, ao mesmo tempo que refuta a perspectiva de existência de uma natureza contraditória da democracia liberal. Nesse sentido, as instituições democráticas possuem legitimidade a partir do momento em que as decisões são tomadas de um ponto de vista imparcial, ou seja, que leve em consideração o interesse de todos. Isso é particularmente marcante na seguinte obra: Habermas, J. (2001). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoria del discurso.* Editorial Trotta. Por isso, para aprofundamento de tal perspectiva, *veja* a citada obra.

(7) "Embora as suas soluções sejam distintas, compartilham da crença de que através dos adequados procedimentos deliberativos deveria ser possível superar o conflito entre os direitos individuais e as liberdades, por um lado, e as demandas de igualdade e Participação Popular por outro. Nenhum deles é capaz de oferecer uma solução satisfatória, já que um e outro termina um privilegiando uma dimensão sobre a outra: o liberalismo no caso de Rawls, e a democracia no caso de Habermas" (Mouffe, 2012, p. 25).

(8) Está é a proposta, por exemplo de Antony Giddens. Para aprofundamento *veja* Giddens, A. (1999). *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Record.

(9) "Em relação a teoria democrática dominante - é incapaz de proporcionar as ferramentas necessárias para levar a cabo sua própria realização - o modelo de consenso sobre a democracia que informa tanto as teorias da democracia deliberativa como as propostas em favor de uma política de terceira via é incapaz de aprender a dinâmica da política democrática moderna, que é o que subjaz a confrontação entre os componentes do binômio Liberal democrático. em outras palavras, é a incapacidade dos teóricos e os políticos Democráticos para reconhecer o paradoxal cuja expressão é a política Liberal democrática o que se encontra na origem de sua equivocada em fase no consenso e o que sustenta sua crença de que o antagonismo pode ser erradicado. É este déficit que impede a elaboração de um modelo adequado de política democrática" (Mouffe, 2012, p. 23).

A proposta é o modelo agonístico de democracia, ou pluralismo agonístico[11], capaz de apreender a natureza conflitiva e antagônica do político, e de promover sua articulação democrática e tensional entre liberdade e igualdade, a partir do reconhecimento do pluralismo de valores. Para esclarecer a compreensão da proposta, Mouffe apresenta uma distinção entre "o político" e "a política". "O político" se refere à dimensão do antagonismo, inerente às relações humanas, e que pode assumir formas muito diferentes e emergir em relações sociais diversas. O político é fundante da realidade, e as relações humanas estão constituídas e perpassadas pelo antagonismo. E "a política" se refere ao conjunto de práticas, discursos e instituições que procuram estabelecer uma certa ordem e organizar a coexistência humana em condições que são sempre potencialmente conflituosas, porque afetadas pela dimensão do "político" (Mouffe, 2003). A política consiste na busca tensional pela criação de uma unidade em um contexto de conflito e pluralidade de valores ao tentar conter o potencial do antagonismo que existe e marca as relações humanas, transformando-o em agonismo (Mouffe, 2006).

Como questão de base, em si mesma "a democracia implica em ambiguidade, pois pretende fazer coexistir opiniões e interesses plurais e conflitivos"; sua razão de ser pressupõe a existência do pluralismo (Châtelet & Pisier-Kouchner, 1985, p. 172). A política pretende ser uma "ordem" ou "contenção" ao político, mas sem implicar em estabelecimento de um consenso definitivo, mas provisório, porque as práticas sociais são plurais e marcadas pelo antagonismo, concernente à própria natureza do político, e este não é apreensível ao fixo ou objetivo, ou seja, "não é algo que tem um lugar específico e determinado na sociedade e que todas as relações sociais podem se tornar o locus dos antagonismos políticos" (Mouffe, 2003, p. 13).

Qualquer consenso que pretenda ser definitivo acaba por negar a pluralidade, inerente ao político, e, portanto, acaba por se tornar ato autoritário e excludente; além de estabelecer determinadas perspectivas que são tomadas como válidas e corretas, em detrimento daquelas consideradas inválidas e incorretas, cuja consequência é igualmente a exclusão (Mouffe, 2005). Ante o antagonismo e a pluralidade de valores que compõem a democracia liberal é necessário repensar a perspectiva política democrática, articulatória e não excludente.

O papel da política passa a ser a criação de unidade marcada em um contexto de antagonismos e conflitos, mas compatível com a democracia. Ela está ligada a práticas de transformação do antagonismo em agonismo (Mouffe, 2006); ou seja, o antagonismo é marcado pela perspectiva de estabelecimento de luta entre inimigos; já o agonismo se caracteriza pela luta entre adversários, que são tomados como legítimos dentro da arena e comunidade política, cujas visões divergentes não podem ser eliminadas, e embora discordantes seu direito de defender ideias (Mouffe, 2006) diversas não pode ser tolhido. A política agônica cria, assim, uma hegemonia, a partir de articulações de poder, transpassadas pela contingência, e que cria um "nós" em relação a um "eles". Embora a existência e a construção da fronteira nós/eles, o "eles" não é tomado como inimigo, a ser eliminado do jogo democrático; embora com perspectivas divergentes da hegemonia dominante, o "eles" é reconhecido como opositor legítimo, do qual não se concorda, mas se mantém uma relação de dissenso e lhe é assegurado o direito à divergência. Portanto, a comunidade política é a arena onde há a convivência democrática e não excludente de adversários[12].

Como dito, a construção da fronteira "nós" corresponde ao estabelecimento de uma hegemonia dominante, o que significa atos de exclusão em relação a possibilidades conflitivas de interpretação e articulação diversas dos princípios ético-políticos da liberdade e igualdade, mas não de sua exclusão da arena e comunidade política, já que o estabelecimento de uma hegemonia representa a opção por determinadas perspectivas significativas e a exclusão das demais potenciais; embora estas continuem a existir na configuração do "eles". E a

(10) Ademais, Kozicki complementa que "implícita nesta afirmação está a ideia de que não é possível encontrar princípios mais radicais de organização de qualquer sociedade do que aqueles consubstanciados nos princípios liberais de igualdade e liberdade, ou seja, a afirmação de que todos os indivíduos são livres e iguais" (Kozicki, 2000, p. 109).

(11) Cita-se as duas nomenclaturas, pois em suas primeiras obras Chantal Mouffe denomina sua proposta como modelo agonístico e democracia, e em suas obras posteriores passa a utilizar a nomenclatura de pluralismo agonístico.

(12) "Um adversário é um inimigo, mas um inimigo legítimo, com quem temos alguma base comum, em virtude de termos uma adesão compartilhada aos princípios ético-políticos da democracia liberal: liberdade e igualdade. Discordamos, porém, em relação ao sentido e à implementação dos princípios e não se pode resolver tal desacordo por meio de deliberação ou discussão racional" (Mouffe, 2006, p. 174).

estes é dado o direito de defender tais posições, embora não hegemônicas, mas impossível de ser apagada ou eliminada.

Assim, a fronteirização "nós"/"eles" não se constitui em prática totalizante, ou imposição de uma ordem autoritária, e excludente de possibilidades interpretativas diversas dos princípios ético-políticos da democracia liberal. "O consenso existe como resultado temporário de uma hegemonia provisória, como estabilização do poder e que ele sempre acarreta alguma forma de exclusão" (Mouffe, 2006, p. 174). As relações sociais são marcadas pelo poder encarnado, e são as articulações entre as relações de poder que constroem uma determinada hegemonia, com estabelecimento de certos consensos, mas sempre provisórios, ante a possibilidade de abertura significativa pela pluralidade de valores presente na arena política. A confrontação agonística é a condição de existência da democracia, e perpassa as instituições democráticas.

O consenso, no caso da construção de uma hegemonia, está fadado a ser conflituoso diante das muitas e conflitantes interpretações acerca dos princípios ético-políticos da democracia liberal. Isso não passa pela condição de isolamento de uma em detrimento de outra; nem mesmo por práticas racionais e universais. Ao contrário, tal tensionalidade deve ser articulada a partir da contingência, dos tipos de práticas, nas relações concretas; como as hegemonias são provisórias, e não há a possibilidade de consensos permanentes, igualmente o poder, marca das relações sociais, não pode ser localizado em determinado ente, indivíduos, ou substância metafísica, mas é internalizado e deslocado para as relações sociais, e suas formas de articulação. Isso leva à necessidade de negar a possibilidade de que tanto os indivíduos, quanto as práticas sociais, e instituições sociais, possam ter qualquer essencialismo, valor transcendental, ou aspecto metafísico que os fundamente ou lhes conceda uma condição fixa e imutável.

De igual forma, o real, a contingência, e as articulações significativas não podem ser aprisionadas por perspectivas totalizantes e racionalizadas, na tentativa de um consenso permanente, pois qualquer prática não pode ser significada descolada da dinâmica e articulação ligada ao contingente, à variabilidade e devir do real; está dinâmica é marcada é permeada por contradições, afetos e paixões, envolvidos nas várias possibilidades de articulação da política (Mouffe, 2012). Esse é um fato presente nas modernas sociedades plurais e democráticas, mas que sempre foi negada pela tradição ocidental.

Isso significa que mais do que fundamento racional, possíveis práticas e articulações hegemônicas e consensuais são marcadas pela adesão afetiva e apaixonada, e como tal, serão sempre provisórias e parciais. Qualquer possibilidade e tipo de acordo ou consenso passa antes pelo "consenso" quanto a formas de vida, que é marcada pela ausência de fechamento último, ante a diversidade e pluralidade, portanto, pelo dissenso.

É neste sentido que não é possível uma separação estrita entre aspectos substanciais e procedimentais (Mouffe, 2012). Mesmo os procedimentos, sobretudo no campo da política, e aspectos institucionais, implicam em compromissos éticos substanciais, e não podem se desenvolver adequadamente se não estiverem sustentados por uma forma específica de ethos político.

A legitimidade de determinada ordem política deriva do fato de que se tenha adesão a ela, o que se dá mais de forma apaixonada e afetiva do que racional, e a partir de articulações de poder. É ela uma hegemonia. Constitui as próprias identidades políticas e coletivas pela adesão à perspectiva hegemônica (Mouffe, 2003), mas em um terreno precário e vulnerável, portanto, não definitivo e provisório, pelo fato de ser ela marcada pelo agonismo. Há o reconhecimento do outro, do "eles, do adversário como legítimo na comunidade política, cujas perspectivas, embora não hegemônicas, são legitimas, e com direito a defendê-las[13].

Como os consensos são provisórios, e abertos ao fato da pluralidade, diversas formas interpretativas e de articulações significativas atribuídas à liberdade e igualdade, são promovidas como legítimas e como equivalentes e não hierarquizadas (Mouffe, 2003). Daí que a democracia deve ser entendida a partir de sua radicalidade e pluralidade, a partir da perspectiva agonística. E já que "as relações de poder são constitutivas do social, então a questão principal da política democrática não é como eliminar o poder, mas como constituir formas de poder compatíveis com valores democráticos" (Mouffe, 2003, p. 14). E essa perspectiva agonística, que é marca da política, perpassa as práticas sociais e as instituições políticas.

(13) "A democracia não exige uma teoria da verdade, nem noções como a de validade incondicional e universal, senão um punhado de práticas e de iniciativas pragmáticas orientadas a persuadir pessoas para que amplie a gama de seus compromissos ante os demais, para que construa uma comunidade mais inclusiva" (Mouffe, 2012, p. 80).

Ademais, e com base na análise teórica realizada, Mouffe identifica que na atualidade se vive uma apatia em relação à política nas sociedades democráticas liberais, pois o papel desempenhado pela esfera pública política está se tornando cada vez mais irrelevante e sendo substituído por práticas de caráter consensual.

Neste sentido, aponta que possíveis soluções para conflitos e dissensos, característicos à política, são conduzidos cada vez mais ao setor jurídico, e "as decisões políticas são encaradas como se fossem de uma natureza técnica e mais bem resolvidas por juízes ou tecnocratas" (Mouffe, 2003, p. 17), e que suas decisões seriam acompanhadas pela marca da imparcialidade. Há um peso na lei e no sistema judiciário como responsáveis por organizar as relações sociais e dar soluções consensuais para a solução de conflitos. Mas esta perspectiva não vem acompanhada sem o afastamento da política, acabando por prejudicar a democracia ao privilegiar consensos e silenciar e apagar vozes e interpretações dissidentes.

Mas e se ao invés de privilegiar a imparcialidade e de silenciar conflitos e dissensos as decisões e interpretações legais, sobretudo as constitucionais, fossem capazes de avivar a participação política, promovendo espaços para manifestação do conflito e do dissenso e a luta pela prevalência de pluralidade de valores? Há uma tensão entre política e direito, entre uma potencial abertura e um potencial fechamento, que deve ser explorado, e inicia-se tal perspectiva a partir da análise da proposta do Constitucionalismo Democrático, cujos fundamentos serão expostos a seguir.

3. Constitucionalismo e responsividade político-democrática: O conflito no constitucionalismo democrático

Embora teorias em campos diversos, a democracia radical ou pluralismo agonístico, no campo da teoria política, e o constitucionalismo democrático, no campo da teoria constitucional, ambas reconhecem a perspectiva do conflito e do dissenso como fundamentais para a promoção e o reavivamento da política em sociedades democráticas liberais. Assim, é importante perceber que há o reconhecimento de uma interessante perspectiva agônica que fundamenta tanto a política quanto o direito, tanto a democracia quanto o constitucionalismo, marcada por desacordos persistentes, e impossibilidade de fechamentos interpretativos definitivos (Post, 2010). O foco do Constitucionalismo Democrático não está propriamente na jurisdição constitucional, na perspectiva consensual, superior e de fechamento da interpretação da decisão, mas na articulação entre direito e política, entre constitucionalismo e democracia, numa sociedade plural e heterogênea, na forma com que o fechamento interpretativo dado pelas cortes pode ser compreendido não como definitivo, mas como possibilidade de fomentar responsividade político-democrática, em diversidades de conflitos políticos sobre a interpretação constitucional, contribuindo para a coesão social e a própria democracia (Post & Siegel, 2007), bem como para a afirmação da legitimidade da constituição.

Conforme abordado na perspectiva anterior, a teoria política de Mouffe destaca a impossibilidade de consensos racionais definitivos e fechamentos finais para conflitos no campo da ação política. As sociedades contemporâneas são caracterizadas pela pluralidade de valores, legítimos e equivalentes entre si. Essa condição é condição própria da democracia e implica no reconhecimento da abertura de sentidos para a viabilização de práticas político-democráticas, e para a abertura de significações a partir da pluralidade e perspectivas valorativas, numa articulação entre liberdade e igualdade. Embora a potencial abertura infinita de sentido, bem como do caráter relacional e contingente das identidades políticas, se faz necessário algum tipo de fechamento, mesmo que parcial e provisório, que viabilize a convivência social e que faça com que a democracia possa ser vivenciada a partir da perspectiva do reconhecimento da pluralidade que lhe é inerente, para não significar atos de exclusão ou de fechamento da ação política; e esse fechamento pode ser assumido pelo direito e sua interpretação, enquanto instrumento viabilizador da própria democracia[14].

(14) "Não é possível uma abertura total, sob o risco de se comprometer os princípios básicos constitutivos da sociedade política. A abertura, a contingência e o reconhecimento do outro só são possíveis a partir de um lugar comum, de um certo fechamento e institucionalização de algumas regras. (...). É precisamente pela necessidade de se estabelecer um certo fechamento que o direito assume um importante papel no sentido de se tornar um instrumento viabilizador - ou um dos instrumentos - da democracia" (Kozicki, 2004, p. 145).

O ponto está em que tipo de fechamento o direito, e sua interpretação e aplicação, podem oferecer, bem como qual o papel institucional, e mesmo interpretativo, nesta delimitação, e sua relação com práticas democráticas, de modo a não invalidar a ação política. Se é uma perspectiva de supremacia judicial ou normativa, ou espécie de "última palavra", com encerramento de continuidade de possíveis interpretações conflitantes, a partir de perspectivas universalizantes e racionalizadas, procedimentais e consensuais, ou se se constitui enquanto fechamento provisório e relacional, que embora reconheça a prevalência de determinados entendimentos em detrimento de outros não se constitui em prática de exclusão, mas de determinadas eleições significativas, sem que isso signifique a exclusão de outras e de perspectivas interpretativas diversas, mantendo abertura de possibilidade de questionamentos e conflitos por indivíduos que discordem dela, geralmente de forma afetiva e passional, e de fomento de dissensos via práticas políticas e reconhecimento de pluralismo de valores.

Conforme comentado no primeiro ponto deste trabalho, a teoria política dominante, o liberalismo, apostou na composição dos conflitos via práticas consensuais, apresentando procedimentos tidos como racionais, neutros e imparciais para a solução de conflitos, afastando estes da esfera pública. Assim, o pluralismo de valores e de perspectivas diversas acerca da vida boa, conduzido por interesses particulares, passionais e afetivos, foi conduzido e restrito ao interesse particular, afastando-o da esfera pública. Daí a proposta de adoção de perspectivas como a do "consenso sobreposto", em Rawls, e a ideia de democracia procedimental, em Habermas(15). Uma vez realizada a divisão e a segmentação consensual e rígida, toma-se como fundamentação de entendimento a perspectiva de que as decisões no campo da esfera pública devem ser orientadas por procedimentos imparciais e neutros, portanto racionais e definitivos, de modo que conflitos não "maculem" o resultado do decidido e dos acordos políticos adotados. Desse modo, seria garantida a superioridade e a validade dos entendimentos consensuados, pois não marcados pelo pluralismo de valores e pelo contingente, e isso não prejudicaria a racionalidade e universalidade dos procedimentos.

Os campos da teoria do direito e da teoria constitucional igualmente foram marcados pela mesma perspectiva. Tomando por base exemplificativa dois autores centrais nestas teorias, Hans Kelsen e Ronald Dworkin, verifica-se que perspectivas valorativas, políticas e mesmo o contingente não participam diretamente de suas perspectivas e matrizes teóricas; elas são afastadas de uma "teoria pura do direito", ou mesmo, e embora reconhecidas como existentes, são relativizadas na perspectiva do "direito como integridade". No caso de Kelsen, este buscou estabelecer uma ciência do direito, cujo postulado metodológico toma a realidade jurídica de forma objetiva, ou seja, afastada de problemas valorativos e desvinculada da política, pois estes possuem elevada carga afetiva(16). Já Dworkin, embora mais abrangente em relação ao reconhecimento de certa moralidade e de uma comunidade de princípios, e correspondente perspectiva política, a questão interpretacional do direito também pressupõe certa superioridade de um judiciário independente, e visto como o correto intérprete da moralidade política de uma comunidade, bem como construtor de uma "resposta certa", na integridade do direito, o que, na prática, deixa pouco espaço para a arena política (Mouffe, 2003)(17).

Embora seja específico ao constitucionalismo, bem como ao direito, um certo fechamento e uma limitação à democracia e ao poder constituinte, mantendo entre ambos, democracia e constitucionalismo, uma inerradicável tensão, tal fechamento "será sempre provisório e tenso" (Chueiri, 2013, p. 28). Diferentemente das perspectivas teóricas dominantes, é necessário reconhecer a tensionalidade, bem como de que há uma perspectiva relacional e responsiva entre constitucionalismo, seus sentidos e interpretações, e a política; que se autoimplicam, sem que isso signifique juridicizar o espaço político e nem politizar o direito (Kozicki, 2004), mas no reconhecimento de que o conflito entre ambos é inevitável, e positivo, e que certos fechamentos interpretativos devem ser provisórios e afirmadores da legitimidade de horizontes de sentidos constitucionais. A perspectiva

(15) Breves considerações acerca destes autores foram realizadas na primeira parte deste escrito, retomando-os como perspectiva exemplificativa ao ora trabalhado neste tópico.

(16) Tais pressupostos são dados de antemão pelo pensador já nos prefácios à primeira e segunda edição, especialmente às páginas VII, VIII e X. Tendo em vista a limitação do desenvolvimento da presente escrita, e para aprofundamento desta perspectiva, sugere-se *veja* as páginas 387 a 397 do capítulo: a interpretação em Kelsen, H. (2000). *Teoria pura do Direito*. Martins Fontes.

(17) Para aprofundar a perspectiva interpretativa de Dworkin, sobretudo a partir do aspecto do direito como integridade, e da construção da "resposta certa", *veja* Dworkin, R. (1999). *O Império do Direito*. Martins Fontes.

interpretativa eleita representa uma possibilidade dentre outras possíveis, já que as regras jurídicas são marcadas pela característica da impessoalidade e generalidade e, portanto, passível de compreensão de interpretação diversa. "Se as decisões políticas não são neutras, no sentido de fazerem opções entre valores antagônicos, o mesmo se pode dizer das decisões jurídicas" (Kozicki, 2004, p. 147). Interpretações significativas sempre representam a eleição por um sentido, e o fechamento para os demais, possíveis. Daí o aspecto conflitivo e agonístico, e da necessidade de tal fechamento ser parcial e provisório, e mesmo passível de questionamento significativo, e não totalizante ou definitivo, tendo em vista que a opção por um sentido acaba por excluir os demais possíveis e os indivíduos que os comungam; num contexto plural e democrático, tal exclusão não deve ser definitiva. Daí a importância de se reconhecer a possibilidade de pluralidade de agentes interpretativos, notadamente no campo político, e não somente o judiciário; se faz necessário o reconhecimento de uma perspectiva e ação política significativa e responsiva.

A constituição, sua jurisdição e seus modos de interpretação não se encontram isolados da sociedade, e não são necessariamente contrários à democracia. Há uma relacionalidade e responsividade ao político. Em sentido tensional o direito constitui um dos elementos definidores da comunidade política, ao mesmo tempo em que é por ela significado (Kozicki, 2004). Há um sentido agonístico e tensional entre constitucionalismo e democracia, entre direito e política, que acaba por ser comum e contaminar ambos. Dele emerge a impossibilidade de estabelecimento de consensos últimos ou de fechamentos interpretativos definitivas. É neste sentido que o desacordo e o conflito também são tomados como condições fundamentais para o desenvolvimento do direito constitucional e de sua legitimidade, na busca relacional do sentido da norma com a vivência e a responsividade existencial e contingente das demandas sociais e políticas. Esta, de certo modo, é a perspectiva apresentada por Siegel e Post a partir da proposta de modelo jurisprudencial chamado de constitucionalismo democrático (Post & Siegel, 2013). Os conflitos a respeito dos significados da constituição afirmam sua autoridade e legitimidade ao invés de relativizá-la[18]; isso reaviva a questão política e democrática, fazendo com que se busque mobilizar argumentos significativos e plurais a favor de lutas sociais (Chueiri, 2018), que são diversas e pautadas no dissenso, e sua representatividade política; há um aspecto relacional e não excludente entre articulações normativas e constitucionais, suas interpretações e sua responsividade social.

O Constitucionalismo democrático, apontando para o conflito como positivo para a afirmação da autoridade constitucional, destaca inclusive a centralidade do Backlash[19], pois este expressa o desejo de um povo livre de influenciar o conteúdo da Constituição, e reações e conflitos ao significado constitucional dado pode contribuir para a coesão social (Post & Siegel, 2007). A interpretação das disposições gerais e abstratas das regras constitucionais, e a construção de respectivos significados, envolve a expressão de valores, definidores e expressadores de um reino de significados identitários e plurais, denominado de nomos; isso é claramente visível em debates sobre ação afirmativa, aborto e oração escolar, e reflete perspectivas significativas e interpretativas sobre valores como igualdade, liberdade, dignidade, família ou fé, que geram enormes de profundos dissensos, e que possuem adesão tanto racional quanto afetiva e passional. Daí que não há uma clara separação entre julgamentos de matérias concernentes à esfera pública e à esfera privada; casos julgados a partir daquela perspectiva podem gerar repercussões públicas concernentes a valores tidos como privados (Chueiri & Macedo, 2018).

Por isso que decisões judiciais sobre tais questões provocam resistência popular e dissensos, pois há discordância profunda, vigorosa e persistente, que para além de razões normativas, argumentativas ou construções racionais e procedimentos neutros de justificação da decisão, implicam em paixões e afetos que constroem visões de mundo e perspectivas plurais, e suscitam reações, por vezes violentas, e essas lutas têm como premissa a crença de que a Constituição deve expressar um nomos (Post & Siegel, 2007). Daí sua relação com o avivamento da ação política. Decisões controversas reavivam divergências e interpretações conflitivas; e são positivas, pois tendem a aumentar a legitimidade da

(18) Um exemplo de abordagem que analisa o backlash como prejudicial é a de Cass Sustein, que vê a reação principalmente em termos da ameaça que coloca em risco a autoridade judicial e a solidariedade social. Para esta análise *veja* Sunstein, C. (2007). If people would be outraged by their rulling should judges care? *The Social Science Research Network Eletronico Paper Collection*. http://ssrn.com/abstract _id=965581

(19) "O backlash é utilizado na esfera pública para designar a reação negativa e violenta a condutas, omissões ou decisões, sobretudo de autoridades públicas, mas que pode ser aplicado a pessoas privadas também" (Chueiri & Macedo, 2018, p. 126).

constituição a partir do momento em que grupos conflitantes se reconhecem nela e reconhecem a legitimidade dela, bem como lutam pela prevalência de determinados e possíveis sentidos. Ao se debater politicamente sobre possíveis aspectos e aberturas significativas a constituição é reforçada, e possíveis reações às significações ao invés de relativizá-la buscam manter sua capacidade de resposta democrática acerca de aberturas interpretativas e significativas. E "em tal relação, os membros políticos (partidos políticos, movimentos sociais, povo, instituições) se reconhecem mutuamente enquanto adversários (e não inimigos), compartilhando uma mesma arena política, que é regida por um sistema de regras e leis comuns entre todos" (Fernandes & Dantas, 2019, p. 74).

O texto constitucional pode estar dado, mas esse fato não é elemento que fecha possibilidades interpretativas acerca de seus significados, pois as normas constitucionais podem circular por várias compreensões dentre atores sociais, como o povo, o legislativo e o judiciário, de maneiras sutis, e nem sempre conformes a interpretação constitucional oficial dada pelos tribunais. O que se questiona são os significados, e não a própria constituição que, pelo conflito, possui sua legitimidade afirmada. Daí a importância de que as decisões alberguem abertura para graus de responsividades políticas, por meio de possibilidade de respostas contrárias e adesões vigorosas. É neste sentido que o constitucionalismo democrático reconhece o papel essencial do judiciário, mas não guarda em relação a este um enfoque jurídico-centrado. Tribunais são importantes, e fazem parte da estrutura institucional constitucionalmente estabelecida, mas ao lado destes, e de suas decisões, há a valorização do engajamento público, de diversos atores sociais, de valores e ideais populares, na orientação e legitimação das instituições e práticas de revisão judicial, o que demonstra engajamento político ativo (Post & Siegel, 2007).

A proposta do constitucionalismo democrático é um modelo jurisprudencial, ao analisar a interdependência profunda e inevitável entre direito e política (Post & Siegel, 2007), sem descuidar da autoridade da constituição, e não é propriamente um método de interpretação. Como tal, a aposta não está em decisões orientadas, em última análise, por consensos últimos e finais. Se assim o fosse, o que ocorreria seria um ilhamento das interpretações e decisões, tornando-as incomunicáveis e não maculáveis pela política e pela "irracionalidade" pública, dotando de propriedade superior as decisões dos Juízes como melhores intérpretes e detentores da última palavra em direito constitucional (Kozicki & Araújo, 2015, p. 116). Ao contrário desta perspectiva, o constitucionalismo democrático pretende compreender a dinâmica interrelação entre constitucionalismo e política (Post & Siegel, 2009), e as responsividades democráticas acerca dos compromissos significativos da constituição.

Controvérsias provocadas por decisões judiciais podem trazer efeitos benéficos ao reavivarem engajamentos políticos e a mobilização por compromissos significativos acerca da constituição. Como respostas a estas, o campo político se movimenta responsivamente, a favor ou contra decisões, por caminhos de manifestação popular, via instituições legislativas, ou mesmo judiciais. Este movimento afirma pela necessidade da participação do povo na construção democrática e política dos sentidos constitucionais, e no reconhecimento da legitimidade da constituição como instrumento vivo, que se relaciona com o contingente, e que faz parte de perspectivas de vidas e de anseios. Este movimento de construção da legitimidade acaba por agregar legitimidade democrática ao constitucionalismo, sendo o conflito e o backlash instrumentos de reafirmação e positivos neste processo (Chueiri & Macedo, 2018).

A constituição, e a afirmação de sua legitimidade, não está na afirmação da separação, do isolamento entre direito e política, ou da observância de procedimentalismos para não contaminação entre ambas. Num ambiente de pluralismo, e de possibilidades de significados amplos, uma decisão, a exemplo da judicial, não pode significar o fechamento interpretativo permanente. A legitimidade é afirmada a partir do momento em que os que não tiveram sua perspectiva comtemplada pela decisão possam crer na possibilidade de que poderão lutar, mesmo que futuramente, pelo advento e materialização de sua perspectiva, pois esta permanece na arena política e não é eliminada ou neutralizada. E isso pode impulsionar e moldar, no campo político, a luta apaixonada e o exercício de revisão do entendimento judicial.

Paradoxalmente, a possibilidade de desacordo sobre o significado da Constituição preserva a autoridade constitucional, porque permite que pessoas de convicções muito diferentes e divergentes a vejam como expressão de seus compromissos mais fundamentais (Post & Siegel, 2009). Mas mais do que a possibilidade de que perspectivas interpretativas feitas pelos tribunais acerca do texto constitucional sejam marcadas pelo dissenso e pelo conflito, e por sua responsividade política, é necessário reconhecer que a perspectiva do agonismo pode ser explorada como fundamental à

própria constituição e de sua relação com a democracia, em uma perspectiva tensional; o que será analisado na sequência.

4. Constituição e agonismo: Conflito e dissenso como fundamento para o reconhecimento democrático plural

As duas perspectivas apresentadas nos tópicos anteriores, embora de matrizes teóricas diferentes, nos permitem verificar aspectos de leitura e de (re)pensar a relacionalidade, articulações e tensionalidade entre democracia, constitucionalismo e responsividade política. Se, conforme a análise de Mouffe, o fundamento das relações humanas e sociais é marcado ontologicamente pelo antagonismo, condição concernente ao político, inerradicável e inafastável devido a pluralidade de valores que se desdobram no contingente, e ligados à condição existencial dos indivíduos, e mesmo da construção de identidades coletivas e plurais, promovendo uma abertura de possibilidades infinitas, se faz necessário pensar práticas políticas e instituições que lidem com conflitos e dissensos de tal modo a estabelecer certa organização, articulação e fechamentos, criando unidades, embora parciais, em um contexto conflitivo, diverso e contingente, para conter o antagonismo e transformá-lo em agonismo, devendo-se refletir em práticas não excludentes mas convergentes e de reconhecimento da pluralidade.

Assim, o campo da ação política, bem como a comunidade política democrática, deve ser marcado e estruturado pela presença de adversários, que se reconheçam como legítimos, embora discordem profundamente em suas perspectivas existenciais e ético-políticas plurais, conflitivas e dissensuais, e não como inimigos. Aí está propriamente a condição de existência mesma da democracia, a discordância profunda, mas com convivência política, que embora dissensual e conflitiva não implica a eliminação do outro, e, nesta condição, da possibilidade do estabelecimento de uma comunidade política. Mas para isso a ação política deve ter certa mediação, pois se "não mediada é quase que imediatamente tomada como violência, excesso, abuso" (Chueiri, 2013, p. 26). Conforme mencionado anteriormente essa mediação pode ser dada pelo constitucionalismo, numa articulação necessária entre o direito e o político, entre o constitucionalismo e a democracia (Kozicki, 2000). Neste caso, como articulação necessária entre poder originário e poder derivado, constituinte e constituído.

Mas esta mediação e articulação não se dá sem uma tensão fundamental entre democracia e constituição, vez que a democracia se caracteriza pela teoria do poder absoluto e da expansão do poder, ou seja, que não busca e que não reconhece em sua natureza a limitação, e que, ao mesmo tempo, é base e fonte do constituinte, o poder soberano do povo. Já o constitucionalismo, o constituído, se trata da teoria do governo limitado, da democracia limitada, da limitação do poder soberano. Como limitar o que por natureza não busca ser limitável? E como proceder com tal articulação? Não sem tensão. Esta lógica tensional, entre constitucionalismo e democracia, não é articulação facilmente apaziguável. Não há como prevalecer a ideia de que uma vez estabelecida a constituição, pela garantia normativa de direitos e estabelecimento de organização de poderes, tal normatividade daria conta de neutralizar tensões no campo da política, que são por natureza conflitivas, e "de que basta constitucionalizar as diversas relações que se estabelecem na sociedade (políticas, econômicas, ambientais, laborais, familiares, etc.) e elas se realizarão da maneira prescrita pela norma constitucional, de forma que a promessa se cumpriu e, assim, viveremos uma realidade livre das tensões, como se fosse o paraíso" (Chueiri, 2013, p. 27).

A constituição como mediação para a ação política é este campo que pretende ser a limitação, mas ao mesmo tempo a condição de existência do conflito, ou seja, determinar certos limites, mas não tolher a condição de existência do político, do agonismo. Nesse sentido, não se deve pensar apenas a interpretação da constituição como possível fomentadora da ação política, conforme propõe o constitucionalismo democrático, mas pensar a constituição mesma marcada e como agonística, como mediadora da ação política, não como fechamento, como apagamento ou afastamento do dissenso da esfera pública, mas como condição própria da existência conflitiva e dissensual, e, portanto, como condição própria da existência da democracia[20]. Assim, "há um sentido agônico e agonista que é preciso ser explorado na constituição (...). Precisamos de

(20) Neste sentido é que "a Constituição pode ser compreendida como um dos limites que faz a distinção entre o agonismo e o antagonismo, entre o conflito que favorece a dinâmica democrática e aquele que a rejeita" (Almeida, 2014, p. 183).

uma constituição capaz de capturar a natureza (agonista) do político" (Chueiri, 2013, p. 27).

Conforme aponta Mouffe, no campo da teoria política, a tensão não pode ser articulada por meio de uma negociação consensual de caráter racionalista e permanente, procedimental e tecnicista, como pretende a teoria dominante de cunho liberal, pois acaba por afastar as condições próprias de realização da política, ou seja, o agonismo, e a supressão de uma esfera pública política democrática, viva e vibrante (Mouffe, 2003). Da mesma forma a constituição não pode estar conformada por mecanismos liberais de mútua negociação entre os poderes constituídos, mas deve ela mesma ser objeto e sujeito da política democrática, e interrelação e afetação mútua, de reconhecimento do plural, da abertura e do fechamento. "Os direitos estão na Constituição, na medida em que ela permite a sua constante reinvenção e demanda (dos direitos)" (Chueiri, 2013, p. 29). E isso não ocorre sem uma perspectiva agonista, mas por sua afirmação.

Algumas teorias políticas e constitucionais contemporâneas tem perspectivas que suprimem o aspecto do conflito e do dissenso da construção de práticas políticas democráticas[21], bem como afastam os próprios indivíduos e coletivos da participação política, compreendendo-os enquanto elementos que ameaçam o constitucionalismo e a democracia (Faller, 2020). A atualidade, e as práticas teóricas que fundamentam tanto a democracia, a política, quanto o constitucionalismo, e suas articulações, vêm sendo marcadas especialmente por um imaginário hegemônico de fundamento econômico e neoliberal, que acaba por apostar em procedimentos racionais e universais, e tecnocráticos, excluindo o contingente, limitando, reduzindo e esvaziando conteúdos significativos tanto da democracia quanto do constitucionalismo. Se constituem enquanto práticas com poder de nominar e dominar perspectivas significativas acerca da liberdade e da igualdade, bem como de fundamentar perspectivas individualistas e respectivas práticas políticas, constitucionais e institucionais sob esta ótica[22]. Tais processos debilitam a constituição, e a garantia de direitos, e a democracia, entendidos como poder do povo e para o povo (Rubio, 2018).

Isso porque pela criação de consensos e procedimentos racionais e universais acabam por excluir o agonismo do contingente e de não reconhecer a tensionalidade, a multiplicidade de demandas democráticas presentes na sociedade[23], essenciais para a constituição de identidades políticas democráticas e plurais. Longe da pretensão de abafar o conflito, pela ausência de reconhecimento do agonismo, tal perspectiva produz uma deficiência democrática de participação nas instituições e nas ações políticas, pois "a dimensão coletiva não poderia ser eliminada da política" (Mouffe, 2005, p. 70). Mais do que a pretendida segurança e estabilidade, esta perspectiva promove a manutenção do status quo e de determinadas hierarquizações.

Neste processo, tanto a democracia quanto o constitucionalismo acabam por ser esvaziados de seus significados e isolados da participação do povo, e são dominados por mecanismos tecnocratas. A democracia sofre de um processo de desdemocratização, sendo cada vez menos os lugares onde a cidadania pode se expressar de forma viva e vibrantes e de tomar decisões de maneira participativa e efetiva. A constituição igualmente passa por um processo de descaracterização, e mesmo de desqualificação da participação interpretativa e significativa de diversos agentes, em nome de uma racionalidade instrumental, procedimentos exclusivos, e da operacionalidade técnica; isso é acompanhado pelo medo do povo e de tudo aquilo que isso representa e do que dele procede[24]. Sob esta perspectiva é falso afirmar que, num plano político e constitucional, a democracia seja o poder do

(21) A exemplo das nominadas no tópico anterior.

(22) Segundo Laval e Dardot, a predominância do neoliberalismo como hegemônico afeta a própria subjetivação dos indivíduos, que, pautada pela lógica empresarial como modelo de subjetivação, passam a adotar a competição entre indivíduos como norma de conduta. Isso dificulta ou elimina qualquer perspectiva de ação conjunta ou construção de identidades coletivas. Para aprofundamento desta *veja* o capítulo 9 (a fábrica do sujeito neoliberal) da seguinte obra: Laval, C. & Dardot, P. (2016). *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Boitempo.

(23) Mouffe identifica o neoliberalismo como hegemonia dominante. Para ela o neoliberalismo impede a prática de uma democracia radical, pois esta hegemonia "toma como certo o terreno ideológico que foi estabelecido como resultado de anos de hegemonia neoliberal e transforma o que é um estado conjuntural de acontecimentos numa necessidade histórica. Aqui, como em muitos outros casos, o mantra da globalização é invocado para justificar o status quo e para reforçar o poder das grandes corporações transnacionais" (Mouffe, 2003, p. 21).

(24) Rubio afirma que tudo o que procede do popular é fonte de receio, de prejuízo, ódio e temor. As classes populares são desqualificadas e associadas ao caótico, ao perigoso, ao primitivo, imaturo, inculto e desordenado, e são sinônimos de insegurança, desconfiança e ameaça ao estabelecido. E devido a tal perigo deve a participação ser contida, limitada, manipulada, reduzida e esvaziada através de diversas políticas de dominação, inclusive consideradas democráticas (Rubio, 2018, pp. 108-109).

povo e para o povo (Rubio, 2018), mas, sobre as condições caracterizadas acima, este acaba sendo excluído da esfera pública, e acaba sendo tomado como inimigo e não como adversário, o que lhe tolhe a condição própria da política, conforme alerta Mouffe.

É preciso sair deste imaginário desempoderador e excludente e resgatar a dimensão do agonismo inerente à comunidade e à ação política e ao reconhecimento do diverso, e construir uma esfera pública viva, vibrante, participativa e plural. E num aspecto de pluralidade democrática necessário se faz (re)pensar práticas não excludentes, mas a abertura para o reconhecimento do outro, da pluralidade de perspectivas, mesmo que dissensuais, como condição própria de existência da democracia e da ação política. Para tal, é preciso repensar a articulação tensional entre democracia e constituição, que leve em consideração o contingente e práticas reais. Em relação à democracia, esta deve ser vivenciada a partir do contingente, de perspectivas de vida concretas, de um conjunto de ações, mediações e articulações que tem como objetivo possibilitar o poder do povo e para o povo, e da luta e reivindicações de membros concretos de uma comunidade política e plural.

Mesmo "o povo" não deve ser compreendido a partir de um essencialismo, mas de sujeitos concretos e contingentes em articulações vivas e precárias (Chueiri, Fonseca & Hoshino, 2020). Em relação à constituição, é preciso superar a visão desta como poder constituído, a qual esvazia o poder do povo, e a perspectiva política e democrática, na produção de significados, e reavivar o poder constituinte (Rubio, 2018). A participação efetiva passa pelo reconhecimento de que o político é ontológico e constituinte da realidade social, e da possibilidade contingente de se estabelecer certa unidade em um contexto conflitivo, para conter o antagonismo e transformá-lo em agonismo.

É preciso pensar a constituição para além das amarras do tecnicismo, ou para além das "amarras rígidas do direito (ou do constitucionalismo) como fonte de produção das normas constitucionais", e nelas não se esgotar (Chueiri, 2013, p. 28). Ainda que o constitucionalismo seja um fechamento e uma limitação ao poder constituinte e da democracia, deve-se reconhecer este como provisório, tenso e marcado pelo agonismo, ou seja, os direitos nele constantes são sempre abertos e passíveis de reinvenção. Isso implica também em não aquiescer com decisões institucionais descompromissadas com o social. "A linguagem do constitucionalismo assim como a linguagem da democracia é, em si mesma, promessa e agonistas" (Chueiri, 2013, p. 28). Agonista ante a pluralidade e a ausência de possibilidade de fechamentos permanentes ou do afastamento do conflito; Promessa enquanto condição de possibilidade, que deve permanecer aberta diante da imprevisibilidade e da contingência social, e da realização futura de possibilidades plurais de significação e realização.

É neste sentido que a constituição não se reduz ao constituído, mas nela está presente e retém o constituinte[25], como promessa, como abertura, que constitui uma comunidade política como forma de vida, como contingente, como não fixo, como perspectiva não fundacionista (Chueiri, Fonseca & Hoshino, 2020). É assim que o caráter normativo possui repercussões no ontológico, no social, na constituição contingente dos sujeitos políticos, ao mesmo tempo que é por estes significada, num processo de mútua implicação.

Assim, da mesma forma com que a política deve ter por fundamento o agonismo, ou seja, o reconhecimento da pluralidade, e a perspectiva aberta a realizações diversas e plurais, o constitucionalismo e a constituição, na qual retém o constituinte, não pode ser um fechamento normativo e acabado, pois seria autoritário, conforme exposto anteriormente. Mas a abertura como promessa, preocupa-se com o vir-a-ser, numa sociedade plural, com a constituição de cidadãos e expressões plurais, cujos contornos existenciais, embora contingentes, não se prendem à literalidade normativa do constituído, ou de se fechar o futuro por compromissos firmados no passado (Almeida, 2014). É neste sentido que

(25) "Para a ciência do direito, o poder constituinte é tradicionalmente a fonte da qual a nova ordem constitucional emana. É o poder de fazer a nova Constituição, da qual os poderes constituídos adquirem a sua estrutura. Desta perspectiva o poder constituinte instala uma ordem jurídico-constitucional totalmente nova". Mas o poder constituinte não se esgota no constituído. "É preciso recuperar esta ideia e esta práxis de que o povo, soberano, ao se autolegislar, cria e funda a Constituição, através de toda radicalidade que está em tal ato fundante, impondo a si mesmo as regras e limites que vão regular os seus poderes constituídos. Ainda, a ideia de que o ato fundante e constituinte não se dissolve depois que a Constituição está feita, mas nela permanece como o seu traço político próprio, aquilo que não alivia a sua (da Constituição) responsabilidade em relação à democracia e aos direitos fundamentais: seja no momento da sua aplicação, seja no momento da sua própria revisão" (Chueiri, 2013, pp. 30-31).

a constituição, marcada pelo agonismo e pela promessa, não deve pretender resolver os conflitos políticos, mas mediá-los, tornando-os produtivos num processo de vir-a-ser, de abertura a múltiplas possibilidades significativas, e marcadas pelo agonismo. Pretender resolver conflitos fecha a possibilidade conflitiva, e encerra a expressão do próprio político. Embates, tensionalidades, conflitos e dissensos são importantes na medida em que transformam o conteúdo normativo da constituição a partir da articulação com perspectivas plurais e da possibilidade de seu acolhimento e significação.

Pensar a constituição como abertura, como promessa, como realização futura, como ausência de fechamento fixo para determinados significados ou conteúdos normativos, e como marcada pelo agonismo, é importante para uma sociedade pluralista, pois garante que o texto normativo se abra potencialmente para acolher o diverso, e não se feche em perspectivas significativas fixas e consensuais, numa textualidade normativa já dada e datada, mas numa dinâmica relacional e numa abertura que embora albergue determinados fechamentos não os torna fixos, mas abertos a contornos políticos. Ademais, esta perspectiva deve estar acompanhada pelo reconhecimento do outro, enquanto contingente e afirmador de práticas sociais, como adversário, jamais como inimigo, e que as demandas e as lutas por direitos, possuem articulações entre indivíduos e equivalências a serem consideradas entre as diversas lutas sociais e democráticas (Kozicki, 2000). Significados e conteúdos interpretativos são construídos pela interação contingente e normativa, e agonística. Daí a importância de a constituição reter o constituinte, a promessa, e de mediar a ação política e não ser seu fechamento, numa tensão constante e contínua entre constitucionalismo e democracia e sua articulação produtiva.

A constituição como mediação para a ação política é a constituição que permite o conflito e o dissenso como fundamental para o reconhecimento de práticas plurais e diversas, portanto democráticas. É a abertura, enquanto promessa, não só no presente, mas também no momento em que é demandada[26] (no futuro), para ações que incorporam a constituição numa articulação política, e a partir do contingente, de determinados sujeitos políticos, na construção de conteúdos significativos (Chueiri, Fonseca & Hoshino, 2020, p. 86). Neste sentido, não há como se reduzir múltiplas demandas, e perspectivas plurais, que sejam aglutinadas ou reduzidas a interesses gerais e únicos, ou à eleição interpretativa produzida e emanada apenas por uma perspectiva, a judiciária ou estatal. Isso promove abertura para demandas plurais e, potencialmente, para seu reconhecimento, a partir da tensão articulatória entre constituído e constituinte (promessa), entre constituição e democracia, e sua interrelação viva e dinâmica com o contingente. O conflito, e sua expressão no agonismo, inerente a este processo, ao contingente, ao tecimento significativo, à tensão entre política e direito, democracia e constitucionalismo, indica a ausência de fechamentos últimos, e a potencial modificação como possibilidade de inclusão de demandas plurais, imanente a processos democráticos de disputas significativas e de participação, e que afetam e implicam tanto a política quanto o constitucionalismo.

5. Considerações finais

Tendo a consciência de não esgotamento da temática trabalhada, bem como dos riscos envolvidos em comprometer teorias de matrizes teóricas diferentes, uma no campo da teoria política, e outra no constitucionalismo; mas há um aspecto importante analisado por Mouffe que pode ser interessante tanto para a democracia (política) quanto para o constitucionalismo, e na articulação entre ambas. Trata-se do agonismo, da afirmação de conflitos e da construção de significados e da abertura ao reconhecimento do plural, contribuindo para a construção de sociedades faticamente plurais e democráticas, bem como da compreensão do constitucionalismo neste processo.

Mas para isso o conflito deve ser administrado politicamente, na esfera da ação política, ou seja, deve-se reconhecer que não há como apagá-lo ou nulificá-lo como condição tanto do político, quanto das instituições sociais. Há uma certa indeterminação de sentidos, por vezes radicalmente dissensuais, que não se vergam a práticas consensuais de cunho universalizante e totalizante, ou da proposta de algum bem comum substantivo, sem causar prejuízos ao político e a democracia que se quer plural. Os próprios significados são politicamente construídos e em relacionalidade com práticas sociais, marcados por relações de poder.

(26) "A colocação de uma promessa não encontra na anterioridade de seu fazer suas condições, mas é no exato ato de seu anúncio que ela implica um conteúdo, encarnado na sua ação" (Chueiri, Fonseca & Hoshino, 2020, p. 86).

Embora dissensual, o agonismo é essencial como prática político-democrática, pois ao mesmo tempo que reconhece a pluralidade de perspectivas, e em mesmo sendo uma delas hegemônica, assinala que não há a possibilidade de fechamento permanente, nem mesmo que comunga de ideias divergentes das hegemônicas é tomado por inimigo, a ser eliminado, mas como adversário, em tensão constante no campo político, mas legítimo. Essa perspectiva e abertura e indeterminação não permite que sejam estabelecidos consensos permanentes, e nem mesmo instituições que se considerem como "guardiãs da verdade". Isso significa que as relações sociais sempre estão e estarão envolvidas em jogos de poderes, em tensão e conflito, e é justamente esta articulação e continuidade conflitiva que torna e se torna possibilidade de abertura para o reconhecimento e expressão de práticas plurais, condição que afirma a própria democracia, e esta sempre está aberta à sua própria realização, projetando-se para o futuro, para a abertura do diverso e do plural, de práticas plurais.

Por certo que num campo plural e de perspectivas dissonantes e divergentes, por vezes radicalmente contrárias, nem todas as práticas serão reconhecidas. Deve existir determinados fechamentos, determinados impedimentos à possibilidade do caos e da violência. Conforme a perspectiva trabalhada, constatou-se que o direito, sobretudo a constituição, pode se constituir enquanto instrumento de fechamento de significados, mas este o deve ser enquanto mediador da ação política. Esta perspectiva foi trabalhada a partir do constitucionalismo e de sua possibilidade de concretização da democracia e da expressão do pluralismo que lhe é concernente.

Numa primeira perspectiva, a do constitucionalismo democrático, verificou-se o reconhecimento do conflito como prática responsiva democrática e política ao fechamento significativo e interpretativo dado por decisões nas cortes. O conflito garante e afirma a legitimidade da constituição numa sociedade marcada pelo pluralismo de valores. Assim, e embora constituam fechamentos, decisões das cortes não devem ser tomadas como supremas ou última palavra, como manifestação de uma razão superior, mas como aberturas, como possibilidades de reavivamento da ação política e da responsividade pela afirmação de perspectivas significativas plurais.

Há, neste sentido, uma tensão agônica entre direito e política, entre democracia e constitucionalismo, e entre decisões e as práticas reais, e que é interessante na construção de um projeto político de sociedade, este tido como inacabado e em abertura para a constante transformação. Neste sentido, a jurisdição constitucional não encerra possibilidades interpretativas, que podem ser extraídas tanto do povo como de outras instituições sociais. Ela não encerra o processo político, mas o fomenta como prática democrática e plural.

Ao término da pesquisa, a hipótese de que a condição conflitiva pode e deve ser compreendida como produtiva para o reconhecimento de expressões plurais tanto na política quanto no direito, tanto na democracia quanto no constitucionalismo, e que delas não ser extirpada, mas transformada em agonismo, em acolhimento e expressão do plural pôde ser confirmada. Conforme a perspectiva e fundamento apresentados, a afirmação é de que a perspectiva do agonismo apresenta um interessante aspecto ao constitucionalismo. Não basta que a interpretação constitucional seja responsiva, é preciso que a própria constituição seja aberta ao agonismo e mediadora da ação política. A proposta do modelo adversarial, delineada nas obras de Mouffe, compreende conflitos como confrontos reais, e políticos, que lutam por significados a partir de um conjunto de regras compartilhadas. Verificou-se que a Constituição como mediação à ação política pode ser esse conjunto. Sob esta perspectiva, entende-se que a Constituição não se fecha ao constituído, ao passado, como conjunto textual depositário de determinadas verdades, determinados consensos inquestionáveis, mas de que se abre, como promessa, como garantia de determinados direitos (fundamentais), que, embora abstrata e geral, por seu caráter de normatividade, não se fecha em sua literalidade, mas como mediação, na qual os próprios significados normativos não são dados, mas construídos a partir de lutas (políticas) concretas e contingentes, numa imbricação agonística entre a normatividade e a realidade plural da democracia, reafirmando-a.

Essa perspectiva de mediação da ação política, e de projetar aberturas enquanto promessa, apresenta interessante articulação entre direito e política, entre constitucionalismo e democracia, na qual se compromete a própria constituição como mediação da ação política, e concretização da democracia, mas não se reduz a esta, e vice-versa. Sob esta perspectiva, há uma interessante articulação entre constitucionalismo e democracia, que pode ser dada pelo agonismo, pois permite o conflito e o dissenso como fundamentais para o reconhecimento de práticas plurais diversas, e abertas para perspectivas

do porvir, portanto, comprometidas com realizações democráticas, cujos sujeitos que as compartilham, mesmo que não acolhidas de imediato, são tidos como legítimos e como membros da comunidade. E esta perspectiva é indispensável para a concretização da democracia em sociedades plurais.

Referências bibliográficas

Almeida, L. (2014). O constitucionalismo através do conflito: uma reflexão e alguns comentários em torno da ideia de constituição radical. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, 59*(3), 167-196. https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/37163

Châtelet, F., Duhamel, O. & Pisier-Kochner, E. (1985). História das idéias políticas. *Jorge Zahar.*

Chueiri, V. (2013). Constituição Radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, 58*. https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34863

Chueiri, V. & Macedo, J. (2018). Teorias Constitucionais Progressistas, Backlash e Vaquejada. *Seqüência, 39*(80). https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-055.2018v39n80p123

Chueiri, V., Fonseca, A. & Hoshino, T. (2020). A constituição (in)corporada. *Católica Law Review, 4*(1), pp. 81-97. https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicalawreview/ article/view/6971

Dworkin, R. (1999). *O Império do Direito*. Martins Fontes.

Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*. Harvard University Press.

Faller, M. (2020). *Radicalizando a Democracia, popularizando o constitucionalismo, redesenhando instituições: uma leitura da política nacional de participação social no Brasil* [tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Paraná]. https://archivum.grupomarista.org.br/pergamumweb/vinculos/000092/0000921e.pdf

Fernandes, B. & Dantas, I. (2019). Constitucionalismo Democrático: Entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na Democracia. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR, 64*(2). https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/62962.

Habermas, J. (2001). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoria del discurso.* Editorial Trotta.

Kelsen, H. (2000). *Teoria pura do Direito*. Martins Fontes.

Kozicki, K. (2000). *Conflito X Estabilização*: Comprometendo Radicalmente a Aplicação do Direito com a Democracia nas Sociedades Contemporâneas. Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

Kozicki, K. (2004). O problema da interpretação do direito e a justiça na perspectiva da desconstrução. *O que nos faz pensar, [S.l.], 14*(18), 145-164. http://www.oquenosfazpensar.fil.puc-rio.br/index.php/oqnfp/article/view/192.

Kozicki, K. & Araújo, E. (2015). Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. *Seqüência, 36*(71). https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p107

Laval, C. & Dardot, P. (2016). *A nova razão do mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Boitempo.

Mouffe, C. (2003). Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. *Política & Sociedade - Revista de Sociologia Política, 2*(3). https://periodicos.ufsc.br/index.php/ politica/article/view/2015

Mouffe, C. (2005). *On the Political*. Routledge.

Mouffe, C. (2006). Por um modelo agonístico de democracia. *Revista de Sociologia e Política, 25*. https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/7071

Mouffe, C. (2012). *La Paradoja Democrática: el peligro del consenso en la política contemporánea*. Gedisa Editorial.

Post, R. (2010). Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship between Law and Politics. *California Law Review, 98*. https://www.californialawreview.org/print/9theorizing-disagreement-reconceiving-the-relationship-between-law-and-politics/

Post, R. & Siegel, R. (2002). Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power. *Faculty Scholarship Series*, paper 182. https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_ProtectingTheConstitutionFromThePeople.pdf

Post, R. & Siegel, R. (2007). Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. Yale Law Scholl, Research Paper n. 131, *Social Science Research Network Electronic Paper Collection*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_ id=990968.

Post, R. & Siegel, R. (2009). Democratic Constitutionalism. In J. Balckin & R. Siegel, *Constitution in 2020*. Oxford University Press.

Post, R. & Siegel, R. (2013). Constitucionalismo democrático. Por una reconciliácion entre Constitución y pueblo. Siglo XXI.

Rawls, J. (2002). *Uma Teoria da Justiça.* Martins Fontes.

Rubio, D. (2018). Derechos Humanos (vaciados), Constitucionalismo (oligárquico y de los negocios) y democracia (sin democratas) en el mundo contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da FMP, 13*(2). https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/91

Sunstein, C. (2007). If people would be outraged by their rulling should judges care?. *The Social Science Research Network Eletronico Paper Collection.* http://ssrn.com/abstract_ id=965581

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.011

Las máximas de experiencia en la valoración racional de la prueba: Uso adecuado e inadecuado desde la perspectiva de género(*)

Maxims of experience in the rational assessment of evidence: Proper and improper use from a gender perspective

Raquel Limay Chavez(**)
Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)

Resumen: El presente trabajo pretende analizar doctrinaria, legal y jurisprudencialmente las denominadas máximas de experiencia en la valoración probatoria desde dos perspectivas: racional o epistemológica y de perspectiva de género. Ambos enfoques son relevantes; el primero, porque concibe a las máximas de experiencia como criterios de valoración de prueba y generalizaciones empíricas de forma condicional, susceptibles de ser catalogadas como verdaderas o falsas si no se corresponden con una constatación empírica. El segundo, porque permitirá poner en evidencia la indebida interpretación y aplicación de estos criterios de valoración como argumentos fundados sobre la base de sesgos, estereotipos o prejuicios de género -especialmente, en delitos sexuales- y que se ocultan bajo la denominación de máximas de experiencia del juez. El problema de interpretar los hechos a partir de prejuicios asignados a un género produce un inadecuado uso por parte de los juzgadores, que incide directamente en una valoración racional de la prueba, pues la convierte en una apreciación meramente subjetiva del juez no controlable de forma racional.

Palabras clave: Valoración racional - Perspectiva de género - Prueba - Máximas de experiencia - Estereotipos - Sesgos - Garantía

Abstract: The present paper intends a doctrinal, legal and jurisprudentially analysis of the so-called maxims of experience in the assessment of evidence from two perspectives: rational or epistemological and gender perspective. Both approaches are relevant because the first approach conceives the maxims of experience as assessment criterion and empirical generalizations with conditional form, susceptible to be classified as true or false if it does not correspond to an empirical verification. The second point of view, will allow showing the improper interpretation and application of these assessment criterion as arguments based on of biases and gender stereotypes, mainly, in sexual crimes, and that are hidden under the denomination of maxims of experience of the judge, this directly affects the rational assessment of evidence making this a simply subjective appreciation.

Keywords: Rational assessment - Gender perspective - Evidence - Maxims of experience - Stereotypes - Biases - Warrant

---

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 28 de junio de 2021 y su publicación fue aprobada el 1 de octubre de 2021.

(**) Magíster en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona (España) y Génova (Italia). Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Maestría en Ciencias Penales por la misma casa de estudios y en el Programa Internacional de Especialización en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Fundadora del Instituto Peruano de Razonamiento Probatorio. Asesora jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú en la Sala Penal para procesos de Altos Funcionarios del Estado. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9278-1067. Correo electrónico: r.limay@pucp.edu.pe.

1. Introducción: La búsqueda de la verdad como fin institucional en el proceso

Uno de los debates que se ha generado en el campo de la filosofía se centra en la posibilidad de acceder a la verdad. Esta discusión no es exclusiva de dicha rama del conocimiento; a nivel jurídico, específicamente, en el marco de un proceso judicial, el debate respecto de la verdad se orienta a la posibilidad de que se pueda acceder a ella y, si fuera así, si se puede hacer de modo absoluto.

Dado que una investigación de las distintas teorías sobre la verdad extralimitaría el objetivo del presente trabajo, daré por supuesta aquella postura que afirma que un enunciado será verdadero en tanto refleje la realidad y se corresponda con ella (González, 2005, p. 97), argumento expuesto por la teoría de la verdad como correspondencia(1). En esa línea de interpretación, desde un enfoque epistemológico, la actividad probatoria desplegada en el proceso deberá estar orientada a la búsqueda de la verdad - afirmación que no niega la posibilidad que también puedan concurrir otras finalidades - esta será siempre la finalidad institucional. Como bien lo ha señalado Taruffo (2002, p. 86), la verdad de la afirmación de los hechos es condición para una correcta aplicación de la norma, de ahí que la concepción de la búsqueda de la verdad, sea la que más ayude a la consecución de estos fines.

Ello es así, si entendemos que una de las principales funciones del derecho es la regulación de las conductas(2). Para que esta función se cumpla, deben aplicarse las consecuencias jurídicas estipuladas en las normas a las descripciones fácticas prescritas en ella y siempre que, en efecto, las conductas se hayan producido. Solo bajo esta seguridad -que las normas se apliquen a los hechos que en realidad ocurrieron-, los destinatarios de las normas orientarán su actuar de conformidad con el derecho y este podrá cumplir su función de mecanismo de resolución de conflictos, de lo contrario, como lo refiere Ferrer: "si fuera el juez quien constituyera el antecedente fáctico de la aplicación de aquellas consecuencias, no podría motivarse la conducta de los ciudadanos puesto que esta resultaría irrelevante al efecto de esa aplicación" (2016, p. 50).

Pese a la exposición de estas razones, en América Latina, han sido mayoritarias las posturas que niegan que la finalidad del proceso y de sus instituciones -como la prueba- sea alcanzar el conocimiento de la verdad (Maier, 2004, p. 844)(3). Según estos sectores doctrinarios, la finalidad de la prueba estaría orientada a lograr la íntima convicción o persuasión del juzgador descartando de plano que la verdad sea un fin alcanzable. Sin embargo, asumir ello, implicaría aceptar que dicho estado mental podría verse satisfecho independientemente de la forma en que se llegue a este, incluso si no es acorde con los hechos realmente producidos, "conduciendo necesariamente a una concepción irracional de la prueba" (Ferrer, 2005, p. 67)(4).

Una postura racional la expone Ferrer (2005, pp. 72-74) quien sostiene que la prueba como actividad(5) cumple la función de

(1) Como lo ejemplifica Tarski (1931), la proposición "la nieve es blanca" es verdadera sí y solo sí, la nieve es blanca. Debe producirse una correspondencia entre lo que sostiene la proposición o enunciado y lo que ocurre en el mundo real.

(2) Ferrer (2016) refiere a que no desconoce la presencia entre el material jurídico de disposiciones que "no expresan prescripciones y que, por tanto, no dirigen directamente la conducta de nadie. Sin embargo, creo que puede decirse que la presencia de prescripciones entre ese material jurídico es consustancial a la idea de derecho" (pp. 49-50).

(3) El autor califica al procedimiento judicial como un método regulado jurídicamente, de investigación histórica, precisamente porque uno de sus fines consiste en el intento de averiguar la verdad acerca de la hipótesis histórica, positiva o negativa, que constituye el objeto del procedimiento. Sin embargo, este autor hace depender de la consideración subjetiva del juzgador la averiguación de la verdad, clasificándola por ejemplo de certeza positiva cuando el juez queda convencido.

(4) Sin embargo, suponiendo que esta fuera la finalidad de la prueba, se podría decir que "la íntima convicción" igualmente versaría respecto del objeto de prueba, que está constituido por los enunciados sobre los hechos controvertidos. Esta interpretación conllevaría a reafirmar que cualquiera sea el estado mental del juzgador, este deberá referirse a los enunciados fácticos, lo que en suma significa que, necesariamente, la finalidad de la prueba se vincula con la verdad de las proposiciones expuestas por las partes. Cabe acotar que en el proceso se prueban las afirmaciones sobre los hechos y no los hechos mismos. Como lo ejemplifica Serrá Domínguez, no puede probarse una mesa ni un contrato ni una obligación. Lo único que puede probarse es el enunciado que afirma la existencia la existencia de un contrato y no el contrato mismo (Ferrer, 2005, p. 70).

(5) Responde a la siguiente clasificación: prueba en el sentido de (i) medio de prueba, (ii) prueba como actividad y (iii) prueba como resultado. Accatino (2018), precisa, sobre estas distinciones, que (i) se refiere a los datos, o informaciones susceptibles de ser percibidas a través de los sentidos, que constituyen elementos de juicio a favor o en contra de la verdad de alguna afirmación relativa a un hecho jurídicamente relevante, (ii) la actividad consistente en introducir a un proceso judicial medios de prueba específicos a fin de que se funde en ellos la decisión judicial sobre los hechos del caso. Se trata de una actividad reglada, desarrollada fundamentalmente por las partes, en la forma y con los controles previstos por la ley y (iii) constituye el resultado de la valoración por el juez de los medios de prueba aportados al proceso (pp. 4-6).

comprobar si los hechos expuestos se han producido o, lo que es lo mismo, a través de la actividad probatoria se determinará el valor de verdad de los enunciados que describen su ocurrencia. Así, cuando los medios de prueba son incorporados al proceso aportan elementos de juicio a favor de la verdad de un enunciado.

Podría entonces afirmarse la existencia de una relación entre los enunciados probatorios (del tipo "Está probado que p") respecto de los elementos de juicio (los medios de prueba) presentes en el caso judicial. Por lo que, "para que pueda decirse que una proposición está probada es necesario y suficiente que se disponga de elementos de juicio en su favor, que hagan aceptable esa proposición como descripción de los hechos del caso" (Ferrer, 2005, p. 69)[6]. Se produce una relación de carácter teleológico entre prueba y verdad.

En ese sentido, la perspectiva epistemológica de la búsqueda de la verdad como fin institucional del proceso y de la actividad probatoria orientará mi propuesta sobre el tratamiento de las llamadas máximas de experiencia en una de las fases primordiales del proceso, la valoración probatoria[7].Asimismo, se empleará un perspectiva de género, de modo específico, para la identificación de problemáticas que pueden presentarse en la valoración.

2. La valoración probatoria

En el proceso judicial, se despliegan diversas etapas o momentos diferenciados y sucesivos en los cuales se desarrolla la actividad probatoria. Ferrer (2007) explica que consisten en:

> (i) La conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión (que a su vez se divide en fase de admisión y práctica de la prueba), (ii) la valoración de esos elementos; y, c) propiamente, la adopción de la decisión (p. 41).

El tema que abordaré se ubica de modo concreto en la etapa de valoración probatoria, una de las fases primordiales del proceso, consistente en la dotación u otorgamiento de valor de los elementos de prueba de modo individual y conjunto. Se indica que es un momento trascendental dado que de ella depende que el juez establezca la decisión final en el proceso penal (Taruffo, 2009, p. 421).

Al respecto, la doctrina peruana considera que la valoración consiste en extraer una conclusión a partir de la información obtenida en el contexto procesal (San Martín, 2015, p. 590) y se ejecuta a través de una operación intelectual realizada por el juzgador para determinar si se consideran probados los datos fácticos, por lo que, involucra un análisis razonado de los elementos introducidos en el proceso (Claría, 1998, p. 307).

En esa línea de interpretación, se puede sostener que la valoración de la prueba se constituye en aquella actividad probatoria, a cargo exclusivo del órgano jurisdiccional, consistente en un trabajo intelectivo respecto de la verificación de las afirmaciones fácticas sostenidas por las partes. Los sistemas jurídicos como el peruano, de raigambre romano-germánica, establece un régimen de libre valoración de la prueba, -para diferenciarlos de los antiguos sistemas de prueba legal o tasada o de la íntima convicción[8]-, que exige que la apreciación del juez se realice en relación de los elementos de juicio que aportan las partes del proceso para el esclarecimiento de la hipótesis fáctica a ser demostrada.

A mayor especificación, como lo refiere Ferrer (2016), la actividad de valoración es libre en el sentido que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminan su resultado. Adicional a ello, la operación consistente en juzgar el apoyo empírico que aporta el conjunto de elementos de juicio a la hipótesis se encuentra sujeta a los criterios generales de la lógica y la racionalidad (p. 155). De lo anterior, como acota Fernandéz, "la existencia de criterios racionales de apreciación de la prueba ha permitido, como puede deducirse fácilmente, la posibilidad de ejercer un verdadero control sobre esta actividad judicial

(6) Explica Ferrer que esta afirmación pondría en tela de juicio aquella que sostiene la relación conceptual entre prueba y verdad. Esto es, "aquella que consiste en postular a la verdad de un enunciado como condición necesaria para que pueda decirse que ha quedado probado" (2005, p. 68).

(7) La epistemología no está interesada simplemente en la reducción de errores y el derecho tampoco. La justificación de una decisión sobre los hechos tiene una doble cara (o hay dos tipos de justificaciones, si se prefiere): una material y una procedimental. Desde el primer punto de vista, podemos decir que una decisión está justificada si la proposición que se declara probada es verdadera. En el sentido procedimental, en cambio, la decisión está justificada si la hipótesis que se declara probada tiene suficiente apoyo en los elementos de juicio disponible (Ferrer, 2007, p. 101).

(8) Este último aún contenido en la normativa procesal penal peruana del Código de Procedimientos Penales de 1940, vigente en algunos distritos judiciales del Perú.

cuando se entiende que no se ha realizado conforme a los mismos" (2005, p. 238).

En ese sentido, si bien la valoración de las pruebas no se rige bajo el cumplimiento de normas tasadas que predeterminen cómo el juez deberá valorar determinadas pruebas ni qué valor otorgarles, no significa de ningún modo "libre arbitrio, ni la posibilidad de entrada a la "ciencia privada", por el contrario, conlleva a la obligación de razonar el resultado probatorio en la declaración de los hechos probados" (Gimeno, 2012, p. 381). Por ello, se sostiene que es una valoración de acuerdo con las reglas de la sana crítica o una valoración racional. Antes de analizar qué entiende nuestra legislación por este sistema de valoración, veamos seguidamente la perspectiva de género que también será aplicable a la valoración probatoria.

3. Perspectiva de género en la valoración probatoria

Como claramente lo acota la profesora de la Universidad de Alicante, Fernández (2005):

> La legitimidad de los órganos jurisdiccionales no descansa únicamente en la posesión de su cargo, sino que deriva también de la emisión de resoluciones judiciales acertadas, basadas en criterios racionales, de tal modo que es necesario que se exija la expresión del razonamiento que ha llevado a un juez a dictar una resolución (p. 242).

Al respecto, Ramírez argumenta que "en el ámbito jurídico la perspectiva de género puede servir para desvelar aquellas instituciones, reglas y prácticas del derecho que crean, legitiman y perpetúan la discriminación, con el propósito de derogarlas, transformarlas y/o sustituirlas por otras" (2020, p. 203). El citado autor identifica que, en todo razonamiento humano, al cual no es ajeno el razonamiento judicial existen diversos sesgos que son aplicados. Así ubica dentro de estos a los sesgo de grupo. De acuerdo con este, "el sujeto valora de forma homogénea las acciones y opiniones de las personas que pertenecen al mismo grupo, por la sola razón de pertenencia a ese grupo. Esos prejuicios pueden ser tanto positivos, como negativos" (p. 228).

Como lo refiere el citado profesor español, el sesgo de grupo se correlaciona con el concepto de estereotipo, entendido como preconcepción sobre las características de los miembros de un colectivo o sobre los roles que deben cumplir. Ello se convierte en un riesgo si es que estos estereotipos son aplicados por un juez con cultura machista, pues sobre ellos puede decidir el sentido de su decisión, en tanto los estereotipos de género, pueden justificar que el juez decida fundándose en aspectos como las características de la personalidad, comportamientos y roles, características físicas y apariencia u ocupaciones y presunciones sobre la vida y orientación sexual de determinada persona, en este caso de la víctima, entre ellos se encuentran los estereotipos de roles sexuales (Ramírez, 2020, p. 229).

En ese razonamiento, el papel que la perspectiva de género puede desempeñar en el ámbito de la disciplina probatoria es importante, como en la etapa de valoración de las pruebas, en tanto que permite al juzgador identificar los estereotipos subyacentes en sus evaluaciones y a las partes controlar la motivación o justificación que empleó el órgano jurisdiccional en caso de haberse identificado. Así, la perspectiva de género permite desactivar y poner en evidencia las falsas máximas de la experiencia (Ramírez, 2020, p. 230) que podrían cubrir a un estereotipo o prejuicio de género.

Cabe acotar que, como lo sostiene Fuentes (2020, p. 274), el rol de la perspectiva de género no solo queda circunscrita al exclusivo momento de la valoración probatoria sino también, desde una perspectiva dinámica, se puede analizar su influencia en los distintos momentos de la actividad probatoria y sobre las diferentes fuentes de prueba. La citada autora afirma que, en el momento en el cual el juez interprete la ley, la perspectiva de género cumple un rol fundamental para desterrar prácticas o interpretaciones que perpetúen y legitimen los estereotipos de género.

Así, frente a un caso judicial en el que necesariamente deben interpretarse los hechos para la posterior aplicación de la norma (análisis fáctico - jurídico de toda decisión judicial)[9], se debe admitir en principio, como lo refiere Raymundo Gama, que:

> Un mismo hecho puede ser interpretado de distintas maneras y que entre los criterios que utilizamos para llevar a cabo tales

(9) Respecto a la relación entre hechos y derecho, Fernández (2005, p. 243) acota que "se trata de la sumisión judicial también -y fundamentalmente- a los hechos objeto del proceso" o, como señala Muñoz Conde, "a la realidad implacable de los hechos a los que dicha ley tiene que ser aplicada".

interpretaciones pueden estar presentes construcciones de género, sesgos, prejuicios, creencias, etc. Nuestras interpretaciones de los hechos, por tanto, son susceptibles de examinarse desde la perspectiva de género (2020, p. 292).

En ese sentido, es posible afirmar que "juzgar con perspectiva de género equivale a implementar en el enjuiciamiento técnicas que faciliten la consecución del objetivo de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el uso y disfrute de los derechos y libertades" (García & Subijana citado en Fuentes, 2020, p. 276). En función de este enfoque se evaluará la etapa de valoración probatoria, identificando posibles problemáticas de argumentación en el razonamiento jurídico que asuma dicha índole.

4. Valoración probatoria del Código Procesal Penal peruano

Definida la valoración probatoria, además de identificar que el sistema peruano responde a un sistema de libre valoración y la incidencia de la perspectiva de género en este momento procesal, conviene ahora apreciar cómo se encuentra regulada en la legislación peruana. La norma procesal que rige el sistema procesal peruano es el Código Procesal Penal de 2004 (en adelante, CPP) que alude a la valoración probatoria en los siguientes textos normativos:

El artículo 158.1 prevé sobre la valoración, que:

> En la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados.

El artículo 393 que regula las normas para la deliberación y votación, específica que:

1. El juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio.
2. El juez penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

El artículo 156 indica en cuanto al objeto de prueba, que:

1. Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito.
2. No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las Leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio.

En cuanto a la regulación descrita, se pueden efectuar las siguientes acotaciones.

De acuerdo con el sistema de valoración, el artículo 158.1 del CPP prevé que la valoración judicial se guiará bajo tres tipos de reglas: de la lógica, las máximas de experiencia y la ciencia. En igual sentido, el artículo 393.2 indica que la valoración respetará los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos. Finalmente, el artículo 156.2 regula que las reglas de valoración citadas previamente no son objeto de prueba.

En adelante, me centraré en las denominadas máximas de experiencia. De acuerdo con la redacción del legislador peruano, identifica a estas como una regla o principio de la valoración probatoria, esto es como un criterio que orienta o guía la actividad valorativa del tribunal jurisdiccional. En principio, para situarnos, con ejemplos gráficos se alude a las máximas de experiencia para dar por probado datos como "es una máxima de experiencia que todo cuerpo cae por efecto de la gravedad", o "es una máxima de la experiencia que aquel testigo que tiembla o mira a los costados está mintiendo" o aun otra "es una máxima de experiencia que aquel sujeto que huye corriendo de la escena del crimen es el primer sospechoso".

La importancia de sostener o justificar un argumento judicial utilizando este tipo de máximas de experiencia incide, sin duda, de modo determinante en la decisión judicial y, por consiguiente, en la situación jurídica del imputado. Por ello, en principio, analizaré cómo la doctrina y jurisprudencia ha interpretado a las máximas de experiencia. Luego de ello, determinaré si existe una posición unánime sobre su comprensión. Precisamente, se intentará formular una adecuada concepción sobre lo que debe entenderse por estas reglas y efectuar una correcta interpretación en consonancia con un sistema racional de valoración probatoria, cuyo fin es el de la determinación de la verdad de los hechos a ser probados.

5. Las máximas de experiencia. Conceptos y clasificación

5.1. Contenido conceptual

Las denominadas máximas de experiencia han sido estudiadas por diversos

representantes de la doctrina procesal, quienes las han dotado de un contenido conceptual brindando alcances sobre lo que debemos entender por estas, mientras que otros inclusive han elaborado una clasificación de las mismas. Veamos cuáles son estas definiciones, sus coincidencias y diferencias.

La adopción y origen de la terminología empleada la encontramos por primera vez en Stein (1999) quien sostuvo que las máximas de experiencia serían:

> Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se han de juzgar en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de estos casos pretender tener validez para otros nuevos (p. 27).

Aunque Stein utilizó la terminología "máximas de experiencia" dejó abierta la posibilidad de un cambio en su denominación; sin embargo, el empleo de este término se masificó en la doctrina y jurisprudencia. Actualmente, podemos encontrar algunas definiciones que no parecen ser tan unívocas.

Así, por ejemplo, Abel Lluch refiere que constituyen reglas y no hechos y que, por consiguiente, no pueden ser objeto de prueba, por lo que, su tratamiento procesal a efectos de prueba debe ser similar al de la norma jurídica. Esto es, el juez debe aplicar las máximas de experiencia al margen de cualquier prueba por las partes. La máxima de experiencia es de carácter abstracto, no necesita ser alegada y no está sometida a contradicción, no precisan de prueba (2012, p. 108). Las máximas de experiencia en esta interpretación serían equivalentes a normas jurídicas aplicadas por el juez que no pueden ser discutidas.

Couture las define como normas de valor general, independientes del caso específico, que se extraen de la observación. Horvitz (2004), al respecto, indica que expresan normas de sentido común cuyo único fundamento es el hecho que forman parte de la cultura del hombre medio en un cierto lugar y en un cierto momento (p. 336). En este caso, se las identifica de modo genérico como normas del sentido común pertenecientes al hombre medio.

Por su parte, Cerda (2008) las identifica como:

> Aquellos criterios de probabilidad objetiva, contingentes y mutables, que incluye las definiciones y juicios hipotéticos provenientes del conocimiento práctico de los hombres, pero también los conocimientos científicos y técnicos (…) no hay absolutamente ninguna máxima de la experiencia que no sea notoria (p. 55 y p. 59).

En este texto, las máximas son conocimientos prácticos o científicos provenientes de los sujetos.

De la Olivia considera que son reglas o normas de experiencia, reglas de naturaleza no jurídicas o reglas generales de carácter empírico (citado en Abel, 2012, p. 107), mientras que Bustamante refiere que estas poseen contenido general, independientes del caso concreto que han sido extraídas de la observación corriente del comportamiento humano, pueden ser conocidas por cualquier persona de cultura media (2015, p. 308). Se ha argumentado que las máximas de experiencia están conformadas por aquellas conclusiones extraídas de percepciones singulares pertenecientes a los más variados campos de conocimiento, como técnicos, científicos e incluso comunes. Esta regla es empleada por el juez como criterio para fundamentar sus razonamientos (Talavera, 2009, p. 111). Las tres definiciones identifican como normas de índole fáctica (no jurídica), pertenecientes al hombre de cultura media. Mientras la primera conceptualización las identifica como reglas generales, la segunda refiere que son producto de percepciones específicas.

Montero (2008), por su parte, considera que en el sistema de prueba libre las máximas de la experiencia se aplican por el juez, se extraen por este de su experiencia de la vida, y se deben aplicar a cada uno de los medios de prueba. No se trata de que el juez decida en conciencia sino de que aplique las (...) reglas de la sana crítica y estas reglas son simplemente máximas de experiencia (p. 438). El citado profesor cuando identifica a las máximas de experiencia se refiere a la experiencia del juez, es decir, no de un grupo humano ni de la sociedad, además, equipara las reglas de la sana crítica y las de máximas de experiencia, por lo que, estas últimas ya no se constituirían en criterios de la valoración, sino serían en sí misma la valoración de sana crítica.

Bonorino (2016, p. 308) sostiene que poseen un carácter empírico, su verdad o falsedad es contingente. Actúan como premisas (por lo general tácitas) en las argumentaciones probatorias, formando parte del conocimiento ordinario (…) se las denomina leyes y son enunciados condicionales generales, pero su estructura profunda no es la misma que la de las leyes de la lógica, porque son condicionales derrotables. En similar razonamiento,

Fernández (2007)[10] sostiene que "la conclusión (en la valoración) ha de alcanzarse a partir de las premisas, gracias a la aplicación de una máxima de experiencia -común o especializada- bien fundada" (p. 3). Ambas disquisiciones las equiparan como premisas del razonamiento judicial.

Para concluir con esta lista de definiciones, Taruffo (2011, p. 219) refiere que son nociones derivadas de la experiencia común que representan la base de conocimientos generales para la valoración de la prueba, pero que expresan nociones de sentido común que tienen como único fundamento el hecho de formar parte de la cultura del hombre medio en cierto lugar y en cierto momento. En esta concepción nuevamente se asemejan a las máximas de experiencia como producto del conocimiento común y que se instituyen en instrumentos de valoración.

De las posturas doctrinarias recopiladas, se puede concluir, en principio, que no precisan de un concepto unívoco y en más de una ocasión, sus concepciones se oponen. Siendo las diferencias más resaltantes las siguientes:

- Por un lado, son consideradas normas jurídicas, mientras que por otro se indica que no son reglas jurídicas sino empíricas o fácticas.
- Se indica que son producto del conocimiento común, general del hombre medio, pero se ha sostenido, en otro extremo, que se constituyen en la experiencia del juez.
- Se señala que derivan de casos generales, pero también se indica que son producto de percepciones concretas.
- Se acota que son instrumentos o reglas para la valoración probatoria libre o en sana crítica. Sin embargo, sin establecer esta función instrumental, se ha precisado que las máximas de experiencia serían en sí mismas las reglas de la sana crítica.
- Finalmente, se sostiene que las máximas de experiencia no deben ser objeto de prueba.

En suma, existe una disparidad en su conceptualización que conviene ser esclarecida.

5.2. Respecto a la clasificación

En cuanto a la clasificación de las máximas de experiencia, también la doctrina ha pretendido formular diversas propuestas, González (2012, p. 20) ha sostenido que las máximas de experiencia pueden ser: (i) de carácter científico o especializado, como las que aportan los peritos; (ii) de carácter jurídico, como las derivadas del ejercicio profesional del juez; o (iii) de carácter privado (experiencias corrientes), esto es, derivadas de las experiencias del juez al margen del ejercicio de su profesión.

Por su parte, Cerda (2008, p. 64) clasifica a las máximas de experiencia en legales y fácticas. Las primeras serían las presunciones establecidas por el ordenamiento jurídico mientras que las segundas estarían constituidas por los conocimientos generales del hombre medio. Una postura en contra la expone Abel (2012, p. 107) cuando sostiene que no se debe confundir las máximas de experiencia con presunciones, porque las primeras son reglas, mientras que las presunciones constituyen un método de razonamiento dirigido a la prueba de un hecho determinado.

Schum & Twinning (2015, p. 141 y p. 325) las clasifican empleando cuatro ejes:

- De generalidad o nivel de abstracción, marcados por generalizaciones abstractas y en los casos o contextos concretos.
- De confiabilidad o de grado de certeza, dentro de la cual pueden identificarse en primer término, a las leyes científicas, las opiniones científicas bien fundadas, las conclusiones ampliamente compartidas basadas en la experiencia común, ocupando un segundo lugar, las creencias comúnmente afirmadas pero no probadas e improbables, y finalmente, en último lugar, se encontrarían los prejuicios y sesgos arraigados con independencia de los datos disponibles y las creencias menos arraigadas pero operativas.
- De fuente o base, basadas en la experiencia personal reiterada y aquellas fundamentadas en el conocimiento obtenido de generalizaciones sintético-intuitivas.
- Del grado de coincidencia, referido a cuán ampliamente podría la generalización ser aceptada o compartida al interior de una particular comunidad en la que un problema deba ser resuelto[11].

(10) En la sentencia 1710-2002-AA, resuelta por el Tribunal Constitucional, el 18 de octubre, se alude a las máximas de experiencia como "pautas útiles o reglas de experiencia, como parámetros de contraste para fundamentar una sentencia condenatoria".

(11) Incluyen además como ejemplos de generalizaciones ubicadas dentro de los ejes mencionados, aquellas adquiridas a través de la experiencia o del estudio, las que son universal o ampliamente compartidas dentro de la comunidad relevante, las basadas en un tipo de prejuicio, las fundadas en principios científicos o matemáticos, las derivadas de experiencias comunes (Anderson *et al.*, 2015, p. 325).

Al respecto, de la clasificación de las denominadas máximas de experiencia, conviene sostener que en esta tarea la doctrina tampoco ha sido unánime ni mayoritaria. Ahora bien, no resulta demasiado provechoso establecer una división o clasificación, pues en principio, de las conceptualizaciones enunciadas precedentemente, se puede extraer que las máximas de experiencia pueden variar de acuerdo a (i) un aspecto subjetivo, esto es, correspondiente a los conocimientos asumidos por diversos grupos humanos (incluidos los órganos jurisdiccionales), sociedades, comunidades científicas, entre otros, y (ii) objetivo, dependiendo del contexto social o el tiempo en que han tenido lugar.

Si ello es así, existirían tantas clasificaciones como sujetos, grupos y momentos en los cuales podrían identificarse. Por ello, me enfocaré más bien en su conceptualización y estructura lógica y solo abordaré su clasificación para identificarla en el caso materia que analizaré como ejemplo en la presente investigación. Por lo pronto, hasta este punto podemos identificar el estado de la cuestión.

6. Las máximas de experiencia. Estructura y naturaleza de sus enunciados

Las máximas de experiencia han sido concebidas desde la doctrina como criterios o reglas de valoración de las pruebas que pertenecen al sistema de valoración racional o de sana crítica bajo el cual se guía nuestro sistema procesal. Las máximas de experiencia se constituyen en herramientas o medios empleados para la adecuada valoración judicial.

Poseen una función instrumental en la actividad de valoración, que permitirán arribar a las conclusiones a partir de los datos fácticos con los que se cuenta. Este también es el sentido que se encuentra prescrito legalmente en el CPP, cuando señala de modo taxativo que: “en la valoración de la prueba el juez deberá observar las máximas de la experiencia” (art. 158.1 del CPP) y “la valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente (…) las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos”. De ahí que las máximas de experiencia no sean en sí mismas reglas de la sana crítica, sino que se instauran como reglas para la valoración de acuerdo con la sana crítica. La citada redacción refuerza su función instrumental dentro de la valoración probatoria.

En igual sentido, la Corte Suprema peruana sostiene respecto de ellas lo que sigue:

- Las versiones poseen un sustento que debe ser valorado en su totalidad bajo el criterio de la sana crítica, pero respetando las reglas de lógica, la ciencia y las máximas de experiencia (Recurso de Nulidad 2148-2019).
- De modo que el Tribunal de Apelación, en cuanto al material probatorio, tiene la potestad jurídica de apreciar el juicio de valorabilidad de las pruebas (su admisión y actuación conforme con la legalidad procesal) y el juicio de apreciación probatoria (si esta es fiable, de cargo, corroborada y suficiente, y si se respetaron los cánones de corrección de la regla de inferencia probatoria; es decir, la determinación y el uso adecuado de las máximas de experiencia, conocimientos científicos y/o leyes de la lógica pertinentes) (Apelación 25-2017).
- Cuando se trata de la prueba habitualmente conocida como indiciaria, para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida por válida, es preciso que los hechos indiciarios o hechos base sean varios e incidan sobre el hecho principal u objeto de imputación, que estén probatoriamente bien acreditados, mediante prueba de la llamada directa, que la inferencia realizada a partir de aquellos sea racional y fundada en máximas de experiencia fiables, y, en fin, que cuente con motivación suficiente (Casación 475-2019).

Por otra parte, se ha indicado que las máximas de experiencia serían consideradas normas jurídicas, mientras que, por otro, se rebate esta posición señalando que son reglas de índole empírica o fáctica. Esta última es la postura que asumiré. Las máximas de la experiencia “no puede comprenderse como un de tipo normativo o prescriptivo, constituyen un medio o un instrumento -un enunciado general descriptivo, con proyección empírica-’’ (Limardo, 2021, p. 129) que deben ser empleados en concordancia con la apreciación racional de la prueba.

Ahora bien, por qué decimos que las máximas de experiencia consisten en enunciados descriptivos y no en enunciados normativos o prescriptivos. Citaré los siguientes ejemplos que han sido asumidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú respecto de las denominadas máximas de experiencia:

a) Según las máximas de experiencia, se atribuye al imputado (adulto, que incluso tiene una pareja) el conocimiento de la minoría de edad de la víctima (Recurso de Nulidad 2465-2018-Lima Sur).

b) Conforme a las máximas de la experiencia, los litigantes buscan a los abogados defensores recomendados por otras personas, más no por estar cerca sus oficinas a la Fiscalía o al Poder Judicial (Apelación 18-2018-San Martín).

c) Conforme a las máximas de experiencia, la menor estaría mejor con la figura femenina del hogar, dado que necesita orientación de su madre por su edad al entrar a una etapa de cambios corporales y psíquicos, siendo, que dichos cambios deben afrontados por la figura materna (Casación 1765-2018-Ica).

Sin realizar un análisis crítico o cuestionar si las citadas máximas de experiencia que asumen nuestros tribunales de justicia son correctas o no, veamos la formulación de sus enunciados. En definitiva, no se trata de afirmaciones de índole imperativa sino más bien de carácter descriptivo. A mayor detalle, Hernández (2013, p. 15) explicita las diferencias. Así, los enunciados prescriptivos pueden ser pasibles de ser cumplidos o incumplidos, eficaces e ineficaces y se expresan de modo imperativo como: no fumar en lugares públicos. Pueden constituir una norma, una orden, mandato o incluso un consejo. Estas formulaciones no son susceptibles de ser verdaderas ni falsas a diferencia de los enunciados de carácter descriptivos.

Así, Hernández (2015, p. 15) sostiene que los enunciados descriptivos también llamados asertivos, aseverativos, o declarativos son enunciados susceptibles de ser catalogados como verdaderos o falsos. Por consiguiente, en la citada jurisprudencia, la formulación de las denominadas máximas de experiencia se expone como enunciados de esta clase. De ahí que se descarte que las máximas de experiencia sean normas o reglas de índole jurídica, en tanto, no expresan ninguna orden o mandato, sino que su enunciación es susceptible de veracidad o derrotabilidad de comprobarse su falsedad.

Entonces las máximas de experiencia son formuladas mediante enunciados que describirán de modo general un determinado suceso o sucesos de la realidad; es decir, son generalizaciones de carácter empírico por ser tomadas o percibidas del mundo real. Justamente, el que coincidan o no con la realidad convierten a las generalizaciones en enunciados derrotables.

Ahora bien, tenemos hasta aquí que las máximas de experiencia son generalizaciones de carácter empírico o fáctico formuladas de modo descriptivo. Conviene identificar su estructura. Los ejemplos jurisprudenciales citados previamente pueden ser reconstruidos del siguiente modo:

a) Un imputado que es mayor de edad suele conocer la edad de la víctima.

b) Los litigantes suelen buscan a los abogados defensores recomendados por otras personas.

c) Una menor suele estar mejor con su madre por ser una figura femenina.

Se aprecia que normalmente, la formulación de las generalizaciones posee el tipo condicional: “Si se da la condición A entonces se produce B”. Así las condiciones serían el imputado mayor de edad, los litigantes y las menores; mientas que las consecuencias estarían constituidas por: suelen conocer la edad de la víctima, buscan defensores recomendados y están mejor con su madre por ser una figura femenina, respectivamente.

En ese sentido, el antecedente del enunciado estaría constituido por una condición y el consecuente por una propiedad vinculada causalmente a la constatación de ese antecedente; es decir, la estructura lógica de las generalizaciones empíricas se expresaría “Si p, entonces q”, lo enunciados que presentan esta forma son denominados enunciados condicionales.

Un enunciado condicional afirma que en caso que su antecedente sea verdadero su consecuente también lo es el “significado esencial de un enunciado condicional es la relación que este afirma que existe entre el antecedente y su consecuente, por lo que, para comprender el significado de un enunciado condicional debemos comprender cuál es la relación de implicación” (Copi & Cohen, 2013, p. 379). El antecedente y el consecuente de los enunciados poseen un referente empírico que es contrastable y se expresa entre ellos una implicación causal que determina que la conexión entre ellos deba (o pueda) descubrirse empíricamente (Limardo, 2021, p. 126).

Debe acotarse entonces que se las generalizaciones empíricas se expresan como enunciados condicionales que son susceptibles de verificación de verdad o falsedad; es decir, son enunciados derrotables. Al respecto, Anderson acota que “en la práctica es raro que la generalización de la que depende la justificación de una inferencia sea una proposición universalmente verdadera, comúnmente tienen cuantificadores difusos tales como suele”, (2015, p. 140). Así se reformularon los enunciados en la jurisprudencia citada en los apartados previos, el antecedente (condición) está unido al consecuente

(característica o propiedad) a través de los cuantificadores como los siguientes: "suele, en la mayoría de casos, en mayor medida, casi siempre", entre otros, los cuales revelan el grado o fuerza de la correlación.

Al respecto, Limardo (2021, p. 126) explica que la verdad del enunciado condicionante dependerá de: (i) la constatación de un vínculo o correlación entre condición y consecuencia y (ii) la verificación del grado de intensidad de la correlación expresado en el enunciado "suele, en la mayoría de casos, en mayor medida, entre otros".

Ahora bien, como bien refieren Anderson, Schum & Twinnin (2015, p. 140) en la mayoría de los contextos, el razonamiento inductivo opera intuitivamente. Esto significa que quien razona no identifica conscientemente las generalizaciones de las que dependen sus inferencias, a menos que sea requerido a justificar sus conclusiones. De ahí que consideran relevante que en el escenario jurídico sea importante identificar las generalizaciones sobre las que dependen las inferencias con el fin genuino de "determinar la fuerza o la plausibilidad de la inferencia e identificar potenciales falacias. Tanto la importancia como los potenciales peligros".

Precisamente, en las decisiones judiciales se constituye en una exigencia identificar la generalización de la inferencia del juez para así determinar si es que esta es aplicada lógicamente para justificar la inferencia o si se trata de una falacia o prejuicio que se ha ocultado detrás de la generalización. Antes de ello, incumbe establecer cuál es el lugar y rol que ocupan las generalizaciones empíricas en la valoración probatoria a partir de la teoría de la argumentación.

6.1. Las generalizaciones empíricas en la valoración de la prueba

Schum considera que las generalizaciones "representan el pegamento que mantiene unido nuestros argumentos", esto significa que cada inferencia que realizamos depende de una generalización (Anderson *et al*., 2015, p. 140). Antes de ello, debe precisarse que una inferencia consiste en un tipo de razonamiento. Por ejemplo, en la opinión de Gonzáles (2012, p. 20), es un razonamiento que realizamos a partir de la información proporcionada por nuestras percepciones.El citado profesor distingue los elementos de la inferencia: (i) los hechos a probar, (ii) la información disponible o las pruebas o hechos probatorios, y (iii) una relación entre (i) y (ii). Para lograr una mejor comprensión sobre la teoría de la argumentación y ubicar el rol que desempeñan las denominadas máximas de experiencia dentro del razonamiento jurídico, me sirvo del esquema del Toulmin.

Toulmin considera que todo argumento posee como elementos los siguientes (2018, p. 55): tesis (*claims*) y descubrimientos, bases (*grounds*), garantía (*warrants*) y respaldo (*backing*). En ese entender:

- Tesis: consisten en aquellas las afirmaciones o enunciados de algún sujeto presentados públicamente para su aceptación general. Si la tesis es jurídica, el alegato inicial se convierte en un veredicto, y sus consecuencias revestirán la forma de una orden o sentencia judicial (pp. 59-60). Su formulación sería, por ejemplo, Z afirmo que X sucedió.
- Bases: ahora bien, cada tesis o afirmación deberá encontrarse apoyada por las que denomina bases, consistentes en enunciados que especifican hechos particulares sobre una situación. Estos hechos serían aceptados como verdaderos y se constituyen en apoyo para aclarar y validar la tesis anterior, o -en el mejor de los casos- para establecer su verdad, corrección o solidez (p. 70). Responde a la pregunta hacia Z ¿qué tienes para sostener que X sucedió?
- Garantía: se tratan de enunciados que indican cómo los hechos con los que estamos de acuerdo se hallan conectados con la tesis o conclusión que se ofrece. Son enunciados de unión que, básicamente, expresan la regla del procedimiento general en que el proponente Y, se está apoyando al presentar el paso de las bases a la tesis como un paso fiable que es seguro dar (pp. 79-81). La pregunta hacia Z esta vez se formula así ¿cómo llegas a sostener que X sucedió a partir de las bases que afirmas? Esta categoría en la estructura del razonamiento es la que puede identificarse como las llamadas máximas de experiencia.
- Respaldo: ahora bien, enunciar la garantía es una cosa, pero mostrar que se puede confiar en ella porque es sólida, pertinente e importante es algo distinto (p. 102). Cómo Z, demostrará que la garantía que emplea es superior a otras; precisamente, entra en juego el respaldo. Este elemento responde a la pregunta ¿es fiable o sólida esa garantía?

Las generalizaciones empíricas se constituirían en el marco de la argumentación de un proceso judicial en las garantías, que serían básicamente aquellos enunciados de índole hipotética o condicionales de la

forma “Si p, entonces q”, como se mencionó anteriormente. En postura de Toulmin (2007, p. 141) la garantía “es algo más que la repetición de los hechos aducidos, es una moraleja o consecuencia general de carácter práctico sobre la manera en que se puede argumentar con seguridad a la vista de los hechos”. En la misma postura doctrinaria, González afirma que la garantía (siguiendo el esquema argumental de Toulmin) estaría constituida por las máximas de experiencia y las presunciones que según opina cumplen una función semejante en la inferencia probatoria y tienen estructura similar (2012, p. 21).

Ahora bien, si nos encontramos en un sistema de sana crítica o de valoración libre, la prueba involucra que también el uso de las máximas de experiencia se encuentre adecuadamente justificado y que sea controlable a través de la motivación. En este sentido, Fernández (2021, p. 365) señala que “solo a través de la motivación es posible llegar a conocer las razones que justifican la declaración de hechos probados”. Entonces, de acuerdo con este principio, se exige que todo uso de una generalización se encuentre explicitado en el razonamiento judicial. En sentido opuesto, el uso (inadecuado) de las generalizaciones conlleva a la existencia del peligro de que sirva para justificar conclusiones basadas en prejuicios u opiniones personales del juez que no son objetivos, y, por el contrario, se encuentren cargados de arbitrariedad o subjetividad que no es controlable de forma racional.

Acota Ramírez (2020) que:

> Las certezas subjetivas que pudiera tener el juzgador sobre lo que pudo ocurrir son irrelevantes, pues el plano psicológico, al que pertenece el convencimiento, no siempre coincide con el racional, en el que se enmarca la valoración probatoria como actividad justificada sobre la base de su adecuación a criterios normativos universales y explicitables (p. 212).

A continuación, del marco teórico expuesto analizaré el caso concreto materia de análisis de la presente investigación en función de las perspectivas epistémica y de género que asumo.

7. Análisis de jurisprudencia

El caso que analizaré en el presente trabajo a efectos de aplicar el razonamiento y evidenciar las críticas anteriormente expuestas, se trata de la sentencia expedida por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Transitorio Zona Sur de la Corte Superior de Justicia de Ica - Perú (Exp. 2822-2019-90-Ica), el cual mediante la resolución del 8 de octubre del 2020[12], absolvió al procesado Giancarlos Miguel Espinoza Ramos como autor del delito contra la libertad sexual - violación sexual, previsto en el artículo 170 del Código Penal, en la modalidad “aprovechándose de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento”, en agravio de la persona identificada con las iniciales J.E.P.M. de 20 años de edad.

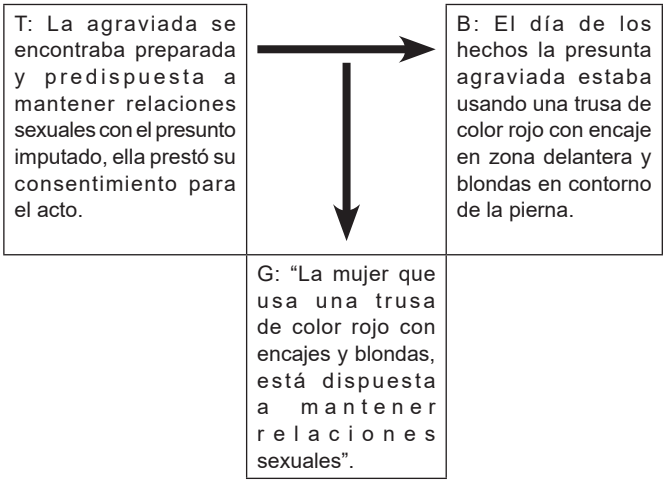
En este caso, el colegiado emitió su decisión absolutoria de primera instancia fundamentando su valoración en el uso de sus máximas de experiencia, de modo concreto, en el considerando 35 efectuó el siguiente razonamiento:

> 35. Un hecho singular que no pasa desapercibido por este Tribunal y llama la atención que según los psicólogos Calle Arévalo como De La Cruz Nieto, quienes examinaron a la agraviada coinciden en señalar que “es una mujer tímida, muestra una actitud pasiva, dificultades para poder ser asertiva y poder decir no, de una manera tajante, lo cual se refleja a través de su timidez, dificultades para tomar decisiones y también que la colocan de alguna manera en una posición de sumisión frente a otras personas (…)” (…) “rasgos de personalidad dependiente con tendencia a la introversión, ese tipo de personalidad se caracteriza por ser una persona sensible, indefensa, sumisa, con cierta inmadurez se percibe como débil y frágil (…)” (…) sin embargo, suele vestir prendas interiores como la descrita por la bióloga forense Doris Matilde García Espinoza en su dictamen de biología forense 201907000119, describiéndolo “(…) trusa femenina de color rojo con encaje en zona delantera, blondas en contorno de pierna (…)” resultando extraño que la supuesta personalidad que presenta la misma (tímida) no guarde relación con la prenda íntima que utilizó el día de los hechos, pues por las máximas de la experiencia este tipo de atuendo interior femenino suele usarse en ocasiones especiales para momentos de intimidad, por lo conlleva a inferir que la agraviada se había preparado o estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado (transcripción textual).

Los jueces determinaron que el imputado no cometió el delito de violación sexual contra la señalada agraviada en la modalidad “aprovechándose de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento”. Su razonamiento esquematizado en la estructura de Toulmin, se expresaría del siguiente modo:

(12) *Véase* la sentencia en https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/10/Exp.-002822-2019-LP.pdf

Figura 1
Razonamiento judicial en el esquema de Toulmin



Fuente: Elaboración propia

El paso de las bases a la tesis que realizó el tribunal se apoyó en la garantía constituida por una generalización empírica (máxima de experiencia), que unió su conclusión y el argumento que apoyó su conclusión. Como se indicó antes, la garantía expresada en la máxima de experiencia formula una regla de procedimiento general, a través de un enunciado condicionante. La verdad de un enunciado condicionante va a depender, en primer término, de la existencia del vínculo o correlación entre condición y consecuencia y, en segundo lugar, de la verificación del grado de intensidad de la correlación.

En el caso, si reconstruimos la generalización empírica que efectúa el juez y que no la explicita en su razonamiento, esta sería la siguiente:

- "La mujer que usa una trusa de color rojo con encajes y blondas suele estar dispuesta a mantener relaciones sexuales con el sujeto con quien se reúne".

  Formulado en forma de enunciado condicional:

- "Si una mujer usa una trusa de color rojo con encajes y blondas, entonces, está dispuesta a mantener relaciones sexuales".

  En el caso:

- La condición sería: una mujer que usa una trusa de color rojo con encajes y blondas, entonces, la característica o propiedad: está dispuesta a mantener relaciones sexuales.

El problema se vincula con el uso inadecuado de las inferencias probatorias de los jueces de primera instancia, en tanto que su conclusión concretamente consistente en que: el uso de una prenda íntima de color rojo se constituye en una máxima de experiencia respecto a que la presunta agraviada "estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales con el investigado". Es un tipo de inferencia fundamentada en un prejuicio de género no en una generalización empírica justificada de forma racional.

En el razonamiento del juez no existe una garantía satisfactoria que sustente el razonamiento judicial. La base B: "El día de los hechos la presunta agraviada estaba usando una trusa de color rojo con encaje en zona delantera y blondas en contorno de la pierna", es insuficiente para legitimar su tesis o conclusión T: "La agraviada se encontraba preparada y predispuesta a mantener relaciones sexuales con el presunto imputado, ella prestó su consentimiento para el acto". Esto significa que el paso de B a T está claramente injustificado, ello en tanto no está apoyado en una valoración racional sino que estriba en una garantía inverosímil, por lo cual, no es posible verificar el grado de correlación existente.

Como lo refiere Toulmin:

> Enunciar una garantía es una cosa, pero mostrar que se puede confiar en ella porque es sólida, pertinente e importante es otra cosa distinta (…) las garantías no se validan a sí mismas. Nuestras garantías y modos de razonamiento que autorizan normalmente extraen su fuerza y su solidez de otras consideraciones sustanciales de apoyo (p. 102).

Si no ocurriera ello, la garantía que une su premisa y conclusión no poseería un respaldo racional. Entonces ¿en qué se fundamenta la generalización empírica señalada por el tribunal? Precisamente, entran en dicho escenario los sesgos o prejuicios de género, que fueron estudiados en el segundo epígrafe de la presente investigación.

En el caso, si analizamos el razonamiento judicial que fundamentó la sentencia absolutoria por el delito de violación sexual se puede apreciar que no se basa en un criterio de racionalidad, su razonamiento no ha sido debidamente expuesto ni justificado. A mi entender, el nexo que unió su base a la tesis que sostiene es evidentemente débil y se ha creado a partir de lo que se denomina

un prejuicio de género, identificable si realizamos un análisis desde una perspectiva de género, veamos a continuación.

7.1. Estereotipos de género revestidos de máximas de experiencia en el caso analizado

Retomando la resolución analizada, se pueden identificar concretamente en esta los siguientes estereotipos sexuales: (i) las mujeres que muestran actitudes tímidas y pasivas tienen dificultades en la toma de sus decisiones y, por tanto, se les hace difícil decir "no" de manera tajante; (ii) las mujeres sensibles, indefensas y sumisas con personalidad inmadura son débiles y frágiles y usan prendas de vestir de acuerdo con esta personalidad, por lo que, (iii) una mujer con personalidad tímida o sumisa no podría usar prendas de vestir tales como una "trusa de color rojo con encaje en zona delantera y blondas en el contorno de la pierna"; en ese entender, (iv) si una mujer usa el tipo de prendas interiores descritas, se infiere que se prepara o está dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado.

Si la interpretación se realiza en concordancia con una perspectiva epistémica y específicamente de género, se puede identificar los distintos sesgos o estereotipos sobre determinados hechos respecto de los cuales se fundamenta una decisión(13). En ese sentido, lo que se pretende con esta puesta en evidencia es que la actividad valorativa del juez:

> Suprima todos aquellos estereotipos discriminatorios que de forma consciente o inconsciente han alcanzado la consideración de máximas de experiencia elevando a tal categoría lo que no son sino consecuencias históricamente asumidas de un entendimiento de la sociedad basado en una artificial atribución de roles (Fuentes, 2020, pp. 280-281).

En el caso, el juez aplicó un estereotipo sobre el rol de la mujer como sumisa y tímida y el estereotipo sexual de que este rol es incompatible con el uso de determinadas prendas de vestir, como trusas de color rojo, y que, por el contrario, de su uso, se infiere que tiene predisposición a mantener relaciones sexuales. En definitiva, se trata de una seria problemática en el razonamiento judicial, porque el juez tiene como punto de partida este prejuicio de género, lo cual puede conllevar a infravalorar el valor probatorio de la declaración la víctima o incluso de las demás pruebas que podrían obrar en el caso concreto, o en el peor de los casos busque que estas reafirmen su interpretación(14) sesgada (sesgo de confirmación).

Adicional a ello, resulta conveniente identificar cuáles son las problemáticas probatorias en la sentencia en revisión. También este criterio podría verse reforzado a través de la jurisprudencia sucesiva que aplique este razonamiento y que genere algún tipo de precedente en la aplicación de futuros casos. Al respecto, es pertinente la afirmación de Ibáñez (2020) cuando refiere que la jurisprudencia como "fenómeno jurídico-institucional no puede perder de vista que es el resultado final de muy plurales aportaciones, de actores que deben gozar de independencia interna para operar con exclusiva sujeción a la ley y a criterios de racionalidad cognoscitiva" (p. 84).

Fundamentándose en lo que según el tribunal consideró una máxima de experiencia, se concluyó que la presunta agraviada prestó su consentimiento para los actos sexuales basándose en la premisa de que el día de los hechos usaba una trusa de color rojo, la cual, según sus máximas de experiencia, le permitieron inferir que esta tenía intención de mantener relaciones sexuales con el imputado. Como se indicó, las conclusiones del juez de primera instancia se fundamentan en prejuicios o sesgos no controlables objetivamente. Se trata de un razonamiento que funda su conclusión sobre la base de una inferencia basada en un prejuicio sexista.

Una de las formas de controlar el razonamiento es la debida motivación que exige que todas las decisiones judiciales se encuentren debidamente justificadas. En el caso concreto, el juez ha recurrido al uso de sus máximas de experiencia para concluir que la víctima consintió el acto. Su exposición de motivos da lugar a cuestionarse si es que está realizando un adecuado empleo o uso de las denominadas máximas de experiencia en las decisiones judiciales. Por ello, como lo expuso Anderson, en los razonamientos judiciales es de suma relevancia que se identifiquen las generalizaciones sobre las que depende la inferencia del juez para poner en evidencia si estas son plausibles o se tratan más bien de potenciales falacias o peligros.

(13) En esa interpretación, Gama cuando sostiene que "la perspectiva de género puede servir para ilustrar, la manera en que las construcciones de género están presentes en la selección y formulación de los hechos jurídicamente relevantes" (2020, p. 293).

(14) Es importante tener en cuenta lo acotado por González Lagier cuando afirma precisamente que "las interpretaciones se basan en los datos sensoriales que recibimos de los hechos pero, por otro lado, de nuestra red de conceptos, categorías, teorías, máximas de experiencia, recuerdos, etc. (que constituyen un trasfondo necesario para interpretar los hechos) dirigen de alguna manera nuestras percepciones y actúan como criterio de selección de los datos sensoriales que recibimos" (González, 2005, p. 28).

En ese entender, si nos encontramos en un sistema de sana crítica o de valoración libre, involucra que también el uso de las máximas de experiencia se encuentre adecuadamente justificado y que sea controlable a través de la motivación. Ahora bien ¿cuándo se encontraría justificado el uso de unas máximas de experiencia o generalización empírica? Coincido con Arena cuando sostiene que si se van a tomar decisiones acerca de un grupo o sobre la base de generalización estas generalizaciones debe contar con apoyo empírico (apoyo estadístico) y si es que estas decisiones perjudican a grupos vulnerables como las mujeres se privilegie la consideración de rasgos individuales frente a las posibles generalizaciones (incluso si poseen apoyo empírico)[15], por lo que, en caso contrario la generalización debe ser descartada (Arena, 2020, p. 255).

En el presente caso, la libertad en la valoración así como sus criterios -específicamente, las máximas de experiencia- se han empleado de modo equívoco e inadecuado en perjuicio de una valoración acorde a las reglas de la racionalidad. Así se ha efectivizado el peligro de que su utilización sirva para justificar conclusiones basadas en prejuicios de género u opiniones personales del juez que no son objetivas, porque no se ha determinado que el estereotipo aplicado sea una norma social aceptada, no posee un apoyo empírico, y por el contrario, se encuentra cargada de arbitrariedad o subjetividad que no es controlable de forma racional. Como bien lo expresa la profesora Fernández (2007, p. 3) "la valoración libre no puede equipararse a valoración basada en la intuición, los sentimientos o los presentimientos del órgano judicial, pues ello convertiría a esta actividad en un acto de mero voluntarismo".

Por consiguiente, se concluye que, en el caso materia de análisis, no existe ninguna relación que permita inferir, como conclusión, el consentimiento de la víctima, a partir de la premisa que señala que el día de los hechos presuntamente delictivos usaba una prenda de color rojo. Así, la inferencia es infundada. El juez empleó inadecuadamente las llamadas máximas de experiencia para justificar una decisión atiborrada de prejuicios. Esta a todas luces, se despliega en desmedro de una valoración racional y epistémica del proceso, el cual debe evaluar de acuerdo a los elementos de juicio que se presenten en el caso -como la declaración de le víctima e imputado, pericias, documentos, entre otras pruebas que corroborarán el objeto de prueba y que determinarán la decisión judicial-. No se pueden obtener decisiones acertadas si es que no se aplican de acuerdo a criterios objetivos que superen la mera intuición del juzgador.

8. Conclusiones

La valoración de la prueba debe orientarse bajo una concepción racional o cognoscitiva del proceso que implica asumir que la determinación de la verdad es el fin institucional del proceso y de la prueba. En esa línea de razonamiento, la apreciación de la prueba involucra el empleo de criterios de racionalidad y objetividad controlables a través de una adecuada motivación. Para el desarrollo de la presente investigación, también me sirvo de una visión desde perspectiva de género que permite poner en evidencia y cuestionamiento los razonamientos judiciales que se aparten de una concepción racionalista del proceso y que, en sentido opuesto, se inclinen por la aplicación de razonamientos fundamentados en estereotipos o sesgos de género que contravienen la concepción epistémica del proceso.

Las denominadas máximas de experiencia son empleadas como criterios de valoración probatoria, así lo han consignado la legislación, doctrina y jurisprudencia (aunque con matices diversos). La importancia de su aplicación en el razonamiento judicial y la toma de decisiones es esencial. Por ende, una interpretación y aplicación correcta de estos criterios de apreciación es imperativo para cumplir con un sistema de valoración racional. en el presente trabajo, que las máximas cumplen un rol instrumental en la valoración probatoria. Consisten en formulaciones o enunciados descriptivos o declarativos de índole empírica y se tratan de generalizaciones de carácter empírico que son susceptibles de ser calificados de verdaderos o falso.

La formulación de las generalizaciones empíricas posee un tipo condicional. Por

(15) Como bien lo acota Gama: "muchas de las generalizaciones de sentido común que se emplean habitualmente en el razonamiento probatorio operan silenciando las experiencias de aquellas personas cuyo comportamiento no se adecua a la regla general". El mismo autor citando a MacCrimmon refiere que "las diferentes experiencias y perspectivas de las mujeres no han sido incorporadas en la forma de decisiones jurídicas y que la incorporación de estas experiencias requiere de un examen autoconsciente y deliberativo de los esquemas y generalizaciones que operan en cada caso individual. No puede asumirse que las experiencias de las mujeres son parte del conocimiento de sentido común" (2020, p. 294).

ende, son enunciados condicionales y dentro del esquema de argumentación de Toulmin se constituyen en garantías que permitirán justificar el paso de los hechos (base) a la conclusión (tesis). Su empleo debe ser adecuado, porque pueden ser empleadas para justificar conclusiones fundadas en prejuicios de índole sexista, como en el caso materia de análisis.

Así, en este se han identificado que el razonamiento judicial se empleó bajo un sesgo o estereotipo de género, arguyendo el consentimiento de la víctima de mantener relaciones sexuales con el imputado sobre la base de que usaba una prenda íntima de color rojo y con características que, a consideración del tribunal, permitían inferir su predisposición a mantener relaciones sexuales con el imputado. El empleo de las generalizaciones empíricas en el caso concreto no se encuentra justificado racionalmente. Al respecto debe acogerse lo señalado por Fernández (2021) cuando precisa que "la racionalidad de una decisión no se supone ni se presume, sino que debe ser siempre puesta en duda mientras no aparezca debidamente justificada" (p. 364). En el caso concreto, por el contrario, bajo la denominada máxima de experiencia se han ocultado criterios subjetivos que responden a estereotipos sobre el rol sexual de la mujer.

En escenarios procesales futuros, resulta fundamental superar los estereotipos de género que han sido comúnmente aceptados y que se cobijan bajo una máxima de experiencia o generalización de índole empírica, así como evitar los sesgos cognitivos sobre los cuales se fundan. El fin epistémico del proceso, así como el rol de la perspectiva de género es de relevancia en la actividad probatoria, pues permitirá identificar y poner en tela de juicio aquellos argumentos que se conciban sobre la base de prejuicios y sesgos de carácter sexista que han venido justificando decisiones de absolución y condena en detrimento de una adecuada valoración racional de la prueba.

Referencias bibliográficas

Abel, X. (2012). *Derecho probatorio* (1.ª ed.). Bosch Editor.

Accatino, D. (2018). *Apuntes sobre el concepto de prueba en el derecho.* Curso Máster de Razonamiento Probatorio.

Anderson, T., Schum, D. & Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba*. (F. Carbonell & C. Agüero, trad.). Marcial Pons.

Andrés, P. (2020). En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, 1,* 75-102. http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22364.

Arena, F. (2020). Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, 1,* 247-258. http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22370.

Bonorino, P. (2016). La racionalidad judicial y el uso de las reglas de la sana crítica. En: *El derecho probatorio y la decisión judicial*. Universidad de Medellín.

Cerda, R. (2011). *El nuevo proceso penal. Constitucionalización, principios y racionalidad probatoria*. Editora Jurídica Grijley.

Clariá Olmedo, J. (1998). *Derecho procesal penal* (Tomo II). Rubinzal Culzoni Editores.

Copi, I. & Cohen, K. (2013). *Introducción a la lógica* (2.ª ed.). Limusa.

Fernández López, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia* (1.ª ed.). Iustel.

Fernández López, M. (2007). La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, 5*, 1-12.

Fernández López, M. (2021). Deliberación y motivación del veredicto. Las facultades del magistrado-presidente del tribunal del jurado. *Indret, 1,* 355-376.

Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2.ª ed.). Marcial Pons.

Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.

Ferrer, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba*. Editora Jurídica Grijley.

Fuentes, O. (2020). La perspectiva de género en el proceso pena ¿Refutación? De algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz "El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género". *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, 1,* 271-284. http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22372.

Gama, R. (2020). Prueba y perspectiva de género. *Un comentario crítico. Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, 1,* 285-298. http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22373.

Gimeno, V. (2012). *Derecho procesal penal* (3.ª ed.). Thomson Reuters.

González Lagier, D. (2005). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra.

González Lagier, D. (2012). *Apuntes sobre prueba y argumentación jurídica*. Repositorio institucional de la Universidad de Alicante.

Hernández, R. (2013). *Razonamientos en la sentencia judicial*. Marcial Pons.

Horvitz, M. & López, J. (2004). *Derecho Procesal Penal chileno* (Tomo I). Editorial Jurídica de Chile.

Limardo, A. (2021). Repensando las máximas de experiencia. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, 1,* 115-153. http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22464.

Maier, J. (2004). *Derecho procesal penal. Parte general. Actos procesales* (2.ª ed., Tomo III). Editores del Puerto.

Montero, J. (2008). *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Thomson Civitas.

Ramírez, J. (2020). El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, 1,* 205-246. http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22288

San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.

Stein, F. (1999). *El conocimiento privado del juez* (2.ª ed.) (Andrés de la Oliva Santos, trad.). Temis.

Talavera, P. (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal*. Academia de la Magistratura.

Taruffo, M. (2009). *La prueba, artículos y conferencias*. Editorial Metropolitana.

Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos* (4.ª ed.) (J. Ferrer, trad.). Trotta.

Toulmin, S., Rieke, R. & Janik, A. (2018). *Una introducción al razonamiento* (J. Gascón, trad.). Palestra.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.012

Los servicios públicos de telecomunicaciones y las exigencias ambientales para la instalación de su infraestructura(*)

Public telecommunication services and the environmental requirements for the development of its infrastructure

Cyndel Caballero Fernández(**)
Rodrigo, Elías & Medrano Abogados (Lima, Perú)

Diego Morales Alferrano(***)
Rodrigo, Elías & Medrano Abogados (Lima, Perú)

Resumen: El presente artículo describe las principales obligaciones y exigencias ambientales para la implementación de la infraestructura necesaria para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tales como la obtención de instrumentos de gestión ambiental, el cumplimiento de los Límites Máximos Permisibles (LMP) y la observancia de principios ambientales. Lo anterior con la finalidad de resaltar que, conforme al marco legal aplicable, las medidas antes señaladas tienen como objetivo que la ejecución de esta actividad económica no genere impactos negativos significativos en el medio ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.

Palabras clave: Infraestructura de telecomunicaciones - Servicios públicos de telecomunicaciones - Obligaciones ambientales - Principio precautorio - Límites máximos permisibles - Radiaciones no ionizantes

Abstract: This article describes the main environmental obligations for the implementation of infrastructure for the provision of public telecommunication services like the obtaining of environmental management instruments, the compliance of maximum permissible limits and environmental principles. The purpose of the referred measures is to prevent that this activity causes significant negative impacts on the environment, natural resources, and people's health.

Keywords: Telecommunications infrastructure - Public telecommunications services - Environmental liabilities - Precautionary principle - Maximum permissible limits - Non-ionizing radiation

---

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 01 de agosto de 2021 y su publicación fue aprobada el 26 de noviembre de 2021.

(**) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2176-1904. Correo electrónico: dcaballero@estudiorodrigo.com.

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5336-5324. Correo electrónico: dmorales@estudiorodrigo.com.

1. Introducción

Los titulares de servicios de telecomunicaciones se encuentran obligados a realizar inversiones en infraestructura, con la finalidad de que estos servicios puedan ser brindados en condiciones de calidad y eficiencia a la población. Sin embargo, en el marco de la instalación y la operación de estas infraestructuras es necesario cumplir con ciertas disposiciones y procedimientos establecidos en el ordenamiento legal, que tienen como objetivo, entre otros, salvaguardar determinados bienes jurídicos.

Así, por ejemplo, la normativa sectorial impone una serie de deberes a los titulares de infraestructuras de telecomunicaciones relacionados a la protección del ornato, el patrimonio cultural de la nación, la salud pública, las áreas naturales protegidas y, en particular, el medio ambiente. Siendo ello así, el presente artículo tiene como finalidad revisar y analizar las principales obligaciones y exigencias ambientales relacionadas a la implementación de infraestructuras para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Asimismo, evidenciar ciertos vacíos legales en materia ambiental en relación con el desarrollo de este tipo de instalaciones como, por ejemplo, la inexistencia de un reglamento de protección ambiental en el sector.

Para ello, revisaremos los principales dispositivos legales que regulan esta actividad; es decir, la Ley para el Fortalecimiento de la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones, aprobada por Ley 29022, y sus reglamentos, aprobados por el Decreto Supremo 039-2007-MTC ("D.S. 039-2007") y el Decreto Supremo 003-2015-MTC ("D.S. 003-2015"). En particular, nuestro análisis se centrará en los siguientes aspectos: (i) la aplicación del Principio Precautorio; (ii) la regulación de los Límites Máximos Permisibles ("LMP") de Radiaciones No Ionizantes ("RNI"); (iii) los Instrumentos de Gestión Ambiental ("IGA") exigibles para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones; y, (iv) la aprobación de un Reglamento de Protección Ambiental para el sector telecomunicaciones.

2. Conceptos generales

2.1. Los servicios públicos de telecomunicaciones y su infraestructura

De conformidad con lo establecido en la legislación nacional, las telecomunicaciones son toda transmisión y/o emisión y recepción de señales que represente signos, escrituras, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza por medios físicos, medios electromagnéticos, medios ópticos u otros[(1)]. El Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo 013-93-TCC ("Ley de Telecomunicaciones"), y su Reglamento General, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante el Decreto Supremo 020-2007-MTC ("Reglamento General"), señalan que los servicios de telecomunicaciones pueden clasificarse[(2)] sobre la base de dos criterios:

a) Según su <u>operación</u>, se clasifican en servicios portadores, teleservicios (o servicios finales), servicios de difusión y servicios de valor añadido; y,

b) De acuerdo a su <u>utilización y naturaleza</u>, se clasifican en servicios públicos, servicios privados y servicios privados de interés público (énfasis agregado).

Los servicios públicos de telecomunicaciones son aquellos que se encuentran a disposición de la población en general, a cambio del pago de una contraprestación tarifaria por su utilización[(3)]. Los interesados en la prestación de estos servicios deben obtener, previamente, una concesión única que será otorgada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ("MTC") en observancia de las disposiciones y el procedimiento regulado en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento General.

Una vez obtenido dicho título habilitante, los operadores tienen que cumplir con determinadas obligaciones establecidas en el marco legal, entre ellas, instalar infraestructura que les permita brindar los servicios que les han sido otorgados en

(1) Definición recogida en el Anexo del Reglamento General.
(2) *Véase* los artículos 8 y 9 de la Ley de Telecomunicaciones, así como los artículos 21 y 22 del Reglamento General.
(3) Al respecto, el artículo 40 de la Ley de Telecomunicaciones señala lo siguiente: "Serán considerados servicios públicos de telecomunicaciones aquellos servicios declarados como tales en el reglamento de esta Ley, que estén a disposición del público en general y cuya utilización se efectúe a cambio del pago de una contraprestación. Su prestación será normada por la presente Ley y podrá ser reglamentada cuando por las características del servicio ello fuere necesario. Los servicios portadores serán considerados necesariamente servicios públicos".

concesión[4]. Sin embargo, a inicios del presente siglo, se advirtió que los procedimientos destinados al otorgamiento de autorizaciones para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones se veían dilatados o paralizados debido a las diversas trabas impuestas por las autoridades administrativas (especialmente, en el caso de los gobiernos locales). Así, por ejemplo, Diego Zegarra destacó lo siguiente: "(…) en los últimos años se han identificado una serie de prácticas vinculadas con la actuación de Municipalidades que se han convertido en verdaderos factores de limitación de desarrollo de las infraestructuras (…)" (2008, p. 323).

En este contexto, considerando que los servicios públicos de telecomunicaciones son de interés y necesidad pública para el desarrollo social y económico del país, el Estado promulgó la Ley 29022, mediante la cual se instauró un régimen especial y temporal para la implementación de la infraestructura necesaria para la prestación de los servicios en cuestión. Esta norma, entre otros, tiene como objetivo estandarizar el procedimiento para la obtención de los títulos habilitantes requeridos para la instalación de este tipo de infraestructuras, por lo que se indicó que sus disposiciones son de observancia obligatoria para todas las entidades de la Administración Pública. De esa manera, el Estado buscó otorgar mayor predictibilidad a los administrados, a fin de promover la inversión privada en el desarrollo de las telecomunicaciones.

La Ley 29022 entró en vigencia al día siguiente de la publicación de su primer reglamento, aprobado por el D.S. 039-2007. En la actualidad, este último ha sido derogado casi en su integridad por el D.S. 003-2015, que aprobó el nuevo reglamento de esta ley[5]. El D.S. 003-2015 establece, entre otros, los requisitos que deben presentar los interesados[6] para obtener las autorizaciones requeridas para la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones. Sobre el particular, y considerando los objetivos del presente artículo, resulta importante destacar que el D.S. 003-2015, a diferencia de lo que ocurría con el D.S. 039-2007, exige que para el otorgamiento de estos títulos habilitantes sea indispensable la presentación de un IGA aprobado por el MTC.

Como explicaremos en los siguientes párrafos, actualmente, los titulares de proyectos de inversión en infraestructura de telecomunicaciones deben tener en cuenta el cumplimiento de ciertas obligaciones ambientales: (i) antes del desarrollo de la actividad (la obtención de un IGA); y, (ii) durante su operación (como la observancia de los LMP de RNI, el Principio Precautorio y los Estándares de Calidad Ambiental para RNI).

2.2. Regulación ambiental aplicable

La gestión ambiental en el país, tal y como hoy las conocemos, se reguló a partir del año 2005, con la Ley General del Ambiente, aprobada mediante Ley 28611 ("LGA"). Esta norma fue emitida con el objetivo de asegurar el cumplimiento efectivo de, entre otros, el derecho que tiene toda persona a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida[7]. Así, la LGA creó un marco normativo dirigido a ordenar la gestión ambiental del país, destacando el rol que para ello cumplirían ciertos mecanismos como, por ejemplo, los principios e instrumentos ambientales. Veamos.

2.2.1. Los principios de la gestión ambiental

El título preliminar de la LGA desarrolla una serie de principios que constituyen los pilares de la gestión ambiental en el país. Sobre estos, la norma instituye una "jerarquía de mitigación" que el Gobierno debe tomar en cuenta antes de aprobar una política nacional o autorizar una actividad que, por sus características, podría afectar el medio ambiente, los recursos naturales y/o la salud de las personas. Esta jerarquía prioriza el Principio de Prevención por sobre los demás principios regulados en la LGA. Así, se determina que, en la gestión ambiental,

(4) El numeral 2 del artículo 130 del Reglamento General establece que es obligación de los concesionarios "instalar la infraestructura que se requiera para la prestación del servicio que se otorga en concesión, cumpliendo las normas municipales o de otros organismos públicos, las cuales no podrán constituir barreras de acceso al mercado".

(5) A la fecha, se encuentran vigentes el artículo 19 (solicitud de facilidades ante la empresa concesionaria de servicios públicos) y el Capítulo I del Título III (Del otorgamiento de facilidades por la Concesionaria de infraestructura de Carreteras) del D.S. 039-2007.

(6) Es importante destacar que, conforme al D.S. 003-2015, las disposiciones del régimen especial son de aplicación tanto para los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones como para los proveedores de infraestructura pasiva. Estos últimos son aquellos que, sin contar con la calidad de concesionarios, se encuentran habilitados para desplegar infraestructura, para lo cual se deberán inscribir previamente en el Registro de Proveedores de Infraestructura Pasiva del MTC.

(7) Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
(…) 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (énfasis agregado).

el Estado siempre está obligado a evitar cualquier tipo de degradación del ambiente, y solo cuando esto no sea posible, se encuentra habilitado para adoptar medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, según corresponda(8).

En esa línea, la LGA enfatiza que la gestión ambiental también debe guiarse bajo el Principio Precautorio que exige que la falta de certeza absoluta, respecto de un peligro de daño grave o irreversible, no se debe utilizar como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente(9). Este principio "(...) se origina en la búsqueda de mayor eficacia y eficiencia en la actuación gubernamental para la protección ambiental" (Alegre, 2010, p. 20), debido a que no siempre será posible identificar los efectos negativos que una actividad podría generar en el ambiente. Así, "[e]n estos casos, opera el principio precautorio, con la finalidad de adoptar tempranamente una decisión que permita evitar un daño grave, aun cuando no haya certeza científica de que se vaya a generar" (Alegre, 2010, p. 21).

Al respecto, resulta importante destacar que este principio ha servido para exigir que ciertas actividades cuyos posibles impactos ambientales no habían sido identificados, debido a la incertidumbre científica, cumplan con medidas razonables y provisionales durante su ejecución. Ello, con la finalidad de evitar o reducir un presunto peligro derivado de realizar dichas actividades sin un parámetro ambiental adecuado. De hecho, el Principio Precautorio ha sido la guía en materia ambiental para la implementación de infraestructura necesaria para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Esto último considerando que, antes de que la normativa ambiental incluya expresamente al sector telecomunicaciones (i.e. 2011) dentro de las actividades obligadas a obtener un IGA, el Principio Precautorio fue recogido por la normativa sectorial (Ley 29022 y el D.S. 039-2007) a fin de orientar la ejecución de esta actividad y evitar la generación de impactos negativos significativos en el medio ambiente.

2.2.2. Los IGA

Por otro lado, el artículo 16 de la LGA(10), define a los IGA como aquellos "mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la presente Ley, y en lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias". Considerando lo anterior, el artículo 17 de la misma norma(11) determina qué mecanismos podrán ser considerados como IGA, precisando que, en general, son todos aquellos orientados al cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales que rigen en el país y que, entre otros, se dirigen a la planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación y fiscalización ambiental.

Para la instalación y operación de infraestructura de telecomunicaciones, destacan los siguientes IGA: (i) los LMP, como IGA de fiscalización; (ii) los IGA sujetos

(8) Artículo VI.- Del principio de prevención
La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan.

(9) Artículo VII del Título Preliminar de la LGA.

(10) Artículo 16.- De los instrumentos
16.1 Los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la presente Ley, y en lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias.
16.2 Constituyen medios operativos que son diseñados, normados y aplicados con carácter funcional o complementario, para efectivizar el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales que rigen en el país.

(11) Artículo 17.- De los tipos de instrumentos
17.1 Los instrumentos de gestión ambiental podrán ser de planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación, fiscalización, entre otros, rigiéndose por sus normas legales respectivas y los principios contenidos en la presente Ley.
17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental, los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; los mecanismos de participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo precedente.
17.3 El Estado debe asegurar la coherencia y la complementariedad en el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental.

al Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental ("SEIA"), como IGA preventivos; y, (iii) los IGA no sujetos al SEIA, como IGA complementarios. A continuación, presentamos una introducción general de estos IGA, sin perjuicio de, posteriormente, desarrollar cuáles son sus implicancias en el sector telecomunicaciones.

El artículo 22 de la LGA[12] define a los LMP como

> La medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente.

En ese sentido, se instituye a los LMP como un IGA de fiscalización que, en conjunto con los Estándares de Calidad Ambiental ("ECA")[13], tienen como objetivo mejorar la calidad de vida de las personas (De La Puente, 2008, p. 220).

Los LMP:

> Tienen relación directa con los efectos que la actividad del hombre podría generar sobre el medio ambiente, sustentándose en las normas constitucionales que disponen que el ejercicio de la libertad de empresa no debe ser lesivo a la salud y que el derecho de propiedad debe ser ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley (De La Puente, 2008, p. 225).

Así, a través de este instrumento el Gobierno determina "la 'línea' de aceptabilidad o tolerancia de algunos daños ambientales en la vida de la sociedad (…)" (De La Puente, 2008, p. 223).

Por ello, una importante diferencia legal entre los ECA y los LMP es que estos últimos "son exigibles a la industria por la autoridad ambiental competente, mientras que los ECA no, a menos que se demuestre que existe causalidad entre una persona jurídica y la trasgresión de dichos estándares". De manera que, "[l]os LMP son utilizados para el control de las fuentes puntuales de contaminación y están referidos a los valores límites, mientras que los ECA tiene relación con los objetivos de la calidad del cuerpo receptor" (De La Puente, 2008, pp. 225-226).

En el caso del sector telecomunicaciones, previamente a la aprobación de la LGA (i.e. 2005), el MTC aprobó los LMP exigibles para los titulares de este tipo de actividades. Precisamente, y considerando lo dispuesto en el Reglamento Nacional para la Aprobación de ECA y LMP, aprobado por el Decreto Supremo 044-98-PCM, se emitió el Decreto Supremo 038-2003-MTC ("D.S. 038-2003") que regula los LMP de RNI en telecomunicaciones, como un IGA dirigido a "prevenir y controlar la contaminación generada por actividades comprendidas en el subsector telecomunicaciones, sobre la base de una estrategia destinada a proteger la salud, mejorar la competitividad del país y promover el desarrollo sostenible"[14].

En ese sentido, los LMP de RNI se constituyeron como el principal IGA del sector telecomunicaciones. Ello, hasta que se efectivizaron las exigencias de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, aprobada por Ley 27446 ("Ley SEIA"), con la entrada en vigencia de su reglamento, mediante el Decreto Supremo 019-2009-MINAM ("Reglamento SEIA")[15].

La Ley SEIA desarrolla la figura de los IGA en el ordenamiento jurídico peruano, diferenciando entre: (i) los IGA sujetos al SEIA; y, (ii) los IGA complementarios al SEIA. Los IGA sujetos al SEIA son IGA preventivos, dirigidos a evitar que las actividades económicas generen impactos ambientales negativos significativos en el ambiente. De acuerdo con el artículo 11 del Reglamento SEIA, son tres los IGA sujetos

(12) Artículo 32.- Del Límite Máximo Permisible
32.1 El Límite Máximo Permisible - LMP, es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por el Ministerio del Ambiente y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio.
32.2 El LMP guarda coherencia entre el nivel de protección ambiental establecido para una fuente determinada y los niveles generales que se establecen en los ECA. La implementación de estos instrumentos debe asegurar que no se exceda la capacidad de carga de los ecosistemas, de acuerdo con las normas sobre la materia.

(13) De acuerdo con el artículo 31 de la LGA, los ECA son "la[s] medida[s] que establece[n] el nivel de concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, presentes en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor, que no representa riesgo significativo para la salud de las personas ni al ambiente". Así, los ECA son "obligatorio[s] en el diseño de las normas legales y las políticas públicas. [Son] un referente obligatorio en el diseño y aplicación de todos los instrumentos de gestión ambiental".

(14) De acuerdo con los considerandos del D.S. 038-2003.

(15) De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Ley SEIA.

al SEIA, categorizados considerando el nivel de impacto ambiental negativo a evaluar:

> Artículo 11.- Instrumentos de Gestión Ambiental del SEIA
>
> Los instrumentos de gestión ambiental o estudios ambientales de aplicación del SEIA son:
>
> a) La Declaración de Impacto Ambiental - DIA (Categoría I).
>
> b) El Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado - EIA-sd (Categoría II).
>
> c) El Estudios de Impacto Ambiental Detallado - EIA-d (Categoría III).
>
> d) La Evaluación Ambiental Estratégica - EAE.
>
> Entiéndase para efectos del presente Reglamento, que las referencias a los estudios ambientales o los instrumentos de gestión ambiental comprenden indistintamente los señalados en este numeral (énfasis agregado).

Así, tenemos que los IGA sujetos al SEIA son: (i) la DIA, dirigido a evaluar proyectos de inversión que podrían generar impactos ambientales negativos *leves* (i.e. Categoría I); (ii) el EIA-sd, dirigido a evaluar proyectos de inversión que podrían generar impactos ambientales negativos *moderados* (i.e. Categoría II); y, (iii) el EIA-d, dirigido a evaluar proyectos de inversión que podrían generar impactos ambientales negativos *altos* (i.e. Categoría III). Y, como el mismo artículo 11 del Reglamento SEIA lo indica en su último párrafo, estos son los IGA sobre los que se enfoca la regulación de la Ley SEIA y su reglamento.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 13 del Reglamento SEIA destaca que los IGA no comprendidos en el SEIA son complementarios al mismo. Por ello, determina que:

> [l]as obligaciones que se establezcan en dichos instrumentos deben ser determinadas de forma concordante con los objetivos, principios y criterios que se señalan en la Ley y el presente Reglamento, bajo un enfoque de integralidad y complementariedad de tal forma que se adopten medidas eficaces para proteger y mejorar la salud de las personas, la calidad ambiental, conservar la diversidad biológica y propiciar el desarrollo sostenible, en sus múltiples dimensiones (énfasis agregado).

De manera que, y aunque sea evidente, los IGA complementarios al SEIA son todos aquellos que no forman parte de dicho sistema (i.e. DIA, EIA-sd y EIA-d) y que fueron aprobados a lo largo del tiempo, y siguen siendo aprobados, por los sectores correspondientes, a fin de prevenir, mitigar, remediar o adecuar los impactos de los proyectos que se pretendan ejecutar en el país; tales como los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, los Informes Técnicos Sustentatorios, Fichas Técnicas Ambientales, entre otros.

En este contexto, resulta crucial destacar que no todos los proyectos de inversión requieren de la aprobación de un IGA sujeto al SEIA para dar inicio a sus actividades. De hecho, el artículo 20 del Reglamento SEIA precisa que el SEIA "está orientado a la evaluación de los proyectos de inversión públicos, privados o de capital mixto, que por su naturaleza pudieran generar impactos ambientales negativos de carácter significativo (...)" (énfasis agregado). Si bien la norma no define qué se debe considerar como un impacto de carácter significativo, en el Anexo II del Reglamento del SEIA, el Ministerio del Ambiente ("MINAM") determinó expresamente que los proyectos de inversión sujetos al SEIA se encuentran dentro del "Listado de Inclusión de los Proyectos de Inversión sujetos al SEIA"; el cual es revisado y actualizado periódicamente, a fin de incluir nuevos proyectos dentro del sistema[16].

Así, tenemos que los proyectos que no forman parte del SEIA están eximidos de tramitar y obtener la aprobación de un IGA preventivo (i.e. DIA, EIA-sd, EIA-d), a fin de dar inicio a sus actividades. No obstante lo anterior, de acuerdo con el artículo 23 del Reglamento del SEIA, "los proyectos, actividades, obras y demás que no están comprendidos en el SEIA deben ser desarrollados de conformidad con el marco legal vigente, debiendo el titular de los mismos cumplir todas las normas generales emitidas para el manejo de residuos sólidos, aguas, efluentes, emisiones, ruidos, suelos, conservación del patrimonio natural y cultural, zonificación, construcción y otros que pudieran corresponder" (énfasis agregado).

De manera que los titulares de los proyectos de inversión no incluidos en el SEIA, tienen la obligación de realizar sus actividades en cumplimiento las normas ambientales generales, emitidas a fin de evitar la generación de impactos ambientales negativos en el medio ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas. Al respecto, es importante destacar que estas obligaciones no solo podrían derivar de las normas ambientales generales, sino también de los IGA complementarios que tanto el MINAM como el sector correspondiente

(16) La primera actualización del Anexo II del Reglamento SEIA fue en el 2011 con la Resolución Ministerial 157-2011-MINAM; y, la última modificación del listado fue en el 2020, con la Resolución Ministerial 023-2020-MINAM.

podrían exigir tramitar a los titulares de los proyectos de inversión, ya sea antes de dar inicio a sus actividades, antes de modificar ciertos componentes de estas o, inclusive, a fin de adecuar ciertos aspectos de sus actividades a las normas ambientales vigentes.

Ahora, una vez que esta diferencia ha quedado clara, creemos que es lógico preguntarnos por qué no todos los proyectos de inversión deben estar sujetos al SEIA. Y esto se debe a que no todas las actividades económicas podrían generar impactos ambientales negativos significativos. De manera que no es factible exigir que un titular de un proyecto de inversión elabore y tramite un IGA sujeto al SEIA, considerando que, en la práctica, no se ha evidenciado que los efectos de dicha actividad podrían afectar de manera irreversible al medio ambiente, generando un daño irreparable en los recursos naturales y la salud de las personas; tal y como sí ha sucedido para el caso de los proyectos que forman parte del listado, aprobado en el Anexo II del Reglamento SEIA, y sus correspondientes actualizaciones.

Así, el contar con un listado que determine qué proyectos requieren o no, de la aprobación de un IGA preventivo sujeto al SEIA antes del inicio de sus actividades, genera seguridad jurídica entre los administrados. Lo anterior, toda vez que aquellos proyectos que no se encuentren dentro del listado, en principio, están habilitados a iniciar sus actividades sin necesidad de la previa aprobación de un IGA. Ello, considerando que, algunas veces, como lo hemos mencionados en los párrafos anteriores, el MINAM o el mismo sector exige que los titulares de proyectos de inversión no sujetos al SEIA, presenten un IGA complementario antes del inicio de sus actividades, tal y como sucede en el sector telecomunicaciones con el IGA denominado “Ficha Técnica Ambiental”.

2.2.3. Reglamentos de Protección Ambiental

Finalmente, resulta importante mencionar que las obligaciones ambientales exigibles a los titulares de proyectos de inversión, no solo se encuentran estipuladas en las correspondientes normas ambientales generales; sino también en los denominados reglamentos de protección ambiental. Estos dispositivos normativos se aprobaron desde 1993[17], sobre la base de lo dispuesto en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, aprobado por Decreto Legislativo 613[18], norma que estableció los pilares de las principales obligaciones ambientales exigibles a los titulares de todo proyecto de inversión que podría generar algún tipo de impacto ambiental negativo en el medio ambiente y/o los recursos naturales; así como el artículo 50 de la Ley Marco para la Inversión Privada[19], aprobada por Decreto Legislativo 757[20] que, entre otros, determinó que los ministerios eran las autoridades competentes para conocer los asuntos relacionados con la aplicación de las disposiciones del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales.

Precisamente, los reglamentos de protección ambiental se aprobaron con el objetivo de que cada sector cuente con una norma específica que determine cuáles deberían ser los requisitos a cumplir por los administrados, a fin de que la ejecución de sus respectivos proyectos de inversión no genere impactos ambientales negativos en el medio ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas. Por ello, es que a partir de la aprobación de los Decretos Legislativos 613 y 757 es que cada ministerio se vio en la obligación de publicar un reglamento que ponga en práctica, dentro de su sector correspondiente, las exigencias de las nuevas normas ambientales vigentes.

Esta práctica otorga seguridad jurídica a los administrados, toda vez que permite determinar con certeza cuáles son las características que debe acreditar un proyecto de inversión, con el objetivo de que el Estado permita su ejecución. Práctica que, de hecho, fue cumplida, dentro de un plazo razonable, por casi todos los ministerios. De hecho, la excepción a este actuar fue el MTC que, como veremos a continuación, a la fecha no cuenta con un reglamento de protección ambiental para el sector telecomunicaciones.

(17) El primer reglamento de protección ambiental aprobado en el ordenamiento jurídico nacional fue el del sector minero, mediante Decreto Supremo 016-93-EM.
(18) Publicado el 8 de septiembre de 1990.
(19) Artículo 50.- Las autoridades sectoriales competentes para conocer sobre los asuntos relacionados con la aplicación de las disposiciones del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales son los Ministerios o los organismos fiscalizadores, según sea el caso, de los sectores correspondientes a las actividades que desarrollan las empresas sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a los Gobiernos Regionales y Locales conforme a lo dispuesto en la Constitución Política.
(20) Publicado el 13 de noviembre de 1991.

3. Exigencias ambientales para la implementación de infraestructura de servicios públicos de telecomunicaciones

En línea con lo señalado en el acápite II anterior, la Ley 29022 y sus reglamentos (el D.S. 039-2007 y el D.S. 003-2015) exigen a los titulares de infraestructuras de telecomunicaciones el cumplimiento de ciertas obligaciones ambientales, tales como: (i) la observancia del Principio Precautorio; (ii) el cumplimiento de los LMP de RNI; y, (iii) la obtención de un IGA (sujetos y complementarios al SEIA).

Sin perjuicio de estas exigencias, destacamos también la necesidad de que el sector telecomunicaciones apruebe un reglamento de protección ambiental. En el marco de la elaboración del presente trabajo, hemos tomado conocimiento de que el MTC, en coordinación con el MINAM, se encuentra trabajando en un proyecto de reglamentación. Sin embargo, a la fecha, este aún no ha sido aprobado. A continuación, pasaremos a desarrollar cada uno de estos aspectos.

3.1. El Principio Precautorio y los LMP de RNI

La Ley 29022, en concordancia con lo dispuesto en la LGA, exige a los administrados la observancia del Principio Precautorio para la instalación y despliegue de infraestructura de telecomunicaciones. En línea con ello, el artículo 10 de la referida ley(21) establece que las autoridades administrativas tienen la obligación de supervisar la aplicación y el cumplimiento de este principio durante el desarrollo de estas actividades.

Al respecto, resulta importante destacar que la normativa sectorial ha determinado que "la aplicación del Principio Precautorio implica el cumplimiento de los LMP de RNI"(22). En ese sentido, tanto el artículo 5 del D.S. 039-2007 (derogado) como el artículo 6 del D.S. 003-2015 (actualmente vigente) establecen lo siguiente:

> El Principio Precautorio o Principio de Precaución a que se refiere el literal e) del artículo 2 de la Ley, se encuentra referido al cumplimiento de los Límites Máximos Permisibles de Radiaciones No Ionizantes en Telecomunicaciones aprobados por Decreto Supremo 038-2003-MTC y su modificatoria. Para tal efecto, a fin de fiscalizar su efectivo cumplimiento, el Ministerio deberá observar las disposiciones contenidas en el artículo 11 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente, el citado Decreto Supremo 038-2003-MTC y su modificatoria, así como las Normas Técnicas sobre Restricciones Radioeléctricas en áreas de Uso Público, aprobadas mediante Resolución Ministerial 120-2005-MTC-03 (énfasis agregado).

De esa manera, los solicitantes y titulares de concesiones o autorizaciones de telecomunicaciones deben respetar los LMP de RNI establecidos en el artículo 3 del D.S. 038-2003. Con la finalidad de garantizar el cumplimiento de esta disposición, la norma señala que los titulares y solicitantes, según corresponda, deben presentar estudios teóricos y realizar monitoreos a sus infraestructuras, de conformidad con los lineamientos, parámetros, entre otros que sean aplicables, regulados en el D.S. 038-2003 y en las normas complementarias que dicte el MTC sobre esta materia. Así, el D.S. 038-2003 busca evitar la transgresión de los LMP y, por tanto, que las RNI no generen impactos negativos o perjudiciales en la salud de las personas y/o en el medio ambiente.

Considerando que el objetivo del D.S. 038-2003 es impedir la configuración de un posible daño como consecuencia de la vulneración de los LMP de RNI, se podría inferir que su cumplimiento encontraría mayor relación con la aplicación del Principio de Prevención, recogido en el artículo VI del Título Preliminar de la LGA. Sin embargo, desde que entró en vigencia el régimen especial implementado por la Ley 29022 (i.e. 2007), el MTC decidió circunscribir el cumplimiento de estos LMP al Principio Precautorio, sin que ello haya sido materia de discusión en las modificatorias de esta ley y/o en algunos de sus reglamentos.

Una posible explicación a esta vinculación la podemos encontrar en la Exposición de Motivos del D.S. 039-2007, que aprobó el primer reglamento de la Ley 29022. En este documento se indica que el MTC habría tomado la decisión de aprobar los LMP de RNI, debido a que el Tribunal Constitucional invocó el Principio Precautorio en la sentencia que resolvió una demanda de amparo

(21) Artículo 10.- Cumplimiento de la Ley
Las entidades del Estado, en los ámbitos de sus respectivas competencias, supervisarán el fiel cumplimiento de la presente Ley, correspondiendo al Gobierno Nacional, a través de las instancias competentes, la aplicación y supervisión del principio de precaución en materia de instalación y despliegue de Infraestructura Necesaria para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones. (...).

(22) El Anexo I del D.S. 038-2003 recoge la siguiente definición de RNI: "Es la que no produce ionización en la materia. Cuando atraviesa los tejidos vivos, no tiene la suficiente energía para dañar el ADN en forma directa."

interpuesta en contra de la empresa Nextel del Perú S.A.C. por la instalación de una antena y equipos destinados a la prestación del servicio de telefonía móvil:

> Como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0964-2002-AA/TC, de 17 de marzo del 2003, que invocó el Principio de Precaución o Precautorio, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mediante Decreto Supremo 038-2003-MTC, del 3 de julio del 2003 ha establecido los Límites Máximos Permisibles de Radiaciones no Ionizantes en Telecomunicaciones, los que constituyen un instrumento de gestión ambiental prioritario para prevenir y controlar la contaminación generado por actividades de telecomunicaciones sobre la base de una estrategia destinada a proteger la salud, mejorar la competitividad del país y promover el desarrollo sostenible" (énfasis agregado).

Sin embargo, de una revisión del D.S. 038-2003 y su Exposición de Motivos no encontramos referencia alguna a dicho pronunciamiento del Tribunal Constitucional y/o al Principio Precautorio. Por el contrario, la Exposición de Motivos del D.S. 038-2003 señala que la importancia de esta norma radicaría, entre otros, en que los LMP de RNI: (i) constituyen una valiosa herramienta de gestión que permitiría un manejo adecuado de las expectativas de los actores involucrados en el sector; (ii) revaloran el tema ambiental como un asunto de interés público, económico y político; (iii) son una oportunidad para corregir deficiencias generadas por el vacío normativo respecto a este asunto; y, (iv) reafirman la necesidad de establecer la vigencia de códigos de conducta empresarial en términos económicos y de bienestar social.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que la sentencia recaída en el Expediente 0964-2002-AA/TC constituye uno de los primeros pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional incluyó el Principio Precautorio en su análisis respecto de la instalación de infraestructura de telecomunicaciones. No obstante, ello, según indica Ramón Huapaya, es importante anotar que en dicha oportunidad este principio habría sido introducido como un "elemento auxiliar" en la argumentación del Tribunal Constitucional, que finalmente concluyó que la empresa demandada debía retirar la antena y los equipos instalados (2011, p. 749).

Si bien la sentencia se enfoca en analizar con mayor detalle la posible afectación del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, el Tribunal Constitucional señala también que, al amparo del Principio Precautorio, la normativa sectorial debe disponer la aplicación de determinadas medidas que tengan como finalidad evitar que este tipo de instalaciones sean desplegadas en zonas residenciales o de gran afluencia de personas (como hospitales o colegios):

> 11. Respecto de la posible afectación del derecho a la salud y a un medio ambiente sano y adecuado a consecuencia de la propagación de ondas electromagnéticas, este Tribunal debe destacar que se trata de un tema en el que, desde un punto de vista científico, no existe actualmente consenso. Sí existe consenso, sin embargo, en que a través de la legislación correspondiente se establezca una serie de precauciones destinadas a evitar que la carencia de resultados satisfactorios en la investigación sobre el tema, no termine generando problemas irreversibles en la salud y el medio ambiente, y, en ese sentido, que en la medida de lo posible tales equipos y antenas se instalen en lugares donde la gente no pase prolongados periodos de tiempo. Forma parte de ese denominado 'principio de precaución', que el Estado prevea a través de medidas de regulación en la prestación de ese servicio público o mediante la regulación de la materia urbanística, que la instalación de tales equipos y antenas no se efectúe cerca de hospitales, escuelas o zonas residenciales, y que se asegure que los que operan en el mercado en la prestación del servicio público en referencia, compartan torres para reducir su número (...) (énfasis agregado).

Considerando lo anterior, en este caso el Tribunal Constitucional habría aplicado una "versión fuerte" del Principio Precautorio. En líneas generales, la aplicación de una versión fuerte de este principio implica que, ante la incertidumbre científica respecto del daño que podría generar una actividad determinada, las autoridades deben adoptar medidas destinadas a prevenir o prohibir dicha actividad, por lo menos hasta que la evidencia científica determine que no se configurará un daño a la salud y/o al medio ambiente[23].

(23) Al respecto, Ramón Huapaya señala que: "(...) el principio de precaución conoce dos versiones en la legislación internacional y la literatura medio ambiental: una 'débil' y una 'fuerte'. La versión débil consiste en la falta de evidencia decisiva para la producción de un daño no debe ser un obstáculo o impedimento para regular la situación riesgosa. Por otro lado, la versión 'fuerte', conocer muchas variantes, siendo la más intervencionista, aquélla que establece que cuando la realización de una actividad humana produzca o pueda producir el riesgo de un daño significativo para el ambiente o para la salud de la colectividad o de las futuras generaciones, y exista incerteza científica sobre la naturaleza y entidad del daño o riesgo que pueda causárseles, entonces deba tomarse decisiones para prevenir o prohibir la realización de tales actividades, al menos hasta que la evidencia científica demuestre que el daño no ocurrirá" (2011, p. 746).

Posteriormente, el Tribunal Constitucional modificó su criterio respecto de la aplicación de este principio. Así, si bien el supremo intérprete de la Constitución reconoce que para la aplicación del Principio Precautorio debe existir falta de certeza científica sobre los daños que se puedan ocasionar a la salud y/o al medio ambiente, es necesario que se presenten indicios razonables y suficientes que justifiquen la adopción de medidas al respecto. En particular, en la sentencia recaída en el Expediente 4223-2006-PA/TC se indica lo siguiente:

> (...) el principio precautorio se aplica ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y ante la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Si bien el presupuesto esencial para la aplicación del principio precautorio es precisamente la falta de certeza científica -aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y la realidad del riesgo-, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables (énfasis agregado).

De esa forma, el Tribunal Constitucional reconoció que no siempre la prohibición absoluta de una actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, este podrá ser alcanzado mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones.

3.2. Los IGA en el sector telecomunicaciones

Considerando las exigencias del Reglamento SEIA, el 21 de julio de 2011, mediante la Resolución Ministerial 157-2011-MINAM, el MINAM aprobó la primera actualización del Listado de Inclusión de los Proyectos de Inversión sujetos al SEIA ("Listado"). Así, respecto del sector telecomunicaciones, el Listado indicó que se encontraba sujeto al SEIA, todo proyecto de inversión dirigido a la instalación y operación de infraestructura de telecomunicaciones; lo cual incluía las redes o infraestructuras de telecomunicaciones, sean éstas inalámbricas o radioeléctricas, como alámbricas o por cable.

En ese sentido, todos los proyectos del sector que cumplieran con dichas características, tenían la obligación de tramitar ante el MTC, la obtención de un IGA sujeto al SEIA (i.e. DIA, EIA-sd o EIA-d), antes del inicio de sus actividades. No obstante lo anterior, y sobre la base de lo dispuesto en el artículo 20 del Reglamento SEIA[24], en el 2015 el Listado fue actualizado, y se amplió el ámbito de aplicación del SEIA a los proyectos del sector comunicaciones.

Precisamente, el 1 de agosto de 2015, con la aprobación de la Resolución Ministerial 186-2015-MINAM ("RM 186-2015"), se incluyó dentro del SEIA a los proyectos del sector telecomunicaciones con las siguientes características, como lo establece el artículo 1 de la RM 186-2015:

- Proyectos de Infraestructura de telecomunicaciones que incluye las redes o infraestructuras de telecomunicaciones, sean éstas inalámbricas o radioeléctricas, como alámbricas o por cable;
- Para el caso de proyectos de infraestructuras de servicios móviles (servicio de telefonía móvil, fija e internet) *tipo poste* se incluyó en el Listado aquellas que cumplen con alguno de los siguientes criterios:
  a) Que sus características no estén contempladas en las opciones de mimetización establecidas en el D.S. 003-2015.
  b) Que se localicen dentro de Áreas Naturales Protegidas o en sus zonas de amortiguamiento o dentro de ecosistemas frágiles, en cumplimiento de la legislación de la materia.
  c) Que el valor del cálculo teórico de RNI de la infraestructura de telecomunicaciones supere el 50% del valor establecido como LMP de RNI en Telecomunicaciones para la exposición ocupacional o exposición poblacional, de acuerdo al D.S. 038-2003.
- Para el caso de proyectos de infraestructuras de servicios móviles (servicio de telefonía móvil, fija e internet) *tipo rooftop* se incluyó en el Listado aquellas que cumplen con alguno de los siguientes criterios:
  a) Que sus características no estén contempladas en las opciones de mimetización establecidas en el D.S. 003-2015.
  b) Que la altura del soporte y antena en su conjunto supera 2/3 de la altura de la edificación.
  c) Que se localicen dentro de Áreas Naturales Protegidas o en sus zonas de amortiguamiento o dentro de ecosistemas frágiles, en cumplimiento de la legislación de la materia.

(24) Artículo 20.- Proyectos de inversión que están sujetos al SEIA
(...) Los proyectos que comprende el SEIA se encuentran señalados en el Listado de Inclusión de los Proyectos de Inversión sujetos al SEIA previsto en el Anexo II. El MINAM revisa y actualiza periódicamente este Listado en coordinación con las entidades que conforman el SEIA (énfasis agregado).

d) Que el valor del cálculo teórico de RNI de la infraestructura de telecomunicaciones supere el 50% del valor establecido como LMP de RNI en Telecomunicaciones para la exposición ocupacional o exposición poblacional, de acuerdo al D.S. 038-2003.

- Para el caso de proyectos de infraestructuras de servicios móviles (servicio de telefonía móvil, fija e internet) *tipo greenfield* se incluyó en el Listado aquellas que cumplen con alguno de los siguientes criterios:

a) Que la altura del soporte y antena en su conjunto supera los 30 metros y que se localicen dentro de área urbana o expansión urbana.
b) Que se localicen dentro de Áreas Naturales Protegidas o en sus zonas de amortiguamiento o dentro de ecosistemas frágiles, en cumplimiento de la legislación de la materia.
c) Que el valor del cálculo teórico de RNI de la infraestructura de telecomunicaciones supere el 50% del valor establecido como LMP de RNI en Telecomunicaciones para la exposición ocupacional o exposición poblacional, de acuerdo al D.S. 038-2003.

Sin embargo, el artículo 2 de la resolución ministerial en análisis, reguló la figura de la Ficha Técnica Ambiental ("FTA"), IGA complementario al SEIA, exigible a todos aquellos titulares de proyectos de inversión del sector telecomunicaciones que no se encuentren dentro del SEIA. De hecho, en dicho artículo se establece que la presentación de esta FTA es requisito indispensable para obtener la Autorización para la Instalación de Infraestructura de Telecomunicaciones, considerando lo dispuesto en el literal f) del artículo 12 del D.S. 003-2015[25].

En ese sentido, tenemos que los titulares de proyectos del sector telecomunicaciones podrían encontrarse obligados a tramitar para el inicio de ejecución de sus proyectos: (i) IGA sujetos al SEIA: DIA, EIA-sd y EIA-d; y/o, (ii) IGA complementarios al SEIA: FTA; lo anterior, tomando en cuenta el nivel del impacto de sus actividades. En otras palabras:

Corresponde un IGA sujeto al SEIA: Cuando el proyecto de inversión del sector telecomunicaciones podría generar impactos ambientales negativos leves, moderados o altos. Que, de acuerdo con la RM 186-2015, podrían ser las siguientes infraestructuras:

- De infraestructura de telecomunicaciones que incluye las redes o infraestructuras de telecomunicaciones, sean estas inalámbricas o radioeléctricas, como alámbricas o por cable.
- De infraestructuras de servicios móviles (servicio de telefonía móvil, fija e internet) tipo poste, siempre que cumplan con ciertos criterios.
- De infraestructuras de servicios móviles (servicio de telefonía móvil, fija e internet) tipo rooftop, siempre que cumplan con ciertos criterios.
- De infraestructuras de servicios móviles (servicio de telefonía móvil, fija e internet) tipo greenfield, siempre que cumplan con ciertos criterios.

Corresponde un IGA complementario al SEIA: Cuando el proyecto de inversión no prevea la generación de impactos ambientales negativos y, por tanto, no se encuentre dentro del Listado (i.e. FTA).

Adicionalmente, destacamos que el 7 de mayo de 2021 se publicó la Resolución Ministerial 076-2021-MINAM mediante la cual se modificó el Listado a fin de incluir nuevos proyectos de inversión del sector telecomunicaciones en el SEIA, tales como proyectos de infraestructura para la prestación de servicios inalámbricos (servicios de voz, datos y videos tanto fijos como móviles) tipo poste, tipo rooftop y tipo greenfield que cumplan con determinadas características relacionadas a su ubicación dentro de áreas naturales protegidas de administración nacional, áreas de conservación nacional o cuyas características no estén contempladas en la opciones de mimetización establecidas en la normativa correspondiente.

Sobre el particular, y tomando en cuenta la información brindada por la Dirección General de Políticas y Regulación en Comunicaciones del MTC[26], resulta importante destacar que entre el 2019 y el 2020 se aprobaron un total de 182[27] DIA en el MTC. Considerando que este fue el único IGA solicitado y aprobado por los titulares de los proyectos del sector. Y, por otro lado, entre el mismo periodo de años, el MTC otorgó la

(25) Artículo 12.- Requisitos Generales para la Aprobación Automática de una Autorización
Los Solicitantes de una Autorización presentan a la Entidad competente los siguientes documentos: (...)
f. Instrumento de gestión ambiental aprobado por el Ministerio.
(26) Solicitada a través del procedimiento de acceso a la información pública.
(27) De los cuales, (i) 106 corresponden al 2019 y (ii) 76 corresponden al 2020.

conformidad a 11,436 FTA[28]. De lo anterior, se desprende que existen muchos más proyectos del sector telecomunicaciones que se ejecutan sin la previa aprobación de un IGA sujeto al SEIA; y, por tanto, aparentemente no deberían generar impactos ambientales negativos significativos.

En este contexto, destacamos que el hecho de no encontrarse sujeto al SEIA no constituye un eximente al cumplimiento de las normas ambientales generales y especiales del sector telecomunicaciones; dentro de las que se encuentran el Principio Precautorio, los LMP de RNI y los ECA para RNI. De hecho, lo anterior se deriva de lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento SEIA, por el cual expresamente se indica que:

> Artículo 23.- Proyectos, actividades, obras y otros no comprendidos en el SEIA
>
> Sin perjuicio de lo señalado en el artículo precedente y de las normas especiales que se emitan, los proyectos, actividades, obras y demás que no están comprendidos en el SEIA deben ser desarrollados de conformidad con el marco legal vigente, debiendo el titular de los mismos cumplir todas las normas generales emitidas para el manejo de residuos sólidos, aguas, efluentes, emisiones, ruidos, suelos, conservación del patrimonio natural y cultural, zonificación, construcción y otros que pudieran corresponder (énfasis agregado).

En esa línea, el artículo 3 de la RM 186-2015, de forma complementaria a lo dispuesto en el artículo 23 citado, establece lo siguiente con relación a la exigencia de cumplir con los LMP y ECA para RNI:

> Artículo 3.- Los operadores de servicios móviles cuyas infraestructuras se encuentren o no sujetas al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) deberán cumplir con los monitoreos y mediciones periódicas de Radiaciones No Ionizantes, de conformidad con las disposiciones emitidas para el control de Límites Máximos Permisibles y Estándares de Calidad Ambiental y demás normativas vigentes (énfasis agregado).

Adicionalmente, el numeral 6 del formato general de la FTA, aprobado por la RM 186-2015, exige que el titular declare lo siguiente:

> 6. CUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES DE CALIDAD AMBIENTAL Y LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES DE RADIACIONES NO IONIZANTES (RNI)
>
> Declaro que el presente proyecto de infraestructura de telecomunicaciones cumple con los Estándares de Calidad Ambiental y Límites Máximos Permisibles de RNI establecidos en la legislación y que se realizarán los monitoreos regulares para verificar el mencionado desempeño (énfasis agregado).

Así pues, es una exigencia general para todos los titulares de infraestructura de telecomunicaciones realizar monitoreos ambientales a fin de verificar el cumplimiento de los ECA y LMP de RNI. Los ECA, de acuerdo con el artículo 31 de la LGA, se definen de la siguiente manera:

> Artículo 31.- Del Estándar de Calidad Ambiental
>
> 31.1 El Estándar de Calidad Ambiental - ECA es la medida que establece el nivel de concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, presentes en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor, que no representa riesgo significativo para la salud de las personas ni al ambiente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos (énfasis agregado).

Así pues, a diferencia de los LMP, los ECA analizan las consecuencias de las RNI en el cuerpo receptor (por ejemplo, los seres vivos). Y, sobre lo anterior, se regulan valores de RNI que todo titular de un proyecto de infraestructura de telecomunicaciones debe respetar durante la ejecución de sus actividades, a fin de evitar la generación de impactos negativos al medio ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.

En línea con lo anterior, de forma adicional a la aprobación de los LMP para RNI, el MINAM aprobó los ECA para RNI, mediante Decreto Supremo 010-2005-PCM ("D.S. 010-2005"); y, posteriormente, mediante Resolución Ministerial 218-2020-MINAM se aprobaron los "Lineamientos para la elaboración de planes de acción para la prevención y control de RNI generadas por los servicios de telecomunicaciones y las redes eléctricas". Este último con el objetivo de orientar a las municipalidades provinciales en la elaboración de los planes de acción para la prevención y control de las RNI en sus respectivas jurisdicciones, considerando lo dispuesto en el artículo 8 del D.S. 010-2005.

Así las cosas, queda claro que los titulares de infraestructuras de telecomunicaciones tienen el deber de obtener la aprobación de un IGA, antes del inicio de sus actividades, siempre que se encuentren sujetos al SEIA;

(28) De los cuales, (i) 9854 corresponden al 2019 y (ii) 1582 corresponden al 2020.

es decir, cuando su proyecto se subsuma en alguno de los supuestos de la RM 186-2015. Y, por otro lado, aquellos proyectos que no se encuentren sujetos al SEIA, solo tiene la obligación de presentar una FTA antes del inicio de sus actividades; deber que por la pandemia generada a causa de la propagación del COVID-19, ha sido "suspendido", de acuerdo con el artículo 9 del Decreto Legislativo 1477[29].

No obstante, lo anterior, todos los titulares de proyectos de infraestructuras de telecomunicaciones se encuentran obligados a cumplir con los LMP y ECA para RNI durante la ejecución de sus actividades. Como hemos demostrado a lo largo del presente artículo, el cumplimiento de estos parámetros resulta esencial, toda vez que la mayoría de los proyectos del sector no requieren de la previa aprobación de un IGA antes de su inicio. Por ello, finalmente, la única forma de prevenir cualquier tipo de impacto de esta actividad sobre el medio ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas, es enfatizar en el cumplimiento de las normas ambientales generales del sector; es decir, los LMP de RNI y los ECA para RNI.

3.3. El Reglamento de Protección Ambiental del sector telecomunicaciones

Como adelantamos en el numeral II anterior, el sector telecomunicaciones no cuenta, ni ha contado, con un reglamento de protección ambiental que determine cuáles son las obligaciones ambientales o los requisitos específicos que un administrado debe cumplir y acreditar, a fin de evitar que el desarrollo de su actividad no genere impactos ambientales negativos en el medio ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas. De hecho, con relación a la materia ambiental, el MTC solo ha cumplido con aprobar un reglamento de protección ambiental para las actividades relacionadas con el sector transportes.

Sin embargo, y como hemos mencionado en el apartado b) anterior, desde el 2003, con el D.S. 038-2003 que aprobó los LMP de RNI, luego en el 2005 con la aprobación del D.S. 010-2005, relacionado con los ECA para RNI y, posteriormente, con la aprobación de la RM 186-2015; el MINAM y el MTC han determinado la normativa ambiental base para el sector telecomunicaciones, que todo titular de un proyecto del sector debe tomar en cuenta de forma previa al inicio de sus actividades. De manera que, y aun cuando no exista un reglamento de protección ambiental específico del sector, queda claro que los titulares de proyectos de infraestructura de telecomunicaciones, no están eximidos del cumplimiento de disposiciones ambientales, antes y durante de la ejecución de sus actividades.

A pesar de lo anterior, consideramos que es necesario que el MTC apruebe, cuanto antes, un reglamento de protección ambiental que compile en un solo cuerpo normativo las obligaciones ambientales exigibles a los proyectos de infraestructura del sector telecomunicaciones. Así, se agilizaría la evaluación de los permisos ambientales del sector, antes de plantear la ejecución de actividades de telecomunicaciones en el país; y, ello, permitiría un adecuado cumplimiento y fiscalización de las obligaciones ambientales correspondientes.

Lo anterior, inclusive, tendría que ir de la mano con una modificación del Reglamento de Organización y Funciones del MTC, a fin de que se establezca quién será la dirección encargada de normar, evaluar, fiscalizar y sancionar el cumplimiento de las obligaciones ambientales que, actualmente, estarían siendo asumidas, parcialmente, por la Dirección General de Políticas y Regulación en Comunicaciones[30]. Claro está, mientras dichas funciones no sean transferidas al OEFA[31] (i.e. en materia de fiscalización y sanción ambiental) o al SENACE[32] (i.e. en materia de evaluación ambiental).

(29) Artículo 9. Disposiciones ambientales para los proyectos de Infraestructura de Telecomunicaciones no comprendidos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
9.1 En tanto dure la Emergencia Sanitaria a nivel nacional declarada por Decreto Supremo 008-2020-SA y/o ampliatorias, se exonera a los operadores de los servicios públicos de telecomunicaciones y proveedores de infraestructura pasiva de la obligación de presentar la Ficha Técnica regulada por el artículo 2 de la Resolución Ministerial 186-2015-MINAM, respecto a los proyectos de infraestructura de telecomunicaciones que no están sujetos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

(30) Artículo 149 del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del MTC, aprobado por Resolución Ministerial 0785-2020-MTC/01.

(31) De acuerdo con lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Final y en la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobada por Ley 29325.

(32) Considerando lo dispuesto en el Cronograma de Transferencia de Funciones de las Autoridades Sectoriales al servicio del SENACE, aprobado por Decreto Supremo 006-2015-MINAM.

4. Conclusiones y recomendaciones

Como hemos podido apreciar en el presente artículo, el sector telecomunicaciones cuenta con disposiciones normativas que exigen el cumplimiento de obligaciones y parámetros ambientales, a los titulares de proyectos de infraestructura, tanto antes como durante la ejecución de sus actividades. Ello, con el objetivo de evitar que estos proyectos generen impactos ambientales negativos en el medio ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas. De hecho, y considerando las implicancias del Principio Precautorio, el MTC, junto con el MINAM, determinaron promover los proyectos del sector telecomunicaciones, requiriendo acreditar el cumplimiento de los LMP de RNI, así como los ECA para RNI. Lo anterior, considerando que las actividades del sector no generarían impactos ambientales negativos que requieran de la tramitación de un IGA.

No obstante, con el paso de los años y el consecuente desarrollo científico respecto de los posibles impactos ambientales negativos significativos que podrían generar los proyectos del sector, se aprobó un listado de proyectos que requerían de la aprobación de una IGA sujeto al SEIA, antes del inicio de sus actividades. Y, a partir de dicho momento, fue necesario para los titulares de proyectos de infraestructura, identificar cómo calificaría su proyecto dentro del sistema ambiental; toda vez que ello implicaría la tramitación de permisos adicionales para dar inicio a sus actividades, tal y como la elaboración y posterior aprobación de un IGA.

Si bien, lo anterior, fue un avance significativo del sector en materia ambiental, resulta necesario contar con un reglamento de protección ambiental que detalle todas las obligaciones ambientales generales y específicas del sector telecomunicaciones y, de ser necesario, se remita a las disposiciones específicas del sector (i.e. LMP de RNI y ECA para RNI). De hecho, según hemos indicado anteriormente, el MTC, en coordinación con el MINAM, se encontraría elaborando un proyecto de reglamentación. Sin embargo, a la fecha, este aún no ha sido aprobado. Resaltamos la importancia del rol del MINAM en este trabajo, toda vez que su participación permitirá que el futuro reglamento regule de manera correcta y ordene los mecanismos ambientales del sector.

Esto último otorgaría mayor predictibilidad a los inversionistas de proyectos de infraestructura de telecomunicaciones, toda vez que sería mucho más factible identificar en un solo cuerpo normativo: (i) los permisos requeridos para iniciar con este tipo de actividades en el país, así como (ii) las respectivas autoridades administrativas a cargo de la evaluación, fiscalización y sanción en materia ambiental del sector. Por ello es que, y a manera de recomendación, creemos que es vital que el MTC apruebe, cuanto antes, un reglamento de protección ambiental para el sector telecomunicaciones que vaya de la mano con un dispositivo que determine las infracciones y sanciones por el incumplimiento de las obligaciones ambientales. Lo anterior, como comentábamos, no sólo agilizará la toma de decisiones de los inversionistas; sino que, además, permitirá que este tipo de actividades en el país sea evaluado y fiscalizado de forma adecuada, evitando la generación de impactos ambientales negativos en el medio ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.

Referencias bibliográficas

Alegre, A. (2010). Sobre la relevancia del principio precautorio. *Gaceta Constitucional, 27*, 19-29.

De La Puente, L. (2008). La Industria y la Rigidez Actual en la Aplicación de los Límites Máximos Permisibles: Caben Excepciones. *THEMIS Revista De Derecho, 56*, 219-229.

Huapaya, R. (2011). Contra “las leyes del miedo”: Un ensayo crítico sobre el principio de precaución y su aplicación en el Derecho Público. *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación. Estudios y cuestiones*, 740-756. Ara Editores.

Tribunal Constitucional. (2003). Sentencia recaída en el Expediente 0964-2002-AA/TC.

Tribunal Constitucional. (2007). Sentencia recaída en el Expediente 4223-2006-PA/TC.

Zegarra, D. (2008). La instalación de infraestructuras para la prestación del servicio público de telecomunicaciones: los problemas en el ámbito municipal. *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano. Ponencias del Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo.* Grijley.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.013

Breves notas en torno a la legitimidad para obrar activa de la Administración tributaria y el artículo 157 del Código Tributario(*)(**)

Brief notes on the standing to act of the Tax Administration and Article 157 of the Tax Code

Percy Enrique Bardales Castro(***)
Ernst & Young Perú (Lima, Perú)

Resumen: El presente documento pretende abordar, en un primer momento, el tratamiento legislativo que ha tenido en el tiempo el artículo 157 del Código Tributario, en relación con la posibilidad que la Administración Tributaria pueda impugnar en la vía del proceso contencioso administrativo las resoluciones que emite el Tribunal Fiscal. Sobre esa base, en un segundo momento se analizará los alcances normativos de esta materia a partir del texto vigente del artículo 157 del Código Tributario.

Palabras clave: Derecho Tributario - Administración Tributaria - Artículo 157 del Código Tributario - SUNAT - Proceso contencioso-administrativo tributario - Proceso de lesividad - Legitimidad para obrar activa - Legitimidad para obrar activa ordinaria - Legitimidad para obrar activa extraordinaria - Perú

Abstract: This document intends to address, at first, the legislative treatment that article 157 of the Tax Code has had over time, in relation to the possibility that the Tax Administration may challenge the resolutions issued by the Tax Court through the contentious-administrative process. On this basis, in a second stage, the normative scope of this matter will be analyzed based on the current text of article 157 of the Tax Code.

Key words: Tax law - Tax Administration - Article 157 of the Tax Code - Contentious-administrative tax proceedings - Litigation proceedings - Legitimacy to take active action - Legitimacy to take ordinary active action - Legitimacy to take extraordinary active action - SUNAT - Peru

---

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 28 de mayo de 2021 y su publicación fue aprobada el 2 de setiembre de 2021.

(**) Las opiniones vertidas en el presente documento son de exclusiva responsabilidad del autor.

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). MBA por la Universidad Adolfo Ibáñez (Chile). Postítulo en Derecho Procesal Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialización en Derecho - Programa en Derecho Constitucional Tributario por la Universidad de Salamanca (España). Especialización Avanzada en Derecho Penal y Procesal Penal por la PUCP. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT) y de la Asociación Fiscal Internacional (IFA) Perú. Socio de EY (Ernst & Young). Autor de diversas publicaciones en materia tributaria. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4123-9398. Correo electrónico: percy.bardales@pe.ey.com.

1. A modo de introducción

Actualmente, y desde ya hace varios años, no existe duda de que la agenda fiscal se discute en el Poder Judicial. Es decir, es a nivel de esta instancia, en especial a nivel de la Corte Suprema de Justicia, que se discuten y resuelven las controversias tributarias más relevantes del país.

Varios factores han contribuido a que la agenda fiscal se discuta a nivel del Poder Judicial. Así, entre otros, se encuentra: (i) la creación de los Juzgados y Salas Superiores Especializados en lo Contencioso Administrativo, con Sub-Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros[(1)]; (ii) la -consecuente- judicialización de la tributación (por ejemplo., a nivel de la justicia ordinaria y constitucional); (iii) la discusión y resolución -en último grado y sobre el fondo de la controversia- de los temas relevantes de la agenda fiscal actual en las Cortes (ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Tribunal Constitucional); (iv) la -saludable- profundización e interiorización cada vez mayor por parte de la sociedad sobre el enfoque constitucional -frente a la legalidad ordinaria- de la tributación; (v) la -consecuente y necesaria- exigencia de redimensionamiento de los roles, reglas y límites aplicables a la funcionalidad de la tributación (por ejemplo, fiscalización, determinación, imposición de sanciones, cobro, colaboración de terceros, entre otros aspectos); (vi) el -expectante- rol y fuerza de los medios de información sobre el impacto de la tributación; y, sin lugar a dudas; y (vii) la participación activa y permanente de la Administración Tributaria[(2)], en calidad de parte demandante, en la impugnación de Resoluciones del Tribunal Fiscal en la vía del proceso contencioso administrativo.

En relación al rol activo que ha tenido y tiene la Administración Tributaria actualmente en los procesos contenciosos administrativos -en calidad de demandante en la vía judicial-, es importante advertir que este ha respondido básicamente al rol de protección y cumplimiento del deber de contribuir por parte de todos los contribuyentes (como siempre se alega en este tipo de procesos, para quienes litigamos judicialmente en materia tributaria en el día a día, más allá de la discusión concreta de los reparos o conceptos en controversia).

Nótese, a este efecto, que los alcances del deber de contribuir deben ser analizados, entendidos y aplicados en función a su configuración en cada ordenamiento jurídico (y sistema jurídico en el que se encuentra adscrito) en concreto. En otros términos, el deber de contribuir no puede ser analizado, configurado y, por tanto, exigirse su cumplimiento (por ejemplo, no solo para la producción normativa, sino también para su fase aplicativa, con motivo del ejercicio de las potestades otorgadas), en función a un poder de imperio -y consecuente estado de sujeción-, irrestricto o absoluto (Fernández, 1995, p. 31); (Escribano, 2009, p. 449 y ss.), o simplemente a una máxima general y/o moral[(3)]. Su reconocimiento y protección jurídica, entonces, es y debe ser correlato estricto de lo que establece el orden constitucional y legal de cada país. En ese sentido, se ha señalado que:

> [N]o existe, se mire como se mire, un deber de contribuir que sea algo adicional a la sujeción al ordenamiento jurídico. (…) El deber tributario de los ciudadanos no es otra cosa que el deber de sujeción a las leyes y al ordenamiento, es decir, al Derecho. El ciudadano, en esta, como en las demás materias, no tiene más que obligaciones que surgen de la Ley y del ordenamiento, y no deberes concretos nacidos de una genérica sumisión a la Administración Tributaria. Y la Administración no tiene, en esta materia como en cualquier otra, más facultades que las que proceden de la Ley y el ordenamiento, es decir, del Derecho, y que ninguna que emane, para situaciones concretas y sujetos concretos, de unas ‘‘potestades tributarias’’ de los órganos

(1) Mediante el artículo 1 de la Resolución Administrativa 206-2012-CE-PJ, publicada en el Diario Oficial EL Peruano el 27 de octubre del 2012, se dispuso la creación de: (i) los Juzgados Décimo Octavo, Décimo Noveno, Vigésimo, Vigésimo Primero, Vigésimo Segundo y Vigésimo Tercero Especializados en lo Contencioso Administrativo, con subespecialidad en temas tributarios y aduaneros; (ii) la Sexta y Sétima Salas Superiores Especializadas en lo Contencioso Administrativo, con subespecialidad en temas tributarios y aduaneros; y, (iii) el Décimo Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional, con subespecialidad en temas tributarios y aduaneros. Mediante el artículo 1 de la Resolución Administrativa 102-2013-CE-PJ, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21 de junio de 2013, se dispuso la entrada en funcionamiento de los Juzgados y Salas Especializadas en lo Contencioso Administrativo y Constitucional antes indicados, a partir del 16 de julio de 2013.

(2) Por Administración Tributaria, entiéndase legalmente, no solo el supuesto referido a la SUNAT, sino también -por ejemplo-, a las Administraciones Tributarias Locales. Para efectos del presente trabajo, empero, el análisis de la legitimidad para obrar activa de la Administración Tributaria se va a centrar en la SUNAT.

(3) Ya en el año 1776, se indicaba que “[l]os ciudadanos de cualquier Estado deben contribuir al sostenimiento del Gobierno, en cuanto sea posible, en proporción a sus respectivas aptitudes, es decir, en proporción a los ingresos que disfruten bajo la protección estatal” (Smith, 2012, p. 58).

administrativos, capaces de ser ''fuentes de facultades'' distintas de la Ley, o sea, del ordenamiento (García, 1998, pp. 104-105)[4][5].

En este contexto, en el presente artículo vamos a centrar nuestro análisis en la normativa tributaria vigente que regula la posibilidad que la Administración Tributaria cuestione judicialmente las actuaciones administrativas mediante el correspondiente proceso contencioso administrativo. Sobre esa base, vamos a establecer los alcances que, en nuestra opinión, prevé nuestra legislación actual para la legitimidad para obrar activa de la Administrativa Tributaria para impugnar Resoluciones del Tribunal Fiscal en la vía del proceso contencioso administrativo.

Para este efecto, abordaremos el tema, entre otras variables, desde un punto de vista: (i) histórico, mostrando el tratamiento normativo que ha tenido en el tiempo el régimen normativo previsto en el artículo 157 del Código Tributario vigente, en relación a la legitimidad para obrar activa de la Administrativa Tributaria, desde su inicio hasta la fecha; (ii) sistemático, en atención a la interpretación coherente que se debe establecer sobre esta materia; (iii) de la ratio legis de las normas, esto es, del fundamento de la institución jurídica y de la norma involucrada en cada aspecto; (iv) literal, en tanto que se va a referenciar los parámetros expresos que establece la normativa nacional para el control judicial de las actuaciones administrativas por la Administración Tributaria; (v) funcional, en atención a la operatividad real de la normativa tributaria involucrada en el tema materia de análisis; (vi) constitucional, situación que supone un análisis e interpretación de las normas tributarias no solo conforme a la ley, sino conforme a la prevalencia de la Constitución Política; y, lo más importante; (vii) lógico, esto es, evidenciando una estructura secuencial, estructurada y motivada de ideas que permiten llegar a una conclusión, en cada aspecto analizado, conforme a lo previsto en nuestro sistema jurídico.

Entender la normativa relativa a la legitimidad para obrar activa de la Administración Tributaria es de la mayor relevancia, porque en función al alcance material que se otorgue a la potestad administrativa para la impugnación de las Resoluciones del Tribunal Fiscal, se podrá establecer: (i) qué tipo de legitimidad para obrar activa tiene otorgada la autoridad tributaria; y, (ii) si está habilitada legalmente o no para formular pretensiones de control de legalidad, de plena jurisdicción, o ambas. Los efectos y su importancia se aprecian a la vista.

Es importante dejar constancia de que esta experiencia académica se inició, partiendo de la premisa de que en materia tributaria -en estricto, en cualquiera materia en general- la argumentación de ideas es positiva, toda vez que nos permite comprender la correspondencia de la ley al orden constitucional y social del momento, y la utilidad práctica de las instituciones jurídicas reguladas por el legislador. Reconociendo también, empero, que la argumentación jurídica genera la reacción del operador jurídico para definir a futuro una línea de cambio, el ánimo que mueve el presente trabajo es motivar el debate científico para beneficio de la sociedad.

2. Antecedentes normativos del Artículo 157 del Código Tributario vigente

En línea paralela al tratamiento normativo que ha tenido en el tiempo -a nivel constitucional y legal- el proceso contencioso-administrativo -en especial, el tema referido a la legitimidad para obrar activa-, es importante conocer que en materia tributaria desde el Primer Código Tributario (aprobado por Decreto Supremo 263-H), hasta el Código Tributario vigente siempre ha existido regulación sobre la materia. Es decir, más allá de las imprecisiones, omisiones o tratamiento antitécnico sobre la materia (por ejemplo, muchas veces producto del no reconocimiento a nivel legal del avance procesal sobre la materia), lo cierto es que el legislador nacional siempre estableció una regulación especial para la impugnación de una Resolución del Tribunal Fiscal (RTF).

Tratándose de una normativa especial, el tratamiento normativo previsto en el Primer Código Tributario[6] al Código Tributario vigente[7], se entiende que siempre debió

(4) En esa línea se encuentra el artículo 36 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el cual establece que "[t]oda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos".

(5) Al respecto, *véase* Fernández (1995, p. 35 y pp. 41-42); García (2001, p. 267); Málvarez (2001, p. 407).

(6) Al respecto, *véase* la Norma X del Título Preliminar del Primer Código Tributario; y, la Norma IX del Título Preliminar del Segundo Código Tributario (aprobado por Decreto Ley 25859), y del Tercer Código Tributario (aprobada por Decreto Legislativo 773).

(7) Código Tributario.
Norma IX: Aplicación supletoria de los principios del Derecho: En lo no previsto por este Código o en otras normas tributarias podrán aplicarse normas distintas a las tributarias siempre que no se les opongan ni las desnaturalicen. Supletoriamente se aplicarán los Principios del Derecho Tributario, o en su defecto, los Principios del Derecho Administrativo y los Principios Generales del Derecho.

y debe prevalecer sobre la regulación general que existió y existe sobre la materia[8]. Veamos a continuación el tratamiento normativo dispensado al artículo 157 del Código Tributario vigente. Esto nos permitirá advertir, a partir de una interpretación histórica, los alcances normativos del tratamiento actual relativo a la legitimidad para obrar activa por parte de la Administración Tributaria.

2.1. Acerca del texto original previsto en el Decreto Legislativo 816

Mediante Decreto Legislativo 816[9] se aprobó el Código Tributario vigente. En concreto, para fines del presente documento, en el artículo 157 del Código Tributario, ubicado en el Título IV (Procesos ante el Poder Judicial) del Libro Tercero (Procedimientos Tributarios) se reguló la "demanda contencioso-administrativa".

Como cuestión previa, es importante notar que, a diferencia de lo previsto en el segundo[10] y tercer[11] Código Tributario, el artículo 124[12] del Código Tributario vigente no consideró la demanda contencioso-administrativa como una de las etapas del procedimiento contencioso-tributario. Sin embargo, su regulación siguió incluida en el Título IV del Libro Tercero del Código Tributario, referida a los "procedimientos tributarios". Al respecto, conviene precisar que la impugnación de una RTF ante el Poder Judicial, vía la interposición de la correspondiente demanda contenciosa-administrativa, no tiene naturaleza de procedimiento administrativo (tributario). En estricto, nos encontramos ante un proceso, en específico, a un proceso de naturaleza judicial. En ese sentido, se aprecia y advierte que la denominación utilizada por el legislador en el texto original del artículo 157 del Código Tributario, referida a "Procedimiento ante el Poder Judicial", era antitécnica.

Un segundo aspecto a destacar, es que originariamente el Título IV del Libro Tercero fue denominado "demanda contencioso-administrativa ante el Poder Judicial". A la fecha, empero, se ha modificado la denominación por "procesos ante el Poder Judicial". Aun cuando su denominación actual es más precisa, por tratarse su naturaleza de un proceso judicial, la misma sigue siendo defectuosa por referir a "procesos". En el Título IV del Libro Tercero, en estricto, solo se está regulando el proceso contencioso-administrativo en materia tributaria. No se está regulando algún otro proceso judicial de distinta naturaleza.

Ahora bien, hechas las precisiones anteriores, a fin de entender el tratamiento normativo que establece el Código Tributario vigente sobre la legitimidad para obrar activa de la Administración Tributaria, es importante explicar sus modificaciones en el tiempo. Así se podrá entender, desde de un criterio interpretativo histórico, los alcances normativos de sus disposiciones legales.

---

(8) Al respecto de aplicar en forma supletoria normas distintas a las tributarias ante la falta de una regulación especial en esta materia, y siempre y cuando no sea contraria o desnaturalice la ley tributaria, *véase* sentencias de casación emitidas por la Corte Suprema de Justicia en los expedientes No. 2483-2017, 2756-2017, 3610-2018, 3859-2017, 4076-2017, 5138-2017, 5148-2017, 6271-2017, 6542-2017, 6573-2017, 13417-2017, 14350-2017, 15924-2017, 17656-2016, 18194-2017, 26901-2017, 7678-2017, 13201-2016, 12246-2017, 7307-2017, 12361-2017, entre otras.

(9) Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 21 de abril de 1996, entrando en vigencia a partir del día siguiente de su publicación. Mediante Decreto Supremo 133-2013-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 22 de junio de 2013, se aprobó el Texto Único Ordenado vigente del Código Tributario.

(10) Decreto Ley 25859.
Artículo 124: Son etapas del procedimiento contencioso:
a) Las reclamaciones antes la Administración Tributaria.
b) La apelación ante el Tribunal Fiscal.
c) La revisión ante el Poder Judicial.
(…).

(11) Decreto Legislativo 773.
Artículo 124: Son etapas del procedimiento contencioso:
a) Las reclamaciones antes la Administración Tributaria.
b) La apelación ante el Tribunal Fiscal.
c) La revisión ante el Poder Judicial.
(…).

(12) Código Tributario.
Artículo 124: ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-TRIBUTARIO
Son etapas del Procedimiento Contencioso-Tributario:
a) La reclamación ante la Administración Tributaria.
b) La apelación ante el Tribunal Fiscal.
(…).

Así, el texto original del artículo 157 y siguientes del Código Tributario establecieron expresamente lo siguiente:

> Artículo 157: DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.
>
> Contra lo resuelto por el Tribunal Fiscal podrá interponerse demanda contencioso-administrativa, la misma que se regirá por las normas contenidas en el presente Título.
>
> La demanda podrá ser presentada por la Administración Tributaria o por el deudor tributario ante el Tribunal Fiscal, dentro del término de quince (15) días hábiles computados a partir del día siguiente de efectuada la notificación certificada de la resolución al deudor tributario, debiendo tener peticiones concretas. Su presentación no interrumpe la ejecución de los actos o resoluciones de la Administración Tributaria (énfasis agregado).
>
> El Tribunal Fiscal, en caso que el demandante cumpla con los requisitos de admisibilidad establecidos en el presente Título, elevará el expediente a la Sala competente de la Corte Suprema dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de la interposición de la demanda. De no cumplirse con los requisitos de admisibilidad señalados, el Tribunal Fiscal declarará inadmisible la demanda.
>
> Artículo 158.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD - DEUDOR TRIBUTARIO
>
> Para la admisión de la demanda contencioso-administrativa presentada por el deudor tributario, será indispensable que acredite el pago de la deuda tributaria o presente carta fianza bancaria por el monto de la misma, además de la constancia de la fecha de notificación certificada de la resolución materia de impugnación.
>
> Cuando se presente carta fianza bancaria, podrá solicitarse a la Administración Tributaria la suspensión de la cobranza por el plazo de la misma, debiendo renovarse la carta fianza bancaria cada seis (6) meses hasta por el monto de la deuda tributaria, debidamente actualizada a la fecha de la renovación.
>
> Artículo 159: DEFENSA DE LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA:
>
> La Administración Tributaria a través de los representantes designados por la misma, defenderá los intereses relacionados con los tributos que administra.
>
> Artículo 160: INFORME ORAL Y ALEGATOS:
>
> Los interesados podrán solicitar el uso de la palabra y presentar su alegato escrito dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de recepción del recurso por la Sala competente de la Corte Suprema.
>
> Quién represente los intereses del acreedor tributario podrá hacerlo dentro del mismo término, computado desde que se le notificó la presentación de la demanda contencioso-administrativa.
>
> Artículo 161: PLAZO PARA RESOLVER:
>
> La Sala competente de la Corte Suprema expedirá resolución en el término de sesenta (60) días hábiles, computados desde el vencimiento del término previsto en el artículo anterior" (énfasis agregado).

A partir de la regulación prevista en el artículo 157 y siguientes del Código Tributario vigente, se advierte lo siguiente:

(i) Era posible interponer demanda contenciosa-administrativa con motivo de lo resuelto por el TF, conforme a las normas del Título IV del Código Tributario.

Esta disposición no estableció, originalmente y en forma expresa, la aplicación supletoria de algún cuerpo normativo procesal. Fue necesario en su oportunidad[13] establecer la remisión expresa al Código Procesal Civil, vigente en ese momento[14], para regularizar la operatividad de la impugnación de una RTF en la vía judicial. Nótese, empero, a modo referencial, que esta aplicación supletoria del Código Procesal Civil suponía aplicar las reglas de este proceso a la impugnación de una RTF, las mismas que son de naturaleza distinta para el fin del proceso contencioso administrativo (Priori, 2002, p. 63), en especial tratándose de casos en los que se involucra materia tributaria (por ejemplo., principios aplicables al proceso civil frente al proceso contencioso administrativo, como podría ser el caso del principio de verdad material) (Dromi, 1999, p. 128).

(ii) Era necesario, conforme a lo previsto en el Código Procesal Civil[15], que la RTF haya

(13) Mediante la Ley 27038, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de diciembre de 1998, entrando en vigencia al día siguiente de su publicación, se modificó diversas disposiciones del Código Tributario. En concreto, mediante la Cuarta Disposición Final de la Ley 27038, se precisó que "(…) la demanda contencioso-administrativa contra lo resuelto por el Tribunal Fiscal, es tramitada conforme a lo establecido en el Código Tributario y en lo no previsto en éste, es de aplicación supletoria lo establecido en el Código Procesal Civil". Asimismo, mediante la Quinta Disposición Final de la Ley 27038, se incorporó un último párrafo del artículo 542 del Código Procesal Civil, mediante el cual se dispuso que "[t]ratándose de la impugnación de resoluciones emanadas del Tribunal Fiscal, se aplicará el procedimiento establecido en el Código Tributario".

(14) El 2 de agosto de 1993 entró en vigencia el Código Procesal Civil. Conforme a lo previsto en el numeral 6 del artículo 486 este cuerpo legal, la impugnación de una resolución administrativa se seguía en la vía del proceso abreviado.

(15) El numeral 1 y 2 del artículo 541 del Código Procesal Civil establecían que constituyen requisitos de admisibilidad de la demanda, que la impugnación "[s]e refiera a un acto o resolución que cause estado" y que "[e]l acto o la resolución se hayan impugnado en la vía administrativa, agotando los recursos previstos en las leyes respectivas". En estricto, empero, se tratan de requisitos de procedencia de la demanda.

causado estado[16] y que se hayan agotado los recursos previstos en las leyes respectivas.

Como regla general, esto supone que se haya interpuesto el correspondiente: (i) recurso de reclamación, ante la Administración Tributaria (generando la emisión de la Resolución de Intendencia que resuelve el caso); y, (ii) recurso de apelación, ante la Administración Tributaria, el cual es elevado al Tribunal Fiscal (generando la emisión de la RTF del caso). Asimismo, es esta RTF, la que debe establecer un criterio o pronunciamiento en la vía administrativa que afecte la situación jurídica del titular del derecho material (en forma definitiva en caso no sea cuestionado), la que podrá ser impugnada en la vía judicial correspondiente[17].

(iii) La legitimidad para obrar activa para interponer la demanda contenciosa administrativa fue prevista para la Administración Tributaria y el deudor tributario.

Esta referencia expresa es importante, por ejemplo, porque en el artículo 138 del Primer Código Tributario[18] solo se hacía referencia a los "interesados que no se conformen con las resoluciones del Tribunal Fiscal, podrán impugnarlas interponiendo demanda judicial (…)". Es decir, el legislador cuidó de establecer una habilitación específica y expresa para que la Administración Tributaria pueda impugnar una RTF en la vía judicial.

(iv) Aun cuando se establecía que la Administración Tributaria podía impugnar una RTF en la vía judicial, se advierte que la legitimidad para obrar activa de esta entidad no era naturaleza ordinaria.

Según su más difundida noción, se entiende que la legitimidad para obrar es la aptitud para ser parte en un proceso en concreto (Gonzáles, 2001, p. 174). Existen diversas clasificaciones sobre la legitimidad para obrar en función a diversos factores. Para efectos del presente trabajo, se entiende que la legitimidad para obrar activa es de naturaleza ordinaria, cuando se debe reconocer en la relación procesal a quien afirma ser titular de la relación material involucrada (Monroy, 2004, p. 232). Por su parte, es de naturaleza extraordinaria, cuando se establece por mandato de la ley la posibilidad que determinada persona o entidad inicie un proceso judicial, aun cuando no sean titulares de la relación material involucrada[19].

En nuestra legislación tributaria, es importante conocer que: (i) el acreedor tributario es el titular en favor del cual se cumple la prestación tributaria[20]; y, (ii) la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), como su propia denominación lo indica, es una entidad administradora de los tributos internos y arancelarios[21]. En ese sentido, la Administración Tributaria -en tanto no es el acreedor tributario-, no es titular de la relación material involucrada. Por tanto, consideramos que la Administración Tributaria no tenía propia y técnicamente legitimidad para obrar activa ordinaria. Ante ello, se ha señalado que:

---

(16) Sobre el agotamiento de la vía administrativa tributaria, ha existido y existe mucha discusión hasta la fecha en la vía judicial sobre el tema. En muchos casos, por: (i) el alcance de la noción "causar estado"; y, (ii) la técnica resolutiva empleada por la emisión de las resoluciones del Tribunal Fiscal (por ejemplo, resoluciones que disponen, "revocar, debiendo la Administración Tributaria proceder conforme a lo indicado en la presente resolución"). Esto generó y ha generado mucha litigiosidad por la declaración de improcedencia de las demandas contencioso-administrativas interpuestas, tanto por los deudores tributarios como por la propia Administración Tributaria. En el tiempo, las Salas Especializadas en lo Contencioso Administrativo Tributario y la propia Corte Suprema de Justicia se han encargado de fijar criterios sobre la materia. En tal sentido, *véase* sentencias de casación emitidas por la Corte Suprema de Justicia en los expedientes 6733-2013-LIMA, 366-2016-LIMA, 3605-2008-LIMA, entre otras.

(17) En relación a la exigencia de "causar estado", *véase* Danós, J. (2000). El proceso contencioso administrativo en materia tributaria. *Themis. Revista de Derecho, 41*, pp. 87 y ss.

(18) Artículo 138:
Los interesados que no se conformen con las resoluciones del Tribunal Fiscal, podrán impugnarlas interponiendo demanda judicial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 y 184 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(19) Por legitimidad para obrar activa extraordinaria, nos encontramos en el supuesto referido a la "(…) permisión legal expresa a determinados personas a iniciar un proceso, a pesar de no ser titulares de las situaciones jurídicas subjetivas que se llevan a él (…)" (Priori, 2002, p. 176).

(20) Artículo 4: ACREEDOR TRIBUTARIO:
Acreedor tributario es aquél en favor del cual debe realizarse la prestación tributaria.
El Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales, son acreedores de la obligación tributaria, así como las entidades de derecho público con personería jurídica propia, cuando la ley les asigne esa calidad expresamente.

(21) Artículo 50: COMPETENCIA DE LA SUNAT:
La SUNAT es competente para la administración de tributos internos y de los derechos arancelarios, así como para la realización de las actuaciones y procedimientos que corresponda llevar a cabo a efecto de prestar y solicitar la asistencia administrativa mutua en materia tributaria.

(…) el titular de la situación jurídica sustancial tiene legitimidad para obrar activa (Ley 27584, art. 11), lo cual, a nuestro modo de ver, implica que solo el contribuyente o responsable tiene potestad para iniciar la demanda contenciosa administrativa, más no así el órgano administrador del tributo, porque éste no es titular de la situación jurídica sustantiva sino el acreedor tributario (Robles *et al.,* 2009, p. 589).

Su legitimidad para obrar activa, prevista en el artículo 157 del Código Tributario, entonces, se debía entender de naturaleza extraordinaria. Es decir, sujeta a los alcances de la autorización legal expresa prevista para tal efecto. En esa línea se encontraba lo previsto. Primero, el artículo 159 del Código Tributario, el cual disponía que la Administración Tributaria "(…) defenderá los intereses relacionados con los tributos que administra"; y, segundo, el artículo 160 del Código Tributario, el cual disponía que "quien represente los intereses el acreedor tributario" podrá solicitar el uso de la palabra y presentar alegatos. Ambas disposiciones, como se aprecia, resaltaban la naturaleza de ente administrador de la Administración Tributaria.

(v) La impugnación de una RTF en la vía judicial era una de mero control de legalidad

En atención a que la legitimidad para obrar activa de la Administración Tributaria, como se ha explicado en el punto previo, era de naturaleza extraordinaria, la posibilidad de impugnar una RTF estaba sujeto a lo previsto específica y expresamente en la ley de autorización.

Esta premisa es de la mayor relevancia, porque supone que solo y únicamente en los supuestos de habilitación legal es posible que la Administración Tributaria pueda impugnar válidamente una RTF en la vía judicial correspondiente. En concreto, toda vez que se trata de supuestos de excepción a la regla general (esto es, se parte de la premisa de que la Administración Tributaria no tiene legitimidad para obrar activa ordinaria), es correcto señalar que los mismos deben interpretarse en forma restrictiva, no pudiendo extenderse o crearse supuestos no previstos por ley[22]. Frente a una posible duda sobre la interpretación de los alcances de la ley habilitante de la legitimidad para obrar activa extraordinaria de la Administración Tributaria, la conclusión debería ser que el supuesto no está regulado o, de ser el caso, que excede los alcances del mismo.

Establecido lo anterior, es importante notar que en el texto original del artículo 157 del Código Tributario, no se estableció expresamente -entre otros aspectos-, en forma directa y específica las causales concretas por las cuales era posible legalmente que la Administración Tributaria pueda impugnar una RTF. En ese sentido, como también se ha explicado, era de aplicación supletoria el artículo 540[23] del Código Procesal Civil. Esta disposición establecía que la impugnación del acto o resolución administrativa estaba prevista para que se declare su invalidez o ineficacia.

Sobre esa base de ideas, se podía concluir válidamente que, en el supuesto previsto para la legitimidad para obrar activa de la Administración Tributaria, la misma que tenía naturaleza extraordinaria (ejemplo, solo por ley, en forma excepcional y restringida), la pretensión que se podía formular en las correspondientes demandas contenciosas administrativas era de naturaleza meramente nulificante (control de legalidad)[24]. No era posible formular y obtener pronunciamientos de plena jurisdicción, como podría haberse alegado partiendo de una interpretación para un supuesto de legitimidad para obrar activa ordinaria[25].

(vi) La demanda contenciosa administrativa debía contener peticiones concretas

(22) Adviértase que el Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil establece que "[l]a ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía" (el subrayado es agregado nuestro). En el mismo sentido se encuentra el (actual) segundo párrafo de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, el cual dispone que "[e]n vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley".

(23) Artículo 540: Procedencia:
La demanda contencioso administrativa se interpone contra acto o resolución de la administración a fin que se declare su invalidez o ineficacia.

(24) Se ha señalado que la pretensión de control de legalidad "(…) solamente otorgaba un carácter puramente declarativo a las sentencias estimatorias; y que además, no contempla la posibilidad de extraer de la anulación declarada las consecuencias que realmente interesan al recurrente que ha ganado el proceso (…)" [Espinosa-Saldaña, E. (2003). El nuevo proceso contencioso administrativo peruano: ¿Principio del fin de nuestro amparo alternativo?. *Jurisdicción constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso* (p. 257). Ara Editores].

(25) Al respecto, *véase* Espinosa-Saldaña, E. (2003). El nuevo proceso contencioso administrativo peruano: ¿Principio del fin de nuestro amparo alternativo?. *Jurisdicción constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso* (pp. 244-245). Ara Editores.

La exigencia de formular peticiones concretas se entiende que constituye un presupuesto procesal, específicamente un requisito formal de la demanda, que responde a la necesidad que el órgano resolutor y el demandado tengan claridad, entre otros aspectos, sobre: ¿qué se demanda?, ¿por qué se demanda?[26]. Esto, en atención a que la oscuridad o ambigüedad en la forma de proponer las pretensiones en la demanda, genera, básicamente, un doble efecto: (i) por un lado, no permite tener claridad sobre los alcances de lo pretendido por el demandante, generación afectación al derecho de contradicción efectiva del demandado; y, (ii) por otro lado, no permite al juez tener claridad sobre las pretensiones y alcance de las mismas sobre las que debe emitir pronunciamiento jurisdiccional.

(vii) No era posible la impugnación de la RTF que haya establecido jurisprudencia de observancia obligatoria

Conforme a lo previsto en el último párrafo del artículo 154 del Código Tributario, modificado por la Ley 27308[27], la Administración Tributaria no podía interponer demanda contenciosa administrativa en los casos que el Tribunal Fiscal haya emitido una resolución que establezca jurisprudencia de observancia obligatoria[28]. Esta prohibición legal expresa se encuentra vigente hasta el día de hoy en el artículo 154 del Código Tributario.

(viii) El plazo para demandar, al igual que lo previsto en su momento en el Segundo y Tercer Código Tributario, es de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de la RTF al deudor tributario[29].

Esto, probablemente, partiendo del entendimiento del legislador que la impugnación de una RTF ante el Poder Judicial era un procedimiento administrativo tributario adicional a seguir.

(ix) La interposición de la demanda contenciosa administrativa no interrumpe la ejecución de los actos o resoluciones de la Administración Tributaria.

Es decir, se reconoce la vigencia del principio de ejecutoriedad del acto administrativo, en este caso, de naturaleza tributaria. Su no ejecución, por tanto, solo era posible -como regla general-, mediante la obtención de la correspondiente medida cautelar.

(x) La demanda contenciosa-administrativa tributaria se presenta ante el propio Tribunal Fiscal, quien deberá elevar el expediente ante la Corte Suprema[30], previo cumplimiento de los requisitos correspondientes.

La disposición en mención establecía a nivel artículo 157 del Código Tributario la competencia funcional de primera instancia para conocer los procesos contenciosos administrativos. Sin embargo, como fue corregido en el tiempo, este tema debería ser dejado en forma directa a la regulación procesal, para facilitar la operatividad y funcionalidad de los procesos judiciales.

(xi) Para la admisión a trámite de la demanda, uno de los supuestos previstos era el pago de la deuda tributaria.

A diferencia de lo que ocurría con el Primer Código Tributario[31], en el que se

(26) Sobre los requisitos formales de la demanda, *véase* Monroy, J. (2017) *Temas de Derecho Procesal* (Tomo 2) (pp. 49-50). Communitas.

(27) Artículo 154: JURISPRUDENCIA DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA:
(…) En los casos de resoluciones que establezcan jurisprudencia obligatoria, la Administración Tributaria no podrá interponer demanda contencioso-administrativa.

(28) El primer párrafo del texto original del artículo 154 del Código Tributario establecía que constituía resolución de observancia obligatoria las resoluciones del Tribunal Fiscal que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de las normas tributarias. En el tiempo, producto de las modificaciones producidas por la Ley 27308, por el Decreto Legislativo 1113 y por la Ley 30264, el primer párrafo del artículo 154 del Código Tributario establece al día de hoy que constituyen resoluciones de observancia obligatoria: (i) resoluciones del Tribunal Fiscal que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de las normas tributarias; (ii) las emitidas en virtud del Artículo 102 del Código Tributario (por ejemplo, aplicación de la norma de mayor jerarquía); (iii) las emitidas en virtud a un criterio recurrente de las Salas Especializadas; y, (iv) las emitidas por los Resolutores - Secretarios de Atención de Quejas por asuntos materia de su competencia.

(29) El segundo párrafo del artículo 138 del Código Tributario establecía que "[e]l término para interponer esta demanda será de seis meses contados desde la fecha de la notificación de la resolución del Tribunal Fiscal".

(30) El segundo párrafo del artículo 542 del Código Procesal Civil, establecía que "[c]uando la impugnación se refiere a Resolución Suprema, o resoluciones emanadas de las asambleas regionales, del Banco Central de Reserva, de la Superintendencia de Banca y Seguros, de la Contraloría General de la República, del Tribunal Fiscal, Tribunal de Aduanas o de los órganos de gestión de la Corte Suprema, es competente en primera instancia la Sala especializada de la Corte Suprema".

(31) Artículo 139: Para la admisión de la demanda será requisito indispensable la presentación del comprobante de pago del tributo y la constancia de la fecha de la notificación de la resolución del Tribunal Fiscal materia de la impugnación.

establecía como requisito únicamente el pago del tributo, en el texto en comentario se establece que corresponde el pago de la deuda tributaria (por ejemplo, tributo, multa y los intereses correspondientes). No obstante lo anterior, se advierte que se presentaba la aplicación del principio del solve et repete[32][33], situación proscrita en nuestro ordenamiento jurídico[34].

Como se puede apreciar de la regulación prevista en el texto original de los artículos 157 al 161 del Código Tributario, la Administración Tributaria -en tanto no es el acreedor tributario-, no tenía legitimidad para obrar activa ordinaria. Su legitimidad para obrar activa, se debía entender de naturaleza extraordinaria. Asimismo, considerando que era de aplicación supletoria el Código Procesal Civil, se entendía que las pretensiones que se podían formular en las correspondientes demandas contenciosas administrativas eran de naturaleza meramente declarativas de nulidad (control de legalidad), no siendo posible obtener pronunciamientos de plena jurisdicción.

2.2. Acerca de la derogación prevista por la Primera Disposición Derogatoria de la LPCA

El texto original de los artículos 157 al 161 del Código Tributario estuvieron vigentes entre el 22 de abril de 1996 hasta el 16 de abril de 2002. Esto se debe a que estas disposiciones fueron derogadas por el numeral 3 de la Primera Disposición Derogatoria de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, aprobada por Ley 27584, cuyo Texto Único Ordenado vigente fue aprobado por Decreto Supremo 011-2019-JUS (en adelante, "LPCA"), cuerpo legal que entró en vigencia el 15 de abril de 2002[35][36].

En ese sentido, entre el 17 de abril de 2002 y el 5 de febrero de 2004 (por ejemplo, aproximadamente, 2 años, producto de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 953, según se explica en el punto siguiente), la impugnación de una RTF se encontró regulada en forma directa -y no supletoria- por lo previsto en la LPCA.

La entrada en vigencia de la LPCA, con la consecuente derogación normativa de la materia prevista en el Código Tributario, fue y es de la mayor relevancia en nuestra legislación procesal, porque supuso un cambio en la concepción del proceso contencioso administrativo.

Así, se pasaba formalmente de un proceso contencioso administrativo de mero control de legalidad de las actuaciones administrativas (esto es, por ejemplo, una RTF), como así se entendió el proceso seguido conforme a las normas previstas en su momento en el Código Procesal Civil, a uno que permite dar tutela efectiva a los demandantes, a través del pronunciamiento sobre las pretensiones de plena jurisdicción (Espinosa-Saldaña, 2003, p. 254); (Priori, 2002, p. 65).

Ahora bien, para establecer los alcances de la legitimidad para obrar activa de la Administración Tributaria, es importante

(32) En relación a una legislación similar, mediante sentencia emitida en el expediente No. 3548-2003-AA/TC, el TC estableció que "(…) atendiendo a que la demanda contencioso-administrativa fue declarada inadmisible, tras no haberse satisfecho los requisitos que contempla el artículo 158° del Código Tributario, el Tribunal Constitucional considera que se ha acreditado la lesión del derecho de acceso de justicia" (Tribunal Constitucional, 2004, F.J. 7). A este efecto, el literal b) del artículo 158 del Código Tributario vigente, antes de la modificación realizada por el Decreto Legislativo 953, establecía que [p]ara la admisión de la demanda contencioso-administrativa, será indispensable:
(…) b) Acreditar el pago de la deuda tributaria actualizada a la fecha de la interposición de la demanda contencioso-administrativa o presentar carta fianza bancaria o financiera por el monto de la deuda actualizada hasta por seis meses posteriores a la fecha de interposición de la demanda. La referida carta fianza debe otorgarse por un periodo de seis meses, renovarse por periodos similares dentro del plazo que señale la administración y hasta por el monto de la deuda tributaria, debidamente actualizada a la fecha de la renovación.

(33) El artículo 158 del Código Tributario, modificado por el Decreto Legislativo 953, eliminó la exigencia prevista en el literal b) original. Sobre esa base, por ejemplo, se consideró que la normativa tributaria no establecía la aplicación del principio del solve et repete para la interposición de demandas en la vía judicial. Al respecto, *véase* sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 3252-2005-PA/TC.

(34) En tal sentido, *véase* sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 3741-2004-AA/TC, y su aclaración emitida en la sentencia del Expediente No. 4242-2006-PA/TC; así como Giuliani, C. (2003). *Derecho Financiero* (9.ª ed., vol. II) (p. 682). Editorial La Ley.

(35) LA LPCA fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de diciembre de 2001. Sin embargo, mediante la Tercera Disposición Final de la LPCA, se dispuso que su entrada en vigencia fuera efectiva a los 30 días naturales siguientes a su publicación. Mediante Decreto de Urgencia 136-2001, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 21 de diciembre de 2001, se difirió en 180 días el plazo de entrada en vigencia de la LPCA. Por Ley 27684, publicada en el Diario Oficial el 16 de marzo de 2002, se derogó el Decreto de Urgencia 136-2001, disponiendo la entrada en vigencia de la LPCA a los 30 días posteriores de la publicación de su publicación.

(36) Similar situación ocurrió con los artículos 540 al 545 del Código Procesal Civil, disposiciones que fueron derogadas por el numeral 1 de la Primera Disposición Derogatoria de la LPCA.

advertir que el artículo 11 (ahora 13) de la LPCA[37] establecía que la misma le correspondía: (i) al titular de la situación jurídica sustancial (primer párrafo); y, (ii) también a las entidades públicas, siempre que hayan sido autorizadas por ley, sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos (segundo párrafo). Conforme a esta disposición, en nuestra opinión, la Administración Tributaria no contaba con la legitimidad para obrar activa prevista en el primero párrafo del artículo 11 (ahora 13) de la LPCA, toda vez que esta solo estaba autorizada para el "titular de la situación jurídica sustancial".

Este no es el caso de la Administración Tributaria, como se ha explicado en líneas previas, porque: (i) es el acreedor tributario el titular en favor del cual se cumple la prestación tributaria; y, (ii) la SUNAT solo es la entidad administradora de los tributos internos y arancelarios.

En relación al supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 11 (ahora 13 de la LPCA), se entiende que éste está referido al proceso contencioso especial de lesividad (Espinosa-Saldaña, 2003, p. 254); (Priori, 2002, p. 168); (Morón, 2015, pp. 226-227); (Huapaya, 2006, pp. 890-891). Es decir, nos encontramos ante el supuesto de un proceso judicial en el que la entidad pública que pretende la nulidad de un acto administrativo ha sido la misma autora de la emisión de dicho acto. En ese sentido, se ha señalado que

> (…) muchos entienden que bajo el proceso de agravio se deben canalizar todas las demandas contencioso-administrativas que sean formuladas por la Administración Pública. En ese sentido, es preciso puntualizar, que dicha afirmación es falsa y carente de todo fundamento, toda vez que la legitimación activa prevista en la norma antes referida, se reduce única y exclusivamente a los supuestos en los cuales una entidad pública pretende demandar la nulidad de un acto propio (expreso o presunto) por vencimiento de los plazos previstos para la declaración administrativa de nulidad de oficio previstos en el artículo 202º de la LPAG. Es decir, no hay que confundir el proceso de agravio, con toda situación en la cual la Administración Pública aparezca como demandante en un proceso contencioso-administrativo (Huapaya, 2010, p. 96).

Para ello, según el texto en mención, se debe acreditar: (i) cuál es el agravio a la legalidad administrativa y al interés público (esto es, no basta la afectación a la mera legalidad) (Morón, 2015 p. 232); y, (ii) que haya vencido el plazo para que la entidad administrativa pueda haber declarado nulo de oficio el acto administrativo impugnado.

Este no es el supuesto que se presenta cuando la Administración Tributaria impugna una RTF (acto administrativo emitido por el Tribunal Fiscal, entidad distinta de la autoridad tributaria), en la vía del proceso contencioso administrativo. Por tanto, en el período vigente entre el 17 de abril de 2002 y el 5 de febrero de 2004, la Administración Tributaria no podía alegar válidamente la aplicación del primer o segundo párrafo del artículo 11 (ahora 13) de la LPCA, para impugnar una RTF en la vía judicial.

2.3. Acerca de la modificación prevista por el Decreto Legislativo 953

El 5 de febrero de 2004, fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo 953[38], mediante el cual se realizaron diversas modificaciones al Código Tributario.

En concreto, mediante el artículo 76 del Decreto Legislativo 953, se incorporó nuevamente el artículo 157 del Código Tributario, en los siguientes términos:

> Artículo 157: DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA:
>
> La resolución del Tribunal Fiscal agota la vía administrativa. Dicha resolución podrá impugnarse mediante el Proceso Contencioso Administrativo el cual se regirá por las normas contenidas en el presente Código y supletoriamente por la Ley Nº 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.
>
> La demanda podrá ser presentada por la Administración Tributaria, previa autorización del Ministro de Economía y Finanzas tratándose de SUNAT, o por el deudor tributario ante la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva, dentro del término de tres (3) meses computados, para cada uno de los sujetos antes mencionados a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la resolución debiendo tener peticiones concretas.
>
> La presentación de la demanda no interrumpe la ejecución de los actos o resoluciones de la Administración Tributaria" [énfasis agregado].

(37) Artículo 13.- Legitimidad para obrar activa
Tiene legitimidad para obrar activa quien afirme ser titular de la situación jurídica sustancial protegida que haya sido o esté siendo vulnerada por la actuación administrativa impugnable materia del proceso.
También tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos; previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa.

(38) Conforme al artículo 101 del Decreto Legislativo 953, este cuerpo legal entró en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, esto es, el 6 de febrero de 2004.

Según se puede advertir, el tratamiento previsto en el artículo 157 y demás pertinentes del Código Tributario, vigente a esa fecha, para la impugnación de una RTF, partía por considerar que: (i) la RTF agota la vía administrativa tributaria[39]; (ii) la RTF se podía impugnar en un proceso contencioso-administrativo, conforme a lo previsto en el Código Tributario y, en forma supletoria, por las leyes vigentes de la LPCA; (iii) la Administración Tributaria podía impugnar una RTF, previa autorización del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF); (iv) existía un plazo de tres (3) meses para interponer la demanda, contados a partir del día siguiente de realizada la notificación de la RTF; (v) la demanda contencioso-administrativa tributaria debía tener peticiones concretas; (vi) la Administración Tributaria no podía impugnar judicialmente una RTF que haya establecido jurisprudencia de observancia obligatoria; (vii) la competencia funcional le correspondía a la Sala Contenciosa Administrativa de la Corte Superior respectiva; y, (viii) la interposición de la demanda contencioso administrativa-tributaria no interrumpía la ejecución de los actos o resoluciones de la Administración Tributaria.

Especial relevancia, para efectos del presente trabajo, es entender la racionalidad de la sujeción legal expresa de la Administración Tributaria a la autorización previa del MEF para la interposición de una demanda contenciosa-administrativa tributaria, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 157 del Código Tributario, según modificación prevista por el Decreto Legislativo 953.

Al respecto, ya hemos señalado en líneas previas que en nuestra legislación tributaria: (i) el acreedor tributario es el titular en favor del cual se cumple la prestación tributaria; y, (ii) la SUNAT, como su propia denominación lo indica, es una entidad administradora de los tributos internos y arancelarios. En ese sentido, en atención a que: (i) la SUNAT es una entidad que se encuentra adscrita al MEF; y, (ii) el Tribunal Fiscal es un órgano resolutivo del MEF, el cual resuelve en última instancia las controversias entre la autoridad tributaria y los deudores tributarios; entonces, (iii) sería el MEF, como órgano superior jerárquico e integrante del Gobierno Central, quien tendría legitimidad para obrar activa ordinaria (Robles *et al.,* 2009, p. 789). Es decir, la Administración Tributaria -en tanto no es el acreedor tributario-, no tenía propia y técnicamente legitimidad para obrar activa ordinaria. Su legitimidad para obrar activa, prevista en el artículo 157 del Código Tributario, modificado por el Decreto Legislativo 953, se debía seguir considerando de naturaleza extraordinaria.

Precisamente, en línea de lo señalado en el punto 3 anterior, el 4 de marzo de 2004 fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo 035-2004-EF. Mediante esta disposición, se establecieron criterios para que el MEF pueda autorizar a la SUNAT a impugnar resoluciones del Tribunal Fiscal en la vía del proceso contencioso-administrativo tributario. En concreto, mediante el Decreto Supremo 035-2004-EF se estableció que la autoridad tributaria podrá interponer demanda contenciosa-administrativa con motivo de la notificación de una RTF, siempre que, en primer lugar, la solicitud de autorización previa al MEF deberá ser presentada en un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días calendario contados desde la notificación de la RTF; en segundo lugar, a la solicitud se le deberá adjuntar un informe legal de sustento emitido por la Intendencia Nacional Jurídica de la SUNAT; en tercer lugar, la solicitud genere un informe favorable de la Defensoría del Contribuyente y del Usuario Aduanero del MEF; en cuarto lugar, la pretensión de la demanda contenciosa-administrativa se encuentra sustentada en los supuestos previstos en su artículo 3. Es necesario resaltar que la impugnación de una RTF en el proceso contencioso-administrativo tributario solo se podía producir en los tres (3) supuestos previstos en el artículo 3 del Decreto Supremo 035-2004-EF.

Más allá del cuestionamiento que podía haber existido en relación al cumplimiento del principio de reserva de ley, su interpretación, por la naturaleza de la actuación de la legitimidad para obrar activa de la Administración Tributaria, por tanto, debía ser interpretada en forma restrictiva y excepcional. Los supuestos previstos en los numerales 1 al 3 del artículo 3 del Decreto Supremo 035-2004-EF, que podían ser alegados y justificados por la Administración Tributaria, previa autorización del MEF, como supuestos habilitantes para interponer una demanda contenciosa-administrativa tributaria, fueron los siguientes:

(i) Existe un error de forma o de fondo en la RTF, el cual no pueda impugnarse por una vía procesal establecida en las normas vigentes.

(39) Nótese que el tema referido al agotamiento de la vía administrativa y si lo resuelto ha causado estado, existen diversos aspectos en discusión. Uno de ellos, es la posibilidad que se pueda impugnar en la vía del proceso contencioso administrativo una RTF emitida en un procedimiento de queja. Sobre este tema, existe diversa jurisprudencia de la Corte Suprema. Al respecto, por ejemplo, *véase* la Sentencia de Casación No. 4843-2012-LIMA, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9 de noviembre de 2020.

El supuesto previsto en el numeral 1 del artículo 3 del Decreto Supremo 035-2004-EF, tiene dos (2) premisas para habilitar a la Administración Tributaria, previa autorización del MEF, para impugnar una RTF en la vía del proceso contencioso administrativo: (i) que la RTF haya incurrido en un error de forma o de fondo; y, (ii) que ese error de forma o de fondo no pueda ser corregido por otra vía procesal, distinta al proceso contencioso administrativo.

En relación a la primera premisa, se advierte que se trata de un supuesto en el que la Administración Tributaria tiene una apreciación distinta ("error") del criterio interpretativo establecido por el Tribunal Fiscal en una RTF. Esta situación, empero, no responde a la naturaleza del proceso contencioso administrativo, incluso en su vertiente de mero control de legalidad. Más aún, una interpretación en ese sentido no es acorde con una legitimidad para obrar activa extraordinaria, la cual está sujeta a la previsión de causales específicas y taxativas. Esto se hace más evidente, tratándose de errores de forma, los cuales podrían ser corregidos con la correspondiente solicitud de corrección, conforme a lo previsto en el artículo 153 del Código Tributario[40]. Por tanto, una demanda con una pretensión basada en este supuesto debía ser declarada -técnicamente- improcedente.

En relación a la segunda premisa, nótese que era necesario que este error (de forma o fondo), no podía ser corregido mediante otra vía procesal prevista en la normativa durante su vigencia. Entendemos que se trataría, por tratarse de un supuesto de impugnación, por ejemplo, del proceso de lesividad. Siendo ello así, si era posible formalmente "corregir" el error de forma o fondo por una vía procesal, se tenía que seguir la misma, no siendo posible entonces que la autoridad tributaria pueda interponer válidamente una demanda contenciosa-administrativa.

(ii) Se trata de un tema distinto a la mera interpretación de las normas, de procedimientos o de pruebas sobre las cuales SUNAT en la etapa de la reclamación tuvo una opinión distinta al Tribunal Fiscal.

El supuesto previsto en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto Supremo 035-2004-EF, tiene dos (2) premisas para habilitar a la Administración Tributaria, previa autorización del MEF, para impugnar una RTF en la vía del proceso contencioso administrativo: primero, que la pretensión impugnatoria de la RTF no debe estar sustentada en un tema de mera interpretación de las normas, de los procedimientos o de las pruebas; y, segundo, en estricto, siguiendo el orden de lo que ocurre en un procedimiento contencioso administrativo tributario, que el Tribunal Fiscal haya tenido una apreciación distinta de la posición de la SUNAT en etapa de reclamación sobre la interpretación.

En relación a la primera premisa, en nuestra opinión, esta causal debe ser interpretada como parámetro de habilitación general para impugnar una RTF en la vía del proceso contencioso administrativo. Es decir, nos encontramos ante una causal de exclusión, esto es, se regula que aspectos no pueden ser materia de impugnación de una RTF: solo si nos encontramos ante temas distintos a la interpretación de normas, procedimientos o pruebas, será posible demandar. Su ámbito de exclusión es amplio. Precisamente por ello, esta causal debía servir, a su vez, de parámetro de interpretación de las otras dos (2) causales previstas por el Decreto Supremo 035-2004-EF. Una interpretación distinta no sería posible, porque supondría un tratamiento contradictorio e incoherente.

Asimismo, en relación a la segunda premisa, es importante notar que el alcance de esta causal comprendía la interpretación de las normas, procedimientos o pruebas sobre las cuales la autoridad tributaria fijó una posición en la etapa de reclamación. Esta precisión es de la mayor relevancia, porque no es posible que la autoridad tributaria pueda alegar con motivo de la fundamentación de la pretensión impugnatoria de una RTF, un tema distinto al que sirvió de base para la correspondiente determinación de la obligación tributaria e imposición de sanciones.

Esta situación comentada se presentaría, entre otros supuestos, si al momento de presentar la demanda contenciosa administrativa, la Administración Tributaria realiza: la incorporación de un tema no discutido en la vía administrativa; y, un cambio de fundamento, precisamente por lo anterior, a la materia controvertida. Es decir, se presentaría: una afectación al rol resolutor

(40) Artículo 153: SOLICITUD DE CORRECCIÓN, AMPLIACIÓN O ACLARACIÓN:
Contra lo resuelto por el Tribunal Fiscal no cabe recurso alguno en la vía administrativa. No obstante, el Tribunal Fiscal, de oficio, podrá corregir errores materiales o numéricos, ampliar su fallo sobre puntos omitidos o aclarar algún concepto dudoso de la resolución, o hacerlo a solicitud de parte, (…) por la Administración Tributaria o por el deudor tributario (…).

de máxima instancia previsto para el Tribunal Fiscal; y, entre otros aspectos, una afectación al derecho de defensa de los deudores tributarios.

(iii) Cuando exista dualidad de criterio del Tribunal Fiscal sobre la materia a demandar aún cuando se refiera a un contribuyente distinto.

El supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 3 del Decreto Supremo 035-2004-EF, tiene dos (2) premisas para habilitar a la Administración Tributaria, previa autorización del MEF, para impugnar una RTF en la vía del proceso contencioso administrativo: (i) que la pretensión impugnatoria de la RTF se encuentre sustentada en un supuesto de dualidad de criterio del Tribunal Fiscal sobre la materia a demandar; y, (ii) que incluso sea posible que esa dualidad de criterio se haya producido con motivo de la emisión de RTF para contribuyentes distintos.

En relación a la primera premisa, es importante notar que, por su naturaleza, la duplicidad de criterio supone -para efectos de este supuesto- que el Tribunal Fiscal haya resuelto en forma diferente, en función a una misma base normativa, dos (2) supuestos de hecho iguales o similares. Es decir, nos encontramos ante la constatación de una labor interpretativa de resultados distintos para supuestos "iguales" por parte del Tribunal Fiscal. En este contexto, partiendo de la premisa que la autoridad tributaria no puede impugnar una RTF en la vía del proceso contencioso-administrativo, alegando una interpretación distinta de las normas, procedimientos o pruebas, consideramos que la alegación de esta causal debería haber generado en forma liminar la improcedencia de la correspondiente demanda.

No obstante, lo anterior, aceptando como posibilidad de análisis su procedencia, en atención a que nos encontramos ante un supuesto especial de legitimidad para obrar activa extraordinaria (en vía reglamentaria), una comprobación previa y necesaria que se tenía que realizar era que nos encontremos ante un supuesto de dualidad de criterio. No cualquier supuesto de dualidad de criterio, sino uno que: (i) califique propiamente como tal; y, (ii) sea de carácter manifiesto sobre la materia a impugnar.

A este efecto, nótese que aun cuando se acepte que una pretensión de nulidad de una RTF por la causal de dualidad de criterio debía ser evaluada, como tema de fondo, al momento de emitir sentencia, es importante resaltar que la apariencia de un supuesto de dualidad de criterio entre las distintas Salas del Tribunal Fiscal debía ser vista necesariamente al momento de evaluar la procedencia de la demanda.

De no ser así, es claro que, sobre la base de una mera alegación de una causal de dualidad de criterio, se podría haber admitido y emitido pronunciamiento sobre demandas contenciosas administrativas que contenían pretensiones de nulidad de una RTF sobre la base de diferencias interpretativas entre la SUNAT y el Tribunal Fiscal, pero no propiamente diferencias interpretativas de las Salas Especializadas de este propio órgano resolutor de máxima instancia. En otros términos, se hubiera excedido los alcances del presente puesto previsto por ley.

Hecha la precisión anterior, y asumiendo como legalmente posible que se impugne una RTF por la causal de dualidad de criterio, su acogimiento solo hubiera tenido efectos nulificantes. En otros términos, frente a la constatación -como en efecto ocurre-, objetiva y manifiesta, que el Tribunal Fiscal haya incurrido en dualidad de criterio al momento de resolver dos (2) controversias iguales o similares, incluso así sean de dos (2) deudores tributarios distintos, la Administración Tributaria podría solicitar en su oportunidad al Poder Judicial que se declare la nulidad de la correspondiente RTF. Esto, con el propósito que se ordene que el expediente regrese a la instancia administrativa, el Tribunal Fiscal asuma nuevamente competencia y, sobre esa base, defina el criterio que debe prevalecer, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 154 del Código Tributario[41].

En relación a la segunda premisa, es importante advertir que la alegación de la causal de dualidad de criterio no se limita al supuesto previsto en que se trata del mismo contribuyente, sino que está previsto en

(41) Artículo 154: JURISPRUDENCIA DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA:
(…)
De presentarse nuevos casos o resoluciones con fallos contradictorios entre sí, el Presidente del Tribunal deberá someter a debate en Sala Plena para decidir el criterio que deba prevalecer, constituyendo éste precedente de observancia obligatoria en las posteriores resoluciones emitidas por el Tribunal.
La resolución a que hace referencia el párrafo anterior así como las que impliquen un cambio de criterio, deberán ser publicadas en el Diario Oficial.
(…).

forma abierta, comprendiendo incluso supuestos en los que el Tribunal Fiscal haya tenido diferencia interpretativa entre dos (2) contribuyentes distintos. Esto, toda vez que la dualidad de criterio no está siendo analizada desde el punto de vista del contribuyente como solicitante (supuesto en el cual se puede pensar que la diferencia de criterio se debe presentar en dos situaciones del propio contribuyente), sino del Tribunal Fiscal como órgano resolutor de controversias en última instancia administrativa.

Como se puede apreciar de la regulación prevista en el texto del artículo 157 del Código Tributario, modificado por el Decreto Legislativo 953, y su norma reglamentaria, se reconocía expresamente que la Administración Tributaria tiene la posibilidad de impugnar una RTF en la vía del proceso contencioso administrativo, sujeto a la autorización del MEF.

Esta situación viene a evidenciar legalmente que la Administración Tributaria, en tanto no es el acreedor tributario, no tenía legitimidad para obrar activa ordinaria (titular del derecho material involucrado), sujetando su actuación a lo dispuesto por el MEF, en función a los supuestos previstos en el Decreto Supremo 035-2004-EF, los mismos que en el mejor de los casos responden a la naturaleza de pretensiones de mero control de legalidad.

2.4. Acerca de la modificación prevista por la Ley 28365

El 24 de octubre de 2004, fue publicada en el Diario Oficial El Peruano la Ley 28365[42]. En virtud del artículo 1 de la mencionada ley, se sustituyó el texto del artículo 157 del Código Tributario -incorporado en su oportunidad por el Decreto Legislativo 953-, en los términos que se indican a continuación:

> Artículo 157: Demanda Contencioso Administrativa:
>
> La resolución del Tribunal Fiscal agota la vía administrativa. Dicha resolución podrá impugnarse mediante el Proceso Contencioso Administrativo, el cual se regirá por las normas contenidas en el presente Código y, supletoriamente, por la Ley Nº 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.
>
> La demanda podrá ser presentada por el deudor tributario ante la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva, dentro del término de tres (3) meses computados a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la resolución debiendo contener peticiones concretas.
>
> La presentación de la demanda no interrumpe la ejecución de los actos o resoluciones de la Administración Tributaria.
>
> La Administración Tributaria no tiene legitimidad para obrar activa. De modo excepcional, la Administración Tributaria podrá impugnar la resolución del Tribunal Fiscal que agota la vía administrativa mediante el Proceso Contencioso Administrativo en los casos en que:
>
> a) Exista dualidad de criterio entre las distintas Salas del Tribunal Fiscal sobre la materia a demandar, aun cuando se refiera a un contribuyente distinto; o,
>
> b) La resolución del Tribunal Fiscal no se haya emitido por unanimidad de los votos en la Sala correspondiente; o,
>
> c) La resolución del Tribunal Fiscal incurra en una de las causales de nulidad previstas en el artículo 10 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
>
> Tratándose de la SUNAT requerirá, adicionalmente, autorización previa del Ministro de Economía y Finanzas para interponer la demanda contencioso administrativa a que hubiera lugar.
>
> Por decreto supremo, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se procederá a reglamentar lo señalado en los dos párrafos precedentes (énfasis agregado).

Según se puede apreciar, el artículo 157 del Código Tributario, modificado por Ley 28365, sigue partiendo de las mismas premisas que la modificación prevista por el Decreto Legislativo 953. Esto es, se establece que: (i) la RTF agota la vía administrativa; (ii) la impugnación de una RTF se puede impugnar mediante el proceso contencioso-administrativo, conforme a las normas del Código Tributario y, supletoriamente, por la LPCA; (iii) el plazo para que el deudor tributario interponga la demanda contencioso-administrativo es de tres (3) meses, computados a partir del día siguiente de la notificación de la RTF; (iv) la demanda debe contener peticiones concretas; (v) la Administración Tributaria no podía impugnar una RTF que haya establecido jurisprudencia de observancia obligatoria; (vi) la competencia funcional le correspondía a la Sala Contenciosa Administrativa de la Corte Superior respectiva; y, (vii) la interposición de la demanda no interrumpe la ejecución de los actos o resoluciones de la Administración Tributaria.

Sin embargo, un primer aspecto para advertir es que el texto del artículo 157 del Código Tributario, modificado por Ley 28365, no establecía expresamente el plazo para que la Administración Tributaria interponga la demanda contencioso-administrativa tributaria con motivo de la notificación de una RTF.

Solo se indicaba específicamente que el plazo de tres (3) meses para demandar

(42) En vigencia desde el 25 de octubre de 2004.

correspondía al deudor tributario. En ese sentido, era de aplicación supletoria a dicha situación la LPCA, la cual establece que el plazo general para interponer demanda contencioso-administrativa es de tres (3) meses contados desde la misma fecha de notificación de la RTF[43]. Este es un aspecto de particular relevancia, porque el inicio del cómputo para interponer la demanda por el deudor tributario y la Administración Tributaria, no eran iguales. Mientras el plazo para demandar a cargo del deudor tributario, era tres (3) meses desde el día siguiente de notificada la RTF, en el caso de la Administración Tributaria es de tres (3) meses desde el mismo día de notificada la RTF.

Un segundo aspecto a considerar, es que el artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365, viene a establecer en forma expresa que la Administración Tributaria no tiene legitimidad para obrar activa.

Esta situación es de particular importancia, como se ha visto en puntos previos, porque parte por reconocer que en nuestra propia legislación tributaria: (i) el acreedor tributario es el titular en favor del cual se cumple la prestación tributaria; y, (ii) la SUNAT, como su propia denominación lo indica, es una entidad administradora de los tributos internos y arancelarios. Sobre la base de lo anterior, se advierte entonces que, si la legitimidad para obrar supone reconocer en la relación procesal a quien es titular de la relación material, la Administración Tributaria -en tanto no es el acreedor tributario-, no tiene propia y técnicamente legitimidad para obrar activa ordinaria. En ese sentido, se ha señalado que:

> La legitimación activa no le corresponde a la SUNAT sino al acreedor tributario que, en el caso de tributos nacionales, es el Ministerio de Economía y Finanzas. Sin embargo, a pesar que el Código Tributario reconoce esta falta de legitimidad, le otorga la facultad de interponer demandas contenciosas-administrativas cuando la resolución del Tribunal Fiscal adolezca de alguna causal de nulidad (Robles, 2015, p. 789).

Un tercer aspecto, derivado precisamente de lo anterior, es que el texto del artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365, establecía que la Administración Tributaria no tiene legitimidad para obrar activa. Sin embargo, también se establece que la Administración Tributaria tiene la posibilidad de impugnación de una RTF, en forma excepcional.

Como se ha señalado, en virtud de esta modificación, se viene a reconocer legislativamente que la Administración Tributaria no es titular del derecho material en controversia. Sin embargo, se reconoce la posibilidad que la Administración Tributaria pueda demandar una RTF en los supuestos previstos expresamente por el artículo 157 del Código Tributario. Es decir, como se ha explicado en líneas previas, nos encontramos ante una legitimidad para obrar activa de naturaleza extraordinaria. También se ha señalado que:

> La Administración Tributaria puede impugnar actos del Tribunal Fiscal cuando incurra en alguna de las causales de nulidad del artículo 10º de la Ley 27444. Esto, es preciso señalarlo, no es un proceso de agravio, sino una prescripción especial donde la Ley faculta a la Administración Tributaria a impugnar o solicitar judicialmente la declaración de nulidad de un acto expedido por otro órgano de la Administración Tributaria, en puridad, el máximo órgano de la "jurisdicción administrativa" tributaria. En este caso, la SUNAT tendrá "legitimación activa extraordinaria" prevista por Ley para impugnar un acto del Tribunal Fiscal, pero insistimos, esto no es un proceso de agravio (toda vez que la SUNAT no busca la nulidad de un acto propio), sino de un caso concreto de legitimación activa extraordinaria prevista por ley (Huapaya, 2010, p. 98).

Un cuarto aspecto a considerar, es que el artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365, establece que en forma excepcional la Administración Tributaria podrá impugnar una RTF mediante la interposición de la correspondiente demanda contenciosa administrativa, en los supuestos previstos a tal efecto.

Toda vez que se trata de supuestos de excepción a la regla general (que puedes impugnar solo por mandato de la ley, y no porque eres titular del derecho material involucrado), consideramos que los mismos deben interpretarse en forma restrictiva, no pudiendo extenderse o crearse supuestos no previstos por ley. Es decir, en el supuesto que se presente una posible duda en la interpretación de la disposición en mención, respecto a si un supuesto está regulado o, asumiendo que está regulado, si su alcance excede el previsto por ley, la conclusión nos

(43) Artículo 18: PLAZOS:
La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:
1. Cuando el objeto de la impugnación sean las actuaciones a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del artículo 4, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento o notificación de la actuación impugnada, lo que ocurra primero.
(…).

debería llevar a señalar que no está regulado o excede el alcance de la ley.

Un quinto aspecto a considerar, derivado de lo señalado en el punto anterior, es que el cuarto párrafo del artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365, dispone expresamente que la Administración Tributaria podrá impugnar la correspondiente RTF.

En atención a que la Administración Tributaria: (i) no tiene legitimidad para obrar activa ordinaria (por ejemplo, no es titular del derecho material en controversia); (ii) solo tiene legitimidad para obrar activa extraordinaria (por ejemplo, en función a lo previsto en los alcances de la ley de autorización); (iii) que la legitimidad para obrar activa extraordinaria autorizada, por su naturaleza y en los términos que ha sido prevista, es excepcional (por ejemplo, se debe aplicar en forma restrictiva la ley de autorización, no pudiendo extenderse o crearse supuestos no previstos por ley); debemos entender que la previsión legal para interponer una demanda contenciosa administrativa solo se limita a impugnar la RTF. Es decir, mediante la impugnación de una RTF no debía ser posible obtener, en forma accesoria -por ejemplo-, la confirmación de los reparos u observaciones formuladas por la Administración Tributaria en los actos administrativos tributarios (por ejemplo, orden de pago, resolución de determinación, resolución de multa).

Un sexto aspecto a comentar, es que el artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365, es el texto que establece en forma directa y expresa los supuestos en los cuales la Administración Tributaria podrá impugnar una RTF.

Es decir, a diferencia de lo que ocurría con el texto del artículo 157 del Código Tributario, incorporado por el Decreto Legislativo 153, en el que una norma reglamentaria (por ejemplo, el Decreto Supremo 035-2004-EF), estableció los criterios en virtud de los cuales el MEF podía autorizar a la SUNAT para impugnar una RTF, ahora una norma con rango de ley establece la regulación para tal posibilidad. Se evita así, cualquier situación de cuestionamiento a la legalidad de la actuación de la autoridad tributaria al impugnar la correspondiente RTF en la vía del proceso contencioso administrativo. Ahora bien, en cuanto al alcance material de los supuestos previstos en el artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365; que, de modo excepcional, permitían que se autorice a la Administración Tributaria a impugnar una RTF en la vía del proceso contencioso administrativo, se puede destacar lo siguiente:

(i) Exista dualidad de criterio entre las distintas salas del Tribunal Fiscal sobre la materia a demandar, aun cuando se refiera a un contribuyente distinto.

La causal prevista en el literal a) del cuarto párrafo del artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365, se trata de un supuesto similar al regulado, en su oportunidad, en el numeral 3 del artículo 3 del Decreto Supremo 035-2004-EF, norma reglamentaria del artículo 157 del Código Tributario, según el texto incorporado introducido por el Decreto Legislativo 953. En ese sentido, nos remitimos para todos los efectos a lo comentado en líneas previas en relación al numeral 3 del artículo 3 del Decreto Supremo 035-2004-EF.

(ii) La resolución del Tribunal Fiscal no se haya emitido por unanimidad de los votos en la Sala correspondiente.

A fin de entender el sentido de la causal prevista en el literal b) del cuarto párrafo del artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365, cabe indicar que en nuestra legislación el funcionamiento de las Salas Especializadas del Tribunal Fiscal requiere -como regla general-, lo siguiente: la concurrencia (quórum) de tres (3) vocales; y, el voto de (dos) vocales, en el mismo sentido (mayoría), para que se entienda emitida formalmente una resolución[44].

Establecida la premisa normativa anterior, el supuesto de hecho de esta causal era que en la demanda contenciosa administrativa se impugne: una RTF que se haya emitido para resolver un procedimiento administrativo tributario a cargo del Tribunal Fiscal; y, para la emisión de la RTF, dos (2) vocales votaron en un sentido, y un (1) vocal votó en otro sentido.

Según se puede apreciar, nos encontramos ante un supuesto de diferencia de criterio interpretativo que hubieran tenido los vocales del Tribunal Fiscal al momento de resolver un caso. No establece esta disposición (a diferencia de lo que ocurre con el supuesto previsto en el literal c) del cuarto párrafo del artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365), una habilitación legal específica en otro sentido.

(44) Artículo 101: FUNCIONAMIENTO Y ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL FISCAL:
Las Salas del Tribunal Fiscal se reunirán con la periodicidad que se establezca por Acuerdo de Sala Plena. Para su funcionamiento se requiere la concurrencia de los tres (3) vocales y para adoptar resoluciones, dos (2) votos conformes (…).

En este orden de ideas, en atención a los alcances de la potestad otorgada a la Administración Tributaria y del supuesto de hecho en análisis, consideramos que nos encontramos ante una causal de naturaleza meramente anulatoria. Esto supone que en caso el órgano judicial correspondiente declare, en forma definitiva y favorable a la pretensión formulada, que se ha producido falta de unanimidad al momento de emitir una RTF, el expediente debía regresar a la instancia administrativa con la finalidad que esta entidad resolutora determine si en esta discrepancia existe o una contravención a la ley.

(iii) La resolución del Tribunal Fiscal incurra en una de las causales de nulidad previstas en el artículo 10 de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

La causal prevista en el literal c) del cuarto párrafo del artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365, establece que la Administración Tributaria podrá impugnar una RTF, cuando esta incurra en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por Ley 27444, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, "LPAG")(45).

Al respecto, es importante señalar que la incorporación del literal c) del cuarto párrafo del artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365, fue la primera oportunidad en la que el legislador nacional estableció una regulación expresa y específica -por remisión- de diversas causales propiamente de nulidad que habilitaban a la Administración Tributaria para impugnar una RTF mediante la interposición de la correspondiente demanda contenciosa administrativa. Así, según se puede apreciar en el texto del artículo 10 de la LPAG, se establecieron como causales de nulidad, entre otros supuestos: (i) la contravención a la Constitución Política, a las leyes o a las normas reglamentarias; y, (ii) el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez del acto administrativo.

Nótese que incurrir en alguno de los supuestos previstos en la disposición legal en mención, supone la nulidad de pleno derecho del acto administrativo correspondiente (ejemplo, la RTF). Esta declaración de nulidad, conforme a lo previsto en el artículo 12 de la LPAG, tenía y tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de emisión del acto nulo(46). A fin de evitar que, a través de una pretensión de nulidad de una RTF, sobre la base de una de las causales previstas en el artículo 10 de la LPAG, se pretenda cuestionar el criterio interpretativo que tuvo el Tribunal Fiscal al momento de emitir el acto administrativo impugnado, se debía entender que la nulidad que alegue y acredite la Administración Tributaria debe ser manifiesta, insubsanable y trascendente(47). En caso no sea así, la demanda correspondiente deberá ser declarada infundada.

Esta situación ha sido corroborada y corregida legislativamente a la fecha mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo 1272(48), que modificó el artículo 6 de la LPAG(49). En virtud a esta disposición, se establece que no constituye causal de nulidad la apreciación distinta que tenga el superior jerárquico (por ejemplo, Tribunal Fiscal), en relación a la valoración de los medios probatorios, a la aplicación o interpretación de la ley establecida en el acto administrativo

(45) Artículo 10.- Causales de nulidad:
Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:
1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

(46) Artículo 12.- Efectos de la declaración de nulidad
12.1 La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro.

(47) Respecto a la procedencia de la declaración de la nulidad, *véase* Huapaya, R. (2006). Tratado del Proceso Contencioso-Administrativo (p. 852). Jurista Editores.

(48) Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 21 de diciembre de 2016, entrando en vigencia al día siguiente de su publicación.

(49) Artículo 6.- Motivación del acto administrativo
(…)
No constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto que se impugna tenga una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto. Dicha apreciación distinta debe conducir a estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado.

impugnado. Ahora bien, continuando con esta secuencia de ideas, toda vez que el literal c) del cuarto párrafo del artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365, estableció que la Administración Tributaria podía impugnar una RTF, cuando ésta incurra en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 10 de la LPAG, esta situación generó la vinculación y habilitación, precisamente por lo anterior, para la formulación de pretensiones de declaración de nulidad de los actos administrativos, conforme a lo previsto en el numeral 1 del artículo 5 de la LPCA(50).

Como correlato de lo anterior, en virtud a este literal c) en mención, no se estableció una potestad en favor de la Administración Tributaria para que alegue pretensiones de plena jurisdicción (control subjetivo). Esto, en nuestra opinión, en la línea de guardar coherencia entre el texto previsto en el literal c) en mención, con la introducción del cuarto párrafo del artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365, que establece una legitimación para obrar activa extraordinaria para la Administración Tributaria.

Cierto, como se ha explicado en puntos previos, en atención a que: (i) la Administración Tributaria no tiene legitimidad para obrar activa ordinaria (por ejemplo, no es titular del derecho material en controversia); (ii) solo tiene legitimidad para obrar activa extraordinaria (por ejemplo, en función a lo previsto en los alcances de la ley de autorización); (iii) la legitimidad para obrar activa extraordinaria autorizada, por su naturaleza y en los términos que ha sido prevista, es excepcional.(51) (por ejemplo, se debe aplicar en forma restrictiva la ley de autorización, no pudiendo extenderse o crearse supuestos no previstos por ley); consideramos que la autorización legal prevista en dicha oportunidad solo permitía interponer una demanda contenciosa administrativa para solicitar la nulidad de la RTF. Es decir, solo se habilitó a la Administración Tributaria la alegación de pretensiones de mero control de legalidad. Comentando la naturaleza de esta pretensión, se ha señalado que a través de la misma se:

> (…) acude al órgano jurisdiccional con la finalidad de que éste realice un control de legalidad de una actuación administrativa, con la particularidad que la competencia del órgano jurisdiccional se limitará a realizar una declaración de nulidad de la actuación administrativa impugnada. Es por ello que en este caso nos encontramos ante una pretensión meramente declarativa (Priori, 2002, p. 150).

En concreto, comentando la pretensión prevista en el numeral 1 del artículo 5 de la LPCA, se ha señalado que esta es:

> (…) la tradicional pretensión de anulación que parte de concebir como presupuesto de la actuación jurisdiccional, una actuación administrativa expresada a través de un acto administrativo que, sin embargo, incurre en una de las causales de nulidad establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ante ello, se recurre al órgano jurisdiccional para que éste realice una mera revisión de la legalidad del acto, luego de la cual, a través de una sentencia, declarará si dicho acto es o no, contrario a derecho (Priori, 2002, pp. 152-153).

No era posible, entonces, conforme a esta normativa, que la Administración Tributaria pueda formular pretensiones de reconocimiento del tratamiento tributario que estableció en el acto administrativo tributario que emitió en su oportunidad (plena jurisdicción).

A este efecto, no era ni es posible alegar la aplicación supletoria del artículo 11 (ahora 13) de la LPCA, para sostener válidamente que la Administración Tributaria podía formular pretensiones de plena jurisdicción. Esto, como hemos visto en líneas previas, porque el primer párrafo de esta disposición solo es aplicable a sujetos que son titulares del derecho material involucrado (situación que no cumple la Administración Tributaria, en tanto no es el acreedor tributario). Asimismo, tampoco era posible alegar válidamente la aplicación supletoria del segundo párrafo del artículo 11 (ahora 13) de la LPCA, toda vez que este está previsto para el proceso de lesividad, supuesto que no se cumple porque la Administración Tributaria no es la propia entidad administrativa que emite las RTF. En todo caso, porque este párrafo condiciona su aplicación a lo facultado por ley.

---

(50) Artículo 5: Pretensiones:
En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:
1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.
(…)

(51) Al respecto, *véase* la Sentencia de Casación No. 4843-2012 LIMA, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9 de noviembre de 2020. En concreto, se indicó que la Administración Tributaria involucrada se encuentra "(…) habilitada para interponer la demanda contencioso administrativa contra el Tribunal Fiscal en aplicación del artículo 157 del Código Tributario, ya que de manera excepcional le otorga legitimidad para obrar activa a fin de que la administración municipal pueda entrar impugnar lo resuelto por el Tribunal Fiscal en el supuesto que considere que se ha incurrido en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 10 de la Ley número 27444".

Nótese que, para establecer los alcances de la legitimidad para obrar activa de la Administración Tributaria para impugnar una RTF en la vía del proceso contencioso administrativo, se debe partir de una interpretación objetiva y conforme a la ley, según el texto vigente en cada momento en nuestro ordenamiento jurídico. No es posible, sobre la base de alegar la prevalencia de un deber de contribuir -como máxima general-, interpretar las leyes sin sujetarse ni considerar lo previsto expresamente en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, no queda duda que en todo Estado Constitucional de Derecho -que se autodenomine así y respete el orden constitucional y democrático sustancial-, toda actuación de la autoridad pública está sujeta a la ley. En ese sentido, la vigencia material del deber de contribuir no puede ni debe ser entendida, para efectos tributarios, como fundamento per se -tanto para emitir normas como para aplicar las mismas, en forma directa o indirecta- para pretender que se tutele un interés recaudatorio. En ese sentido, se ha señalado que:

> Ello es especialmente importante en el concreto ámbito del Derecho Tributario, donde el interés público que le caracteriza como rama del Derecho Público es (…) procurar al Estado los medios económicos necesarios para el ejercicio de su actividad (…). Estaríamos aquí ante el llamado (…) interés recaudatorio. Pero es evidente que este interés recaudatorio no puede prevalecer por sí solo frente a la seguridad jurídica ni puede, por lo tanto, erigirse en límite de ésta (García, 2000, p. 86).

En tal caso, es ilegal e inconstitucional partir de una premisa de interpretación, directa o indirecta, pro fisco(52). En estricto, entendido en forma correcta, la protección del deber de contribuir supone que el ejercicio de las potestades por parte de la Administración Tributaria sean producto de lo previsto por la ley.

Por tal motivo, conforme al texto del literal c) del cuarto párrafo del artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365, consideramos que era necesario que el legislador nacional estableciera en forma expresa -en caso sea posible, conforme a su naturaleza y a la estructura del procedimiento tributario- la potestad de la Administración Tributaria no solo de formular pretensiones de nulidad (control de legalidad), sino también pretensiones de plena jurisdicción, conforme a lo previsto en forma específica y diferenciada en el numeral 2 del referido artículo 5 de la LPCA(53).

El 2 de diciembre de 2004, fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo 166-2004-EF. Mediante este decreto, se establecieron disposiciones reglamentarias de autorización previa del MEF a la SUNAT para impugnar una RTF que agota la vía administrativa, conforme a lo previsto en el artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365.

En concreto, mediante el Decreto Supremo 166-2004-EF, se estableció que: (i) la SUNAT debía solicitar la autorización previa al MEF en un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días calendario contados desde la fecha de notificación de la RTF a dicha entidad; (ii) la solicitud de la SUNAT referida en el punto (i) previo, debía contar con un informe legal de sustento emitido por la Intendencia Nacional Jurídica de la propia entidad; (iii) la autorización previa del MEF procedía siempre que se contara con el informe favorable de la Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero, el cual debía ser remitido dentro del plazo previsto en el literal b) del artículo 2 del Decreto Supremo 050-2004-EF(54); (iv) la demanda debía ser presentada ante la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva(55), dentro del término

(52) Al respecto, *véase* Giannini, A. (1957). *Instituciones de Derecho Tributario*. (pp. 31-32). Editorial de Derecho Financiero; Vanoni, E. (1973). *Naturaleza e interpretación de las leyes tributarias*. (p. 217). Instituto de Estudios Fiscales; Berliri, A. (1964). Principios de Derecho Tributario (vol. I). (p. 96). Editorial de Derecho Financiero; García, F. (2001). Derechos y garantías constitucionales en los procedimientos tributarios. Situación actual y perspectivas de evolución. En F. García, *Derecho Financiero Constitucional* (pp. 268-270). Civitas Ediciones.

(53) Artículo 5: Pretensiones:
En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:
(…)
2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.

(54) El literal e) del artículo 1 del Decreto Supremo 050-2004-EF estableció que constituye función del Defensor del Contribuyente y del Usuario Aduanero, entre otras, "informar al Ministerio de Economía y Finanzas sobre la procedencia o no de las solicitudes que formule Sunat para interponer demandas contencioso-administrativas contra resoluciones del Tribunal Fiscal". Para el cumplimiento de la función antes indicada, el literal b) del artículo 2 del referido Decreto Supremo, estableció que para la emisión del informe a que se refiere el literal e) del artículo 1, el plazo era de 30 días calendario.

(55) Conforme al texto original del segundo párrafo del artículo 11 de la LPCA, la competencia funcional para la impugnación de Resoluciones del Tribunal Fiscal era: (i) en primera instancia, la Sala Contenciosa Administrativa de la Corte Superior respectiva; (ii) en segunda instancia, la Sala Civil de la Corte Suprema; y, (iii) en casación, la Sala Constitucional y Social.

de los tres (3) meses computados a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la resolución; y, (v) la autorización del MEF para presentar la demanda debía ser exteriorizada a través de la correspondiente Resolución Ministerial[56].

Como se puede apreciar de la regulación prevista en el artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365, y su norma reglamentaria, se reconoce por primera vez a nivel legal que la Administración Tributaria no tiene legitimidad para obrar activa ordinaria. Solo puede impugnar una RTF en los supuestos previstos por ley (legitimidad para obrar extraordinaria), en los cuales se advierte por primera vez la referencia -por remisión- a causales de nulidad (control de legalidad), conforme a lo previsto en el numeral 1 del artículo 5 de la LPCA. Sin embargo, no se le facultó a formular pretensiones de plena jurisdicción, conforme a lo previsto en el numeral 2 del artículo 10 de la LPCA.

2.5. Acerca de la modificación prevista por el Decreto Legislativo 981

El 15 de marzo de 2007, fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo 981[57], mediante el cual se modificaron diversas disposiciones del Código Tributario vigente.

Así, entre otras disposiciones, mediante el artículo 39 del referido Decreto Legislativo 981, se modificó el cuarto párrafo del artículo 157 del Código Tributario, en los siguientes términos:

> La Administración Tributaria no tiene legitimidad para obrar activa. De modo excepcional, la Administración Tributaria podrá impugnar la resolución del Tribunal Fiscal que agota la vía administrativa mediante el Proceso Contencioso Administrativo en los casos en que la resolución del Tribunal Fiscal incurra en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 10 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General [énfasis agregado].

Según se puede apreciar, en virtud a la modificación introducida por el Decreto Legislativo 981, se mantiene la estructura del texto del cuarto párrafo del artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365.

La diferencia básicamente se encuentra en la eliminación de las causales previstas en los literales a) y b), referidas a las causales de duplicidad de criterio y falta de unanimidad en los votos al momento de resolver por parte de las Salas del Tribunal Fiscal, respectivamente.

En relación a la autorización legal para que la Administración Tributaria impugne una RTF, en la vía del proceso contencioso administrativo, cuando se haya incurrido en alguna de las causales previstas en el artículo 10 de la LPAG, el texto normativo es el mismo que el previsto en el literal c) del cuarto párrafo del artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365.

En ese sentido, nos remitimos a los alcances normativos referidos en el punto 9 del apartado previo del presente trabajo. Asimismo, consideramos conveniente destacar que la modificación introducida por el Decreto Legislativo 981, viene a reconocer legalmente que las causales previstas en el literal a) y b) del cuarto párrafo del artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365, en estricto recogían supuestos de diferencia interpretativa al momento de resolver y emitir una RTF por parte de las Salas Especializadas del Tribunal Fiscal. Es decir, por su propia naturaleza, conforme se ha explicado en líneas previas, no calificaban incluso como causales de nulidad de una Resolución del Tribunal Fiscal. En estos casos, se tenía que estar sujeto a lo que había resuelto en su momento el Tribunal Fiscal.

Siguiendo esta línea de explicación, cabe indicar que mediante la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 981, se derogó -entre otras disposiciones-, el quinto y sexto párrafo del artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365. Así, conforme a esta disposición, se derogó los siguientes textos del artículo 157 del Código Tributario:

> (...) Tratándose de la SUNAT requerirá, adicionalmente, autorización previa del Ministro de Economía y Finanzas para interponer la demanda contencioso administrativa a que hubiera lugar.
>
> Por Decreto Supremo, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se procederá a reglamentar lo señalado en los dos párrafos precedentes.

Como se puede apreciar, en virtud de la Única Disposición Complementaria

(56) Mediante la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 28969, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25 de enero de 2007, entrando en vigencia al día siguiente de su publicación, se estableció una excepción al quinto párrafo del artículo 157 del Código Tributario, modificado por la Ley 28365. Así, se dispuso que la interposición de demandas contenciosas administrativas en materia de regalías mineras, no se encontraba sujeta a autorización previa el MEF.

(57) Conforme a la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 981, este cuerpo legal entró en vigencia -como regla general- el 1 de abril de 2007.

Derogatoria del Decreto Legislativo 981, se ha eliminado la sujeción que tenía la Administración Tributaria de obtener autorización previa del Ministerio de Economía y Finanzas para interponer la correspondiente demanda contenciosa administrativa.

Esta derogación específica y expresa es de particular importancia, porque desde el 1 de abril de 2007 la Administración Tributaria se encuentra formalmente habilitada en forma directa para impugnar una RTF mediante una demanda contenciosa administrativa. Solo tendría que alegar y acreditar que la correspondiente RTF se encuentra en alguno de los supuestos previstos en el artículo 10 de la LPAG. Sin embargo, aun cuando se haya eliminado la sujeción de la Administración Tributaria para impugnar una RTF a la autorización previa del MEF, esta situación no cambia, incluso más allá de su reconocimiento legal o no: (i) la naturaleza de su legitimidad para obrar activa (de naturaleza extraordinaria, por no ser titular del derecho material involucrado, en tanto no es el acreedor tributario); y, (ii) que el ejercicio de su potestad para impugnar una RTF está sujeta a lo previsto legalmente a la fecha, comprendiendo la habilitación legal la formulación de pretensiones de mero control de legalidad, conforme a lo previsto en el numeral 1 del artículo 5 de la LPCA.

Como se puede apreciar de la regulación prevista en el artículo 157 del Código Tributario, modificado por el Decreto Legislativo 981, se sigue reconociendo que la Administración Tributaria no tiene legitimidad para obrar activa de naturaleza ordinaria. Solo puede impugnar una RTF, con motivo de la alegación y acreditación de los supuestos de nulidad previstos en el artículo 10 de la LPAG. No puede alegar el reconocimiento de una situación jurídica material, producto de lo anterior, conforme a lo previsto en el numeral 2 del artículo 5 de la LPCA.

2.6. Acerca de la modificación prevista por el Decreto Legislativo 1121

El 18 de julio de 2012, fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo 1121[58]. Conforme al artículo 4 del mencionado Decreto Legislativo, se sustituyó el texto del segundo párrafo del artículo 157 del Código Tributario, modificado en su momento por la Ley 28365, en los términos que se indican a continuación:

> (…) La demanda podrá ser presentada por el deudor tributario <u>ante la autoridad judicial competente</u>, dentro del término de tres (3) meses computados a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la resolución debiendo contener peticiones concretas (énfasis propio).

Al respecto, es importante destacar que, en virtud a esta modificación, se eliminó la referencia prevista a la "Sala Contenciosa Administrativa de la Corte Superior", como órgano con competencia funcional para conocer las impugnaciones de Resoluciones del Tribunal Fiscal mediante demandas contenciosas administrativas. En su lugar, se estableció la referencia a "la autoridad judicial competente", a fin que la competencia se encuentre sujeta al tratamiento que establezca la LPCA[59].

3. Alcances normativos del texto vigente del Artículo 157 del Código Tributario

A la fecha, el texto del artículo 157 del Código Tributario, producto de las sucesivas modificaciones normativas realizadas en su oportunidad por el Decreto Legislativo 953, la Ley 28365, el Decreto Legislativo 981 y el Decreto Legislativo 1121, se encuentra previsto en los términos siguientes:

> Artículo 157: DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
>
> La resolución del Tribunal Fiscal agota la vía administrativa. Dicha resolución podrá impugnarse mediante el Proceso Contencioso Administrativo, el cual se regirá por las normas contenidas en el presente Código y, supletoriamente, por la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.
>
> La demanda podrá ser presentada por el deudor tributario ante la autoridad judicial competente, dentro del término de tres (3) meses computados a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la resolución debiendo contener peticiones concretas.
>
> La presentación de la demanda no interrumpe la ejecución de los actos o resoluciones de la Administración Tributaria.
>
> La Administración Tributaria no tiene legitimidad para obrar activa. De modo excepcional, la Administración Tributaria podrá impugnar la resolución del Tribunal Fiscal que agota la vía

(58) En vigencia desde el 19 de julio de 2012.

(59) Conforme al texto vigente del artículo 11 de la LPCA, la competencia funcional para conocer las demandas contenciosas administrativas interpuestas por la Administración Tributaria con motivo de la emisión de Resoluciones del Tribunal Fiscal, corresponde: (i) al Juez Especializado, en primera instancia; y, (ii) la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, en segunda instancia.

administrativa mediante el Proceso Contencioso Administrativo en los casos en que la resolución del Tribunal Fiscal incurra en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 10 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

En nuestra opinión, y sobre la base de su interpretación histórica, consideramos que los alcances de la legitimidad para obrar activa de la Administración Tributaria, debe ser interpretada a partir de lo previsto en el artículo 157 del Código Tributario, en los siguientes términos:

En primer lugar, el artículo 157 del Código Tributario es una disposición especial frente a lo previsto sobre la materia en la LPCA. Por tal motivo, el artículo 157 del Código Tributario se debe interpretar y aplicar en forma directa a fin de establecer los alcances de la legitimidad para obrar activa de la Administración Tributaria para impugnar una RTF. Solo en caso no se encuentre regulado algún aspecto sobre la materia en el artículo 157 del Código Tributario, se podrá aplicar en forma supletoria lo previsto en la LPCA, la LPAG y, de ser el caso, el Código Procesal Civil.

En segundo lugar, no queda duda que la Administración Tributaria puede impugnar válidamente una RTF mediante la interposición de la correspondiente demanda contenciosa administrativa. La regla general, desde el texto original del artículo 157 del Código Tributario y hasta la fecha, ha sido que la Administración Tributaria goce de legitimidad para obrar activa.

En tercer lugar, en cuanto a su naturaleza, la Administración Tributaria no goza de legitimidad para obrar activa ordinaria. Esto se debe a que la Administración Tributaria: (i) no es titular de la relación material involucrada, la cual le corresponde al acreedor tributario (ejemplo, el Gobierno Central); y, (ii) es un órgano de administración de tributos y derechos arancelarios. Esta situación se encuentra fuera de discusión a la fecha con motivo del reconocimiento expreso de tal situación en el cuarto párrafo del artículo 157 del Código Tributario.

En cuarto lugar, y derivado de lo anterior, la Administración Tributaria goza de una legitimidad para obrar activa extraordinaria. Es decir, aun cuando se reconoce que no es titular de la relación material involucrada, por ley se establece la posibilidad para que la Administración Tributaria pueda impugnar válidamente una RTF en la vía del proceso contencioso administrativo.

En quinto lugar, toda vez que la legitimidad para obrar activa de la Administración Tributaria es extraordinaria, los alcances de la ley de autorización correspondiente deben ser interpretados y aplicados en forma excepcional, taxativa y restrictiva.

En sexto lugar, los únicos supuestos en los que la Administración Tributaria puede impugnar una RTF en la vía del proceso contencioso administrativo, son los previstos en el artículo 10 de la LPAG. La excepción se encuentra constituida por la RTF que haya establecido jurisprudencia de observancia obligatoria.

En séptimo lugar, la configuración de las causales de nulidad previstas en el artículo 10 de la LPAG para que la Administración Tributaria impugne una RTF en la vía del proceso contencioso administrativo, debe ser manifiesta, insubsanable y trascendente. No es posible, vía la alegación de una nulidad prevista en el artículo 10 de la LPAG, que la Administración Tributaria pretenda cuestionar una diferencia de criterio con el Tribunal Fiscal en relación a la valoración de los medios probatorios o a la interpretación de las normas aplicables en el caso concreto. Estos supuestos no constituyen situaciones impugnables.

En octavo lugar, en función a la habilitación prevista en las causales previstas en el artículo 10 de la LPAG, la Administración Tributaria solo tiene la potestad de formular pretensiones de declaración de nulidad, conforme a lo previsto en el numeral 1 del artículo 5 de la LPCA. Por tanto, la Administración Tributaria no tiene habilitación legal, específica y expresa, para formular pretensiones de plena jurisdicción, conforme lo previsto en el numeral 2 del artículo 5 de la LPCA.

En noveno lugar, no es posible alegar la aplicación del artículo 13 de la LPCA, para extender los alcances de la legitimidad para obrar activa de la Administración Tributaria, prevista en el artículo 157 del Código Tributaria. No es aplicable, porque: (i) el primer párrafo del artículo 13 de la LPCA solo es aplicable para quien alegar ser titular de la relación material involucrada, situación que no es el caso de la Administración Tributaria; y, (ii) el segundo párrafo del artículo 13 de la LPCA solo es aplicable para los supuestos de procesos de lesividad, situación que no es el caso de la Administración Tributaria, porque no existe identidad entre la entidad que emite el acto administrativo (Tribunal Fiscal) y la entidad que impugna el mismo acto en la vía judicial (la Administración Tributaria).

4. Conclusiones

A partir de lo expuesto, referenciado y desarrollado a lo largo del presente trabajo,

consideramos pertinente formular las siguientes conclusiones:

- La Administración Tributaria, no queda duda, tiene la potestad para impugnar válidamente una RTF en la vía judicial, mediante la interposición de la correspondiente demanda contenciosa administrativa.
- Los alcances de la potestad de la Administración Tributaria para impugnar una RTF en la vía judicial, están sujetos a lo previsto específica y expresamente en la ley. Tratándose de una autorización excepcional para tal efecto, los alcances de la ley de autorización correspondiente deben ser interpretados y aplicados en forma excepcional, taxativa y restrictiva.
- Los únicos supuestos en los que la Administración Tributaria puede impugnar una RTF en la vía del proceso contencioso administrativo, son los previstos en el artículo 10 de la LPAG.
- No constituye una causal válida de impugnación de una RTF, la diferencia de criterio con el Tribunal Fiscal en relación a la valoración de los medios probatorios o a la interpretación de las normas aplicables en el caso concreto.
- La Administración Tributaria solo tiene la potestad de formular pretensiones de declaración de nulidad. No tiene habilitación legal, específica y expresa, para formular pretensiones de plena jurisdicción. Cualquier situación para lograr en forma indirecta esta situación, se encuentra prohibida a la fecha.

Referencias bibliográficas

Danós, J. (2000). El proceso contencioso administrativo en materia tributaria. *Themis. Revista de Derecho, 41*, 73-95. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11653

Dromi, R. (1999). *El procedimiento administrativo*. Ciudad Argentina.

Escribano, F. (2009). *La configuración jurídica del deber de contribuir. Perfiles Constitucionales*. Grijley.

Espinosa-Saldaña, E. (2003). El nuevo proceso contencioso administrativo peruano: ¿Principio del fin de nuestro amparo alternativo? En *Jurisdicción constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*. ARA Editores.

Fernández, M. (1995). *La autoliquidación tributaria*. Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons.

García, C. (2000). *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Marcial Pons.

García, F. (2001). Derechos y garantías constitucionales en los procedimientos tributarios. Situación actual y perspectivas de evolución. En F. Escribano (ed.), *Derecho Financiero Constitucional* (pp. 265-306). Civitas Ediciones.

García, J. (1998). Una nueva Ley General Tributaria. Problemas constitucionales. En P. Kirchhof, J. Cardoso, A. Di Pietro, J. García & A. Rodríguez, *Garantías constitucionales del contribuyente* (pp. 213-236). Tirant Lo Blanch.

Gonzáles, J. (2001). *Manual de Derecho Procesal Administrativo* (3.ª ed.). Civitas.

Huapaya, R. (2006). *Tratado del Proceso Contencioso-Administrativo*. Jurista Editores.

Huapaya, R. (2010). Algunos temas puntuales en relación a la regulación normativa del proceso contencioso-administrativo de "agravio" o de lesividad en la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo del Perú. *Revista Institucional AMAG. Academia de la Magistratura, 1*(9), 87-103. http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/223.

Malvarez, L. (2001). La función tributaria en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho. *Revista española de Derecho Financiero, 109-110*, 377-438.

Monroy, J. (2004). *La Formación del Proceso Civil Peruano* (escritos reunidos) (2.ª ed.). Palestra Editores.

Morón, J. (2015). El proceso contencioso de lesividad: catorce años después de su incorporación en el derecho peruano. *IUS ET VERITAS, 51*, 224-246. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15660/16097.

Priori, G. (2002). *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo* (2.ª ed.). ARA Editores.

Robles, C., Ruiz de Castilla, F. & Villanueva, W. (2009). *Código Tributario. Doctrina y Comentarios*. Instituto Pacífico.

Smith, A. (2012*). Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. (G. Franco, trad.). Omegalfa.

Tribunal Constitucional del Perú. (2004, 28 de junio). Expediente No. 3548-2003-AA/TC. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03548-2003-AA.html

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.014

Desafíos fiscales de la digitalización: Análisis del Impuesto español sobre servicios digitales desde una perspectiva internacional y europea(*)(**)

Tax challenges arising from digitalisation. Analysis of the spanish Tax on Digital Services from an International and European perspective

Antonia Jabalera Rodríguez(***)
Universidad de Granada (Granada, España)

Resumen: La pandemia provocada por el COVID-19 ha acelerado la transición hacia una economía más digitalizada y evidenciado aún más la necesidad de contar con un nuevo marco normativo que garantice una asignación más justa de los derechos de imposición para las grandes empresas que operan internacionalmente y con una elevada rentabilidad. A la espera de que se refrende el acuerdo internacional recientemente adoptado en el seno de la OCDE/G20 Marco Inclusivo sobre BEPS, o en su caso, se apruebe un Impuesto digital como recurso propio de la Unión Europea, España se ha sumado a la tendencia seguida por otros Estados, a nivel internacional y europeo, aprobando el denominado Impuesto sobre determinados Servicios Digitales. Este nuevo impuesto está siendo cuestionado, entre otros extremos, por su posible incompatibilidad con el Derecho tributario internacional (en particular, con los Convenios para evitar la doble imposición), y también con el Derecho Europeo. En este trabajo vamos a realizar un análisis de los elementos esenciales de este impuesto digital, tratando de identificar las principales cuestiones controvertidas que su régimen jurídico plantea a la luz del Derecho Fiscal Internacional y el Derecho Europeo, e intentando ofrecer una respuesta jurídica a las mismas. Intentaremos asimismo dilucidar hasta qué punto este impuesto digital español puede servir de inspiración a otros países que se decidan a implementar figuras tributarias similares con el fin de hacer frente a los retos provocados por la globalización y la digitalización económica.

Palabras clave: Derecho Tributario - Derecho Europeo - Digitalización económica - Impuestos digitales - Fiscalidad Internacional - Convenios para evitar la doble Imposición - No discriminación - España

Abstract: The pandemic caused by COVID 19 has accelerated the transition towards an even more digitized economy, and it has further evidenced the need for a new international regulation on a fairer allocation of tax rights for large companies that operate internationally and with a high profiability. While waiting for the recently adopted international agreement within the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, to be signed, or a Digital Tax is approved in the European Union, Spain has joined the trend followed by other States, approving the Digital Services Tax. This Tax is being critized

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 7 de julio de 2021 y su publicación fue aprobada el 17 de setiembre de 2021.
(**) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D+i financiado por el MICIN "El derecho privado contractual ante la economía digital" (PID2020-115355RB-I00).
(***) Doctora por la Universidad de Granada con mención en Doctorado Europeo. Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Granada. Miembro de la Unidad de Excelencia de Investigación "Sociedad Digital: Seguridad y Protección de Derechos" (sd2.ugr.es). ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8287-9001. Correo electrónico: jabalera@ugr.es.

for its possible incompatibility with International Tax Law and European Law. In this work, we will analyze the essential elements of this tax, we will identify the main controversial issues that its legal regime raises from international and european law, and we will try to answer to them.

Keywords: Tax Law - European taxation - Digital economy - Digital Services Tax - International taxation - Double Taxation Avoidance Agreement - Non-discrimination - Spain

1. Introducción

A comienzos del mes de julio de 2021 se ha alcanzado un acuerdo histórico en el seno de la OCDE Marco Inclusivo sobre BEPS, al que se han adherido ya 130 países y jurisdicciones, con el que pretende sentar los cimientos de un nuevo marco para la Fiscalidad Internacional, y que persigue garantizar que las grandes empresas paguen su parte justa de impuestos (*fair share tax*) con independencia del país en el que desarrollen sus actividades económicas(1). Este nuevo marco, cuyos aspectos esenciales se darán a conocer en el mes de octubre, permite adaptar los rasgos esenciales del sistema tributario internacional, a la economía del Siglo XXI, cada vez más digitalizada y globalizada. Conviene recordar, en este sentido, que reformar el sistema tributario internacional para abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía, reestablecer el equilibrio del marco fiscal internacional y evitar la aparición de nuevas medidas fiscales unilaterales descoordinadas ha sido una prioridad de la comunidad internacional en los últimos años (OECD/G20 Inclusive Framework on BEPBS, 2020, p. 1).

Instituciones internacionales como la OCDE y la ONU, y organismos supranacionales, como la UE, han centrado sus esfuerzos en ofrecer una solución consensuada y coordinada a la problemática fiscal planteada por la digitalización e internacionalización de las actividades económicas, siendo dicha respuesta común hoy en día aún más necesaria en el actual contexto de pandemia provocada por el COVID-19. De ahí la relevancia de la Declaración política alcanzada recientemente en la que, como viene siendo habitual desde enero de 2019(2), se organizan las propuestas presentadas en torno a dos grandes pilares. El Pilar 1 garantizará una distribución más justa y eficiente de los derechos impositivos de los diferentes Estados, al incorporar, junto al tradicional reparto entre los Estados de residencia y de la fuente, a la jurisdicción de mercado. Para ello, se propone un nuevo marco normativo para la asignación de los derechos impositivos y de beneficios imponibles obtenidos por las grandes empresas multinacionales, incluidas también las digitales, en las jurisdicciones de mercado en las que llevan a cabo su actividad económica, y obtienen beneficios, cuenten o no con presencia física en dichos territorios. Por otra parte, el Pilar 2 tiene como objetivo garantizar una tributación mínima global de los grupos multinacionales, y evitar así una posible erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Para ellos se propone la adopción de un impuesto mínimo global que los Estados pueden aplicar para proteger su base imponible.

Aunque se trata de un acuerdo crucial, aún queda un largo camino por recorrer hasta que esta declaración política se materialice en una propuesta articulada y consensuada nuevamente en el marco de la OCDE Inclusive Framework on BEPS, y se implemente, a continuación, por los distintos Estados y jurisdicciones en sus respectivos ordenamientos internos. Hasta que llegue ese momento, si llega, seguirán resultando operativas las medidas adoptadas por los diferentes Estados a título individual con el objetivo de hacer frente a los retos de la

(1) Nos referimos a la Declaración política Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Economy, presentada por la OECD/G20 Inclusive Framework on Beps, el 1 de julio de 2021. *Véase* en https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2021.pdf.

(2) El Marco Inclusivo sobre BEPS publicó en enero de 2019 una concisa declaración política en la que, con el fin de alcanzar una solución estructural global sobre los retos de la fiscalidad de la economía digital, organizaba las diferentes propuestas presentadas hasta ese momento en torno a dos grandes Pilares. El Primer Pilar se centra en la atribución de los derechos de imposición en el ámbito internacional con el fin de revisar los criterios de conexión y las normas sobre imputación de beneficios a cada jurisdicción (re-allocation of profit and revised nexus rules); mientras que el Segundo Pilar se ocupa de algunas cuestiones pendientes relativas a la erosión de las bases imponibles y al traslado de beneficios (Global anti-base erosion proposal). *Véase* Abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía - Declaración política, aprobada por el Marco Inclusivo sobre BEPS el 23 de enero de 2019 en www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf.

digitalización económica, y salvaguardar la sostenibilidad de sus sistemas financieros, especialmente, en la coyuntura actual de crisis sanitaria, económica y social provocada por la pandemia del COVID 19.

Conviene recordar en este sentido que la ausencia de consenso internacional hasta la fecha y la necesidad de adoptar medidas apelando a la sostenibilidad de las arcas públicas ha determinado que algunos Estados a nivel individual reaccionen incorporando medidas fiscales de diferente calado(3), consistentes, a grandes rasgos, en la articulación de regímenes fiscales específicos para las grandes empresas multinacionales (como en Reino Unido, Australia y EEUU), en la modificación de la definición de establecimiento permanente con el fin de incluir un nuevo criterio de sujeción que tenga en cuenta la presencia virtual de una empresa (como es el caso de Israel, India, Arabia Saudí, y, en el seno de la UE, de Italia y Eslovaquia); o, en su caso, en la aplicación de una retención en la fuente sobre determinados productos y servicios digitales (como sucede en Malasia, Brasil, Reino Unido y Grecia). Entre estas acciones individuales, se encuentran los Impuestos sobre Determinados Servicios Digitales en sus diferentes variantes.

Se trata, a grandes rasgos, de impuestos específicos y sectoriales que recaen sobre el volumen de negocio de determinadas operaciones electrónicas y/o modelos de negocio digitales. En el escenario europeo, Austria, Francia, Hungría, Italia, Polonia, Turquía y Reino Unido cuentan ya con un Digital Services Tax (en adelante, DST); Bélgica, República Checa y Eslovaquia, han publicado propuestas para aprobar un DST, y Noruega, Letonia y Eslovenia han anunciado públicamente su intención de incorporar en sus respectivos sistemas tributarios una figura impositiva similar(4).

También en el ámbito de la Unión Europea hubo un intento frustrado de incorporar un Impuesto Europeo sobre determinados Servicios Digitales en 2018(5), y tras su fracaso, un impuesto sobre los servicios de publicidad en línea a comienzos de 2019(6). Esta idea ha cobrado nuevamente fuerza con el anuncio de la creación de un impuesto digital europeo para 2023, del que se estima una recaudación de 1,3 billones de euros(7).

En este contexto, el Estado español no ha querido permanecer al margen y ha aprobado el Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales, en virtud de la Ley 4/2020, de 15 de octubre (en adelante, LIDSD), y su correspondiente desarrollo reglamentario por el Real Decreto 400/2021, de 8 de junio, por el que se desarrollan las reglas de localización de los dispositivos de los usuarios y las obligaciones formales del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales (en adelante, RIDSD). Se trata de un tributo de naturaleza indirecta y provisional con el que se pretende gravar, conforme a lo dispuesto en la referida Ley, la prestación de determinados servicios digitales (exclusivamente, los de publicidad en línea, los de intermediación en línea y los de transmisión de datos) en los que exista intervención de usuarios situados en territorio español. El Impuesto, por tanto, no grava cualquier servicio digital, sino que recae, exclusivamente, sobre unos concretos servicios digitales que se singularizan (o al menos así se considera desde la normativa) por la contribución que realizan los usuarios al proceso de creación de valor de la empresa que presta los servicios y que ésta monetiza.

---

(3) *Véase* la descripción que de las diversas medidas unilaterales adoptadas por los Estados a nivel global para hacer frente a los desafíos de la digitalización económica realiza Sarfo (2018). Puede consultarse, asimismo, la descripción realizada en el Informe Provisional OCDE 2018 (pp. 135-140 y p. 161).

(4) Más allá de Europa, numerosos son los países que también se han decidido a implementar un DST en sus ordenamientos jurídicos, como es el caso de la India, Canadá y Uganda. *Véase*, al respecto, la información facilitada por Tax Foundation en https://taxfoundation.org/digital-tax-europe-2020/

(5) Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del Impuesto sobre Servicios Digitales que grava los ingresos procedentes de determinados servicios digitales, de 21 de marzo de 2018 [COM (2018) 148 final]. Pese a este rechazo, estamos ante una iniciativa legislativa de gran calado y relevancia en cuanto que ha servido de inspiración y de modelo a seguir a varios Estados miembros, entre los que se encuentra nuestro país, para la incorporación en sus respectivos ordenamientos internos de figuras impositivas muy parecidas.

(6) Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre la publicidad digital que grava los ingresos procedentes de la prestación de servicios de publicidad digital, elaborada por la Presidencia con el objeto de alcanzar un acuerdo político en el Consejo ECOFIN de 12 de marzo de 2019. *Véase* en https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6873-2019-INIT/es/pdf

(7) *Véase* European Comission, Financing the recovery plan for Europe, con fecha 27/05/2020, en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/factsheet_3_en.pdf. En este sentido, en la Decisión (UE, Euratom) 2020/2053 del Consejo de 14 de diciembre de 2020, sobre el Sistema de recursos propios de la Unión Europea y por el que se deroga la Decisión 2014/335/UE, Euratom, se reconoce expresamente que la Comisión presentará, como base para nuevos recursos propios, una propuesta relativa a una tasa digital con vistas a su instauración a más tardar el 1 de enero de 2023 (considerando 8).

Precisamente, el usuario es el criterio de sujeción o nexo elegido para legitimar el gravamen. De ahí que se entienda que los servicios digitales son prestados en territorio español cuando el dispositivo del usuario se encuentre localizado en nuestro país en el momento en el que recibe el servicio, y a tales efectos, se toma en consideración con carácter preferente, tal y como veremos, la dirección IP del dispositivo. Por su parte, se consideran contribuyentes de este Impuesto a las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que, con independencia del lugar en el que se encuentren establecidas, superen los dos siguientes umbrales: que el importe de su cifra de negocios en el año natural anterior sea superior a 750 millones de euros; y, además, que el importe total de los ingresos derivados de la prestación de servicios digitales sujetos, y que se consideren obtenidos en territorio español, sea superior a 3 millones de euros. El importe de la cuota tributaria a ingresar será el resultado de aplicar a la base imponible, constituida por los ingresos obtenidos por las prestaciones de servicios digitales realizadas en territorio español, sin incluir el IVA y otros impuestos equivalente, el porcentaje del 3 %.

En este trabajo llevaremos a cabo un análisis de los elementos esenciales del Impuesto español sobre determinados Servicios Digitales (en adelante IDSD), tanto desde un punto de vista material (descripción del hecho imponible, contribuyentes, reglas de localización y cuantificación del impuesto) como formal (deber de autoliquidar y otras obligaciones y deberes de contenido no pecuniario que acompañan a este impuesto) con el fin de identificar algunos de los aspectos controvertidos que su régimen jurídico plantea, prestando especial atención a aquellos que pueden ser más polémicos desde la óptica del Derecho Fiscal Internacional y del Derecho Europeo. Intentaremos brindar una respuesta a las cuestiones problemáticas planteadas como pueda ser, a título ejemplificativo, su posible colisión con los tratados y convenios para evitar la doble imposición; o, en su caso, con las libertades fundamentales europeas, tomando como referencia la argumentación esgrimida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en pronunciamientos recientes que parecen avalar la existencia en el escenario europeo de figuras tributarias similares al impuesto digital español.

2. El IDSD como una solución transitoria a los retos de la digitalización económica

El Impuesto sobre determinados Servicios Digitales persigue, tal y como se reconoce en el Preámbulo de su Ley reguladora, "corregir la inadecuada asignación de derechos de gravamen que se produce como consecuencia de la falta de reconocimiento por las vigentes normas fiscales internacionales de las contribuciones de los usuarios a la creación de valor por parte de las empresas en los países donde éstas desarrollan su actividad". Encuentra su justificación, por tanto, en la inadecuación de la normativa actual del Impuesto sobre Sociedades para gravar los beneficios generados por la digitalización de la economía, junto a razones de "presión social, justicia tributaria y sostenibilidad del sistema tributario", también esgrimidas en su descargo.

Aunque compartimos el planteamiento de partida, en cuanto que la normativa actual no permite revertir en forma de impuesto el gran valor añadido que aportan los contenidos generados por los usuarios, ni los beneficios obtenidos por la comercialización de sus datos (Lagos, 2019, p. 69), especialmente cuando se trata de modelos de negocio que no requieren de presencia física en el territorio en los que se encuentran dichos usuarios; podemos cuestionar, no obstante, si el IDSD es una solución adecuada a esta problemática y si realmente logra el fin perseguido.

Para alcanzar estos objetivos, el IDSD se articula como un tributo provisional que grava la prestación de determinados servicios digitales (únicamente, los servicios de publicidad en línea, de intermediación en línea y de transmisión de datos), por unos concretos operadores económicos (aquellos cuya cifra global de negocios sea superior a 750 millones de euros, y que obtengan, además, unos ingresos superiores a 3 millones de euros por la prestación de los mencionados servicios) a usuarios localizados en territorio español. La cuota a ingresar será el resultado de aplicar, al importe de los ingresos obtenidos por las prestaciones de servicios digitales realizadas en nuestro país, un tipo de gravamen del 3%.

El IDSD comparte objetivos y algunos de los rasgos esenciales de su configuración jurídica, así como también algunas de las carencias, debilidades, insuficiencias y aspectos conflictivos con otros tributos específicos sectoriales que han ido apareciendo en los últimos años en el escenario europeo, y que han sido cuestionados, entre otros motivos, por su potencial conflicto con el Derecho de la Unión Europea; y, en particular, con las libertades fundamentales, con el régimen de ayudas estatales, y con la prohibición de establecer

impuestos sobre el volumen de negocios comparables con el IVA[8]. También han sido polémicos por su potencial conflicto con los Convenios para evitar la doble imposición. Pasamos, a continuación, a analizar los elementos esenciales del régimen jurídico de este impuesto, tratando de determinar su conformidad, o no, con los Convenios para evitar la doble imposición, por un lado, y con el Derecho Europeo, por otro.

3. La controvertida calificación del IDSD como un impuesto indirecto y la problemática que plantea desde la perspectiva del Derecho Internacional y el Derecho Europeo

El art. 1 de la Ley 4/2020 dispone que el IDSD es un "tributo de naturaleza indirecta". Si acudimos al Preámbulo de este texto normativo, se justifica su calificación señalando que "al centrarse en los servicios prestados, sin tener en cuenta las características del prestador de los mismos, entre ellas su capacidad económica, el Impuesto sobre determinados Servicios Digitales no es un impuesto sobre la renta o el patrimonio, y, por tanto, no queda comprendido en los convenios de doble imposición, según se establece en el reiterado Informe intermedio del G20/OCDE".

Se presenta, por tanto, el IDSD como un impuesto formalmente indirecto; y, en consecuencia, ajeno a los Convenios de Doble Imposición. Cabe plantearse, no obstante, si es realmente así. Esta es, no cabe duda, una de las cuestiones que más debate ha generado a nivel doctrinal, siendo considerado por la mayor parte de quienes se han acercado al estudio de esta nueva figura impositiva como un impuesto de naturaleza directa[9], si bien no existe un consenso unánime al respecto[10]. La respuesta a este interrogante, además, trasciende lo puramente dogmático, y puede llegar a tener una gran trascendencia en el ámbito práctico. De ahí el esfuerzo del legislador por justificar su naturaleza y aclarar de manera explícita, aún con afirmaciones un tanto cuestionables, su exclusión del ámbito aplicación de los Convenios para evitar la doble imposición.

Las dificultades para discernir, en este caso, la verdadera naturaleza del IDSD atendiendo a la clasificación tradicional que diferencia entre impuestos directos e indirectos no es un hecho aislado, sino un exponente más de la tendencia consolidada a la creación de figuras tributarias que presentan elementos propios de impuestos de distinta naturaleza, dificultándose, en ocasiones de manera intencionada por parte del legislador, su verdadera caracterización dentro de esta clasificación, lo que genera una gran confusión. Este desconcierto ha ido aumentando conforme se ha intensificado la búsqueda de nuevos nichos de riqueza a explorar (y explotar) fiscalmente, y su correspondiente materialización en nuevos hechos imponibles. En nuestros días, asistimos, como afirma García (2019, p. 74), a una "creatividad fiscal sin precedentes".

De ahí que respecto de este tipo de tributos se haya planteado si tiene sentido mantener esta distinción tradicional entre impuestos directos e indirectos (Soler, 2019), o si quizá sea conveniente comenzar a utilizar otro tipo de parámetros que tomen en consideración, por ejemplo, si se trata de impuestos sobre los ingresos, beneficios o activos, por un lado, o de tributos que funcionen como un incremento de coste para las transacciones, de otro (Van Horzen & Van Esdonk, citado en Macarro, 2020, p. 4).

---

(8) Nos referimos, en concreto, al Impuesto polaco sobre el comercio al por menor de mercancías, que ha sido considerado conforme al régimen europeo de Ayudas de Estado por el Tribunal de Justicia de la UE, en su Sentencia de 16 de marzo de 2021, Comisión/Polonia, C-562/19 P; el Impuesto húngaro que grava los sectores de comercio al por menor, telecomunicaciones y suministro de energía, que ha sido analizado por el TJUE en sus Sentencias de 3 de marzo de 2020, asuntos Vodafone (C-75/18) y Tesco-Global (C-323/18); y, por último, el Impuesto húngaro sobre la Publicidad, que grava cualquier publicación o difusión de publicidad en Internet, predominantemente en lengua húngara, y que ha sido cuestionado, por su posible incompatibilidad con la normativa europea sobre ayudas de Estado, lo cual ha sido descartado en la Sentencia del Tribunal General de 27 de junio de 2019 (case T-20/7), y por la STJUE de 16 de marzo de 2021, asunto C-596/19P; y también por su posible incompatibilidad con la libre prestación de servicios, habiendo sido igualmente rechazada por el TJUE en su Sentencia de 3 de marzo de 2020, Google Ireland, C-482/18. Únicamente este último impuesto, puede considerarse un Digital Service Tax. Se trata, a grandes rasgos, de impuestos sobre el volumen de negocios que extienden los derechos impositivos del Estado en el que se producen las ventas o donde se encuentran los consumidores o usuarios. Aunque no son del todo coincidentes, sí que comparten algunos elementos en común con el IDSD.

(9) Se han posicionado a favor de la calificación del Impuesto sobre servicios digitales como un impuesto directo: Falcón & Tella (2018, p. 3); Martín (2018, p. 28); Menéndez (2019, p. 1); Macarro (2020, p. 26); y Sánchez-Archidona (2020, p. 4).

(10) El Impuesto sobre Servicios digitales ha sido calificado como un impuesto indirecto por García-Herrera (2019, p. 662). Tal y como ha reconocido Soler (2019, p. 29) nos encontramos ante un "falso híbrido", destinado a evitar su configuración como impuesto directo y con ello problemas de Treaty Override.

3.1. La distinción tradicional entre impuestos directos e indirectos: una clasificación en crisis y su proyección europea. El difícil encaje del IDSD

Siguiendo a Sáinz de Bujanda (1993), la clasificación entre impuestos directos e indirectos es, fundamentalmente, positiva, en cuanto que realizada por el ordenamiento jurídico. La doctrina utiliza distintos criterios para justificarla, y ello es así por dos razones: de un lado, porque en cada sistema impositivo se siguen unos criterios que no tienen por qué ser universalmente aceptados; y de otro porque, a su vez, dentro de un mismo ordenamiento los criterios de distinción pueden ser varios y, además, a veces, y no le falta razón, "no se utilizan con rigor".

En el ordenamiento jurídico español son dos los criterios utilizados tradicionalmente para discernir acerca de la naturaleza directa o indirecta de un tributo. Conforme al criterio económico se atiende a la naturaleza de la riqueza gravada, esto es, al objeto del impuesto. En este sentido, se consideran impuestos directos aquellos que recaen sobre la renta obtenida o sobre el patrimonio, e indirectos los que tiene por objeto la circulación o tráfico de la riqueza y las diversas modalidades de consumo o renta gastada.

Conforme al criterio jurídico, se toma en consideración el método de imposición utilizado. Se considera en este sentido que se sigue un método impositivo directo cuando la normativa tributaria establece la obligación de pago del impuesto a cargo de un determinado sujeto, sin conceder a este un derecho legal a resarcirse -a cargo de otra persona que no forme parte del círculo de obligados en la relación jurídica tributaria- de la suma pagada por el primero al ente público acreedor. En este caso, el ente público obtiene las cuotas tributarias de las personas a las que la norma quiere efectivamente someter a gravamen. Por su parte, se emplea un método de imposición indirecto cuando la norma faculta al sujeto pasivo del impuesto para obtener de otra persona, que no forme parte del círculo de obligados en la relación jurídica tributaria, el reembolso del impuesto pagado al ente público acreedor. En este supuesto, la exacción se produce de manera indirecta, en cuanto que "el ente público obtiene las cuotas impositivas de personas distintas de aquellas a las que la ley quiera gravar, haciendo que los contribuyentes exijan a estas últimas el reintegro de las cuotas satisfechas por ellos al fisco" (Sáinz de Bujanda, 1993, p. 177).

Si trasladamos estos dos criterios al IDSD resulta claro que, atendiendo al criterio jurídico, nos encontramos ante un impuesto directo, en cuanto que no se prevé un mecanismo de repercusión jurídica de los prestadores de servicios digitales a los usuarios de los mismos, resultando un tanto más problemática su calificación desde una perspectiva económica. Como veremos, el IDSD grava las prestaciones de determinados servicios digitales en los que exista intervención de usuarios situados en territorio español, siendo considerado sujeto pasivo contribuyente el prestador del servicio, y cuantificándose el impuesto a partir de los ingresos, excluido el IVA y otros impuestos equivalentes, obtenidos por cada una de las prestaciones de servicios digitales sujetas al impuesto en nuestro país. Atendiendo a la configuración jurídica del impuesto, cabe plantearse si estamos ante un impuesto indirecto en cuanto que recae sobre las ventas de determinados servicios digitales, al tomarse en consideración el volumen de facturación de la empresa por la prestación de dichos servicios[11]; o, en su caso, si es un impuesto directo en cuanto que realmente se somete a gravamen el beneficio (renta) obtenido por el prestador de estos servicios, si bien, en este supuesto, la renta gravada no es neta.

Para responder a este interrogante, resulta necesario realizar un análisis de todos los elementos del tributo, intentando priorizar la realidad sustancial respecto de la formal (Macarro, 2020, p. 26). La confusión deriva de la ya mencionada hibridación de los elementos característicos de la clasificación tradicional que diferencia entre impuestos directos e impuestos indirectos. El IDSD recae sobre unas transacciones en concreto y para su cuantificación se parte de una magnitud económica vinculada tradicionalmente a la imposición indirecta, como es la relativa al volumen de negocio, esto es, el importe de los ingresos obtenidos por la entrega de bienes o la prestación de servicios, sin deducción de costes y sin incluir el IVA y otros impuestos equivalentes, en un período de tiempo determinado, haciendo surgir la duda de si estos rasgos convierten al IDSD en un impuesto indirecto; o, en su caso, si pese a la presencia de los mismos puede mantenerse su calificación como directo.

Vinculado a lo anterior, también se plantea la duda de si resulta imprescindible para que pueda entenderse gravada una capacidad

(11) García (2019, p. 41) reconoce que "dado que se grava el importe bruto (y, por tanto, el precio) los impuestos a los beneficios de las empresas digitales terminan por materializarse como impuestos al consumo".

económica manifestada a través de la renta, que esta sea considerada en su valor neto, con deducción, por tanto, de los gastos necesarios para su obtención. Estas cuestiones subyacen en los asuntos Vodafone (C-75/18) y Tesco-Global (C-323/18). Si bien el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no llega a pronunciarse expresamente sobre las mismas, sí lo hace la abogada general Kokott en sus conclusiones, en las que afirma, refiriéndose al impuesto húngaro sobre el sector de las telecomunicaciones, que:

> Al contrario de lo que sucede en los impuestos directos "normales" sobre la renta, no se utiliza como base imponible el beneficio obtenido (…), sino el volumen de negocios alcanzado en un período determinado. Eso (…) no altera la condición de impuesto directo.

Así mismo, concluye que, "en consecuencia, el impuesto específico húngaro constituye un impuesto particular sobre la renta (directo) basado en el volumen de negocios, destinado a gravar la especial capacidad financiera de las empresas de telecomunicaciones" (Kokott, 2019, ap. 36-37). Para esta abogada general, y compartimos su opinión, resulta imprescindible determinar si, atendiendo al diseño del impuesto, se pretende gravar la capacidad financiera especial de las empresas (prestadoras del servicio de telecomunicaciones, de entrega de bienes en comercio minorista, de publicidad online, y añadimos, de otros servicios digitales como intermediación en línea o transmisión de datos) o en su caso, de los destinatarios de dichos servicios. Al respecto, la respuesta parece ser obvia: el IDSD se centra en la manifestación de capacidad económica del prestador de determinados servicios digitales cuando recibe el flujo económico de los mismos. Luego, en este sentido, podríamos considerar que se trata de un impuesto directo.

Por otra parte, teniendo en cuenta las dificultades para calificar este impuesto conforme al criterio económico y su incuestionable consideración como directo atendiendo al método de imposición seguido; surge el interrogante acerca de cuál es el criterio que se ha de priorizar para realizar dicha calificación. Al respecto, hay autores que consideran que un aspecto decisivo para que un impuesto sea considerado como indirecto es que se prevea, desde la normativa, la repercusión jurídica del mismo, especialmente en aquellos supuestos en los que el adquirente o consumidor del bien o del servicio no es el deudor del impuesto, como sucede en el caso del IDSD. La ausencia de esta nota esencial determina su calificación como directo. En este sentido, afirma Falcón y Tella (2018), refiriéndose a la propuesta europea de impuesto sobre servicios digitales, que para asegurar su naturaleza indirecta:

> Bastaría con establecer la repercusión obligatoria del nuevo impuesto sobre cada venta. De esta forma no sería un impuesto directo, sobre la renta del vendedor, sino un impuesto indirecto sobre cada comprador, aunque en la práctica jugaría un papel similar en cuanto permitiría a los Estados incidir sobre el beneficio obtenido sin la mediación de un establecimiento permanente tradicional (p. 3).

Sin embargo, para García-Herrera (2019, p. 662), la ausencia de repercusión no impide su calificación como impuesto indirecto. Bajo el prisma del Derecho Europeo, el que no se contemple en la normativa un mecanismo de repercusión de la cuota tributaria hacia el destinatario del servicio gravado, nos permite concluir, como veremos seguidamente, que no se trata de un impuesto sobre el volumen de negocios comparable con el IVA, pero no predetermina automáticamente su naturaleza. Al respecto, conviene recordar que el Tribunal de Justicia no exige como requisito sine qua non para que un tributo sea considerado como indirecto la repercusión jurídica, aunque sí suele tomar en consideración la posibilidad de trasladar la carga tributaria a un tercero.

En este sentido, tiende a considerar como indirectos aquellos impuestos cuyo coste se traslada a los consumidores vía precio, al margen de un mecanismo jurídico de repercusión, de manera diversa a lo que sucede en el IVA o en determinados Impuestos Especiales (Almodóvar & Almudí, 2020, p. 71). Lo relevante a estos efectos es que exista alguna certeza de que la carga del impuesto va a recaer sobre el consumidor final (TJUE, 2018, ap. 46). En el caso del IDSD, si bien nada impide que la traslación económica del impuesto se produzca de hecho, la ausencia de la certeza anteriormente mencionada impide que pueda ser considerado un impuesto indirecto en este sentido.

3.2. El IDSD como Impuesto indirecto y su relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido y los Impuestos Especiales.

El que el IDSD sea calificado formalmente como indirecto plantea dudas acerca de su compatibilidad con el IVA y los Impuestos Especiales. Al respecto, conviene recordar que el art. 401 de la Directiva 2006/112, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido, permite a los Estados miembros establecer o mantener impuestos sobre los contratos de seguros, sobre juegos y apuestas, impuestos especiales, derechos de registro, y en general, cualquier impuesto, derecho o gravamen que no tenga el carácter de impuesto sobre el volumen de negocios, siempre que, eso sí, la recaudación de los

mismos no dé lugar, en los intercambios comerciales entre los Estados miembros, a formalidades relacionadas con el paso de la frontera.

A la vista del tenor literal del precepto, los Estados miembros conservan la facultad de establecer o mantener otros impuestos indirectos concurrentes con el IVA, siempre que estos no tengan el carácter de impuestos sobre el volumen de negocios, y ello con el objeto de evitar que se establezcan impuestos, derechos o gravámenes que, al gravar la circulación de bienes y servicios de manera comparable al IVA, pongan en peligro el funcionamiento del sistema común del mismo. Es preciso, por tanto, en cada caso:

> Cerciorarse de si produce el efecto de entorpecer el funcionamiento del sistema común del impuesto sobre el valor añadido (IVA) al gravar la circulación de bienes y servicios e incidir en las transacciones comerciales de manera comparable a la que caracteriza al IVA (TJUE, 2006, ap. 22; TJUE, 2007, ap. 59; TJUE, 2020, ap. 59).

Partiendo de lo anterior, el Tribunal de Justicia ha resuelto que "en todo caso, debe considerarse que gravan la circulación de bienes y servicios de manera comparable al IVA los impuestos, derechos o gravámenes que presentan las características esenciales del IVA, aunque no sean idénticos a este en todos sus aspectos" (TJUE, 2006, ap. 26; TJUE, 2018, ap. 37; TJUE, 2020, ap. 60). Basta con que no concurra una de las características esenciales del IVA para que no exista ningún problema de compatibilidad con la Directiva IVA.

De la jurisprudencia del TJUE se desprende que son cuatro las características esenciales de este impuesto indirecto armonizado, a saber; (i) la aplicación del IVA con carácter general a las transacciones que tengan por objeto bienes o servicios; (ii) la determinación de su cuota en proporción al precio percibido por el sujeto pasivo como contraprestación de los bienes que entregue o de los servicios que preste; (iii) la percepción del impuesto en cada fase del proceso de producción y de distribución, incluido el de venta al por menor, con independencia del número de transacciones efectuadas anteriormente; y (iv) la deducción del IVA devengado por un sujeto pasivo de los importes abonados en las etapas anteriores del proceso de producción y de distribución, de manera que, en una fase determinada, el impuesto se aplica solo al valor añadido en esa fase y que su carga final recae en definitiva sobre el consumidor (TJUE, 1989, aps. 18-20; TJUE, 1992, ap. 11; TJUE, 1992, ap. 28; TJUE, 2007, s/ap.; TJUE, 2018, ap. 39; TJUE, 2020, ap. 62).

En el caso del IDSD, podemos afirmar que no concurren las notas primera, tercera y cuarta. En efecto, no estamos ante un impuesto general sobre el volumen de negocios en el sentido del primer criterio, en cuanto que el IDSD solo resulta aplicable a determinadas prestaciones de servicios (y, además, realizadas por unos específicos operadores económicos, no todos); además, no es un impuesto multifásico que se aplique sobre el valor añadido en cada fase del ciclo productivo, y, por último, no es un impuesto destinado a ser repercutido sobre los consumidores (Kokott, 2019, ap. 33). En este sentido, la Abogada General Kokott recuerda, refiriéndose al impuesto húngaro sobre el sector de las telecomunicaciones, que cuando el consumidor no es el deudor del impuesto, este debe estar destinado a ser repercutido sobre el consumidor en concreto. En el caso del IDSD ya hemos indicado que el sujeto pasivo es el prestador del servicio, y no se contempla en la normativa la repercusión jurídica de la cuota hacia el adquirente de dicho servicio (usuario), sin que un previsible aumento de los precios para compensar la carga fiscal que habrán de soportar los sujetos pasivos sea suficiente para afirmar que estamos en presencia de una repercusión hacia el consumidor final (Sánchez-Archidona, 2020, pp. 7-8).

Una vez descartada su incompatibilidad con el IVA, podríamos plantearnos su condición de impuesto especial particular; y, en consecuencia, su conformidad con el Derecho europeo atendiendo a la prohibición impuesta a los Estados miembros de crear y exigir este tipo de impuestos en las condiciones que establece el artículo 1, apartados 2 y 3 de la Directiva 2008/118/CE. Recordemos, en este sentido, que los Impuestos especiales (o Accisas, siguiendo la terminología europea) son impuestos sobre determinados productos (consumos) específicos en los que destaca, junto a su finalidad recaudatoria típica, la persecución de un fin extrafiscal.

En particular, en la Directiva 2008/118/CE se establece el régimen general en relación a los impuestos especiales que gravan, directa o indirectamente, el consumo de los productos energéticos y electricidad, el alcohol y bebidas alcohólicas y las labores del tabaco. En dicha norma comunitaria se contempla expresamente la posibilidad de que los Estados miembros puedan imponer en relación a los productos sujetos a estos impuestos especiales, otros gravámenes indirectos con fines específicos, siempre y cuando se respeten los condicionantes que se fijan en la propia norma, junto a los que se

derivan de la normativa específica sobre el IVA. Asimismo, en la citada Directiva se prevé expresamente, y esta disposición cobra relevancia en relación al IDSD, que los Estados miembros pueden recaudar impuestos sobre prestaciones de servicios, incluidos los relacionados con productos sujetos a impuestos especiales, que no tengan el carácter de impuestos sobre el volumen de negocios, siempre que no dé lugar en el comercio entre Estados miembros, a trámites conexos al cruce de fronteras.

En consecuencia, los Estados miembros pueden crear impuestos sobre cualesquiera prestaciones de servicios (y, por tanto, sobre la prestación de servicios digitales) siempre que, eso sí, se cumplan estos dos requisitos: de un lado, que el impuesto creado no pueda ser considerado un impuesto sobre el volumen de negocios, y de otro, que dicho impuesto no dé lugar en el comercio entre Estados miembros a formalidades relativas al cruce de fronteras. En el caso del IDSD, ya hemos descartado que pueda ser considerado un impuesto sobre el volumen de negocios siguiendo la jurisprudencia del TJUE; de ahí que no exista ningún inconveniente para su establecimiento conforme a lo dispuesto en la Directiva 2008/118/CE, siempre que no genere trámites en relación con el cruce de fronteras (TJUE, 2000, aps. 21-29), condición impuesta con el fin de garantizar la libre circulación de productos y servicios en el mercado europeo.

3.3. El IDSD como impuesto directo y su relación con los CDIs

La calificación del IDSD como un impuesto directo podría dar lugar a doble imposición, sin duda, en el ámbito interno al considerar contribuyentes también a las entidades residentes y, también, en el ámbito transnacional; y, además, podría entrar en colisión y resultar incompatible con los Convenios de doble imposición.

En el ámbito interno, no obstante, conviene aclarar que, pese al silencio de la Ley 4/2020, y conforme a la normativa actualmente vigente reguladora del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, el IDSD será considerado gasto deducible para las entidades sujetas al mismo[12].

A nivel europeo, más allá de las Directivas expresamente concebidas para corregir los fenómenos de doble imposición que recaen sobre determinadas operaciones y rentas obtenidas a nivel societario, como pueda ser la Directiva matriz-filial (Consejo de la Unión Europea, 2011)[13] o la referente al pago de cánones (Consejo de la Unión Europea, 2003), no existe obligación para los Estados miembros de corregir los fenómenos de doble imposición derivados del ejercicio de su soberanía fiscal en el ámbito de la imposición directa. Así lo recuerda el Tribunal de Justicia, reconociendo que los Estados miembros no tienen la obligación de adaptar su sistema tributario a los diferentes sistemas de tributación de los otros Estados miembros para eliminar específicamente la doble imposición (TJUE, 2016, ap. 47). Este Tribunal ha declarado reiteradamente que:

> A falta de una armonización a nivel de la Unión, las desventajas que pueden resultar del ejercicio paralelo por diferentes Estados miembros de la potestad tributaria, siempre y cuando tal ejercicio no sea discriminatorio, no constituyen restricciones a la libertad de circulación (TJUE, 2011, ap. 38; TJUE, 2013, ap. 28; TJUE, 2016, ap. 47).

En cualquier caso, pese a la inexistencia de dicha obligación, la Comisión Europea aconseja en su Propuesta de Directiva de un Impuesto Europeo sobre determinados Servicios Digitales que los Estados miembros

(12) En efecto, aunque la Ley reguladora del IDSD no se pronuncie expresamente acerca de su posible deducibilidad para evitar situaciones de doble imposición, lo cierto es que este impuesto puede ser considerado un gasto deducible de la base imponible para las empresas residentes sujetas al impuesto digital, así como también para las empresas no residentes que realizan su actividad a través de un establecimiento permanente, o en su caso, que procedan de un Estado miembro de la UE, conforme a lo previsto en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), y el Real Decreto legislativo 5/2004 de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (TRLIRNR). Debemos recordar, en este sentido, que para determinar la base imponible en el IS y en el IRNR (cuando se opera a través de un establecimiento permanente), se parte del resultado contable de la entidad -en concreto, del saldo que arroje la cuenta de pérdidas y de ganancias-, al que se practican los ajustes fiscales o extracontables previstos en la propia Ley fiscal, respecto de aquellas partidas u operaciones para las que dicha norma prevé un tratamiento distinto al mercantil. En el caso de que la normativa fiscal no se pronuncie acerca de la calificación, valoración o imputación temporal de un determinado ingreso o gasto contabilizado, se dará por bueno su tratamiento contable. En este sentido, en el art. 15 de la LIS, al que se remite el art. 18 del TRLIRNR, no se menciona el IDSD en el listado de gastos que no serán fiscalmente deducibles; de ahí que, como decíamos al comienzo del presente párrafo, pueda ser considerado un gasto deducible.

(13) Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

permitan la deducibilidad del impuesto sobre servicios digitales con la finalidad de reducir los posibles casos de doble imposición.

Por otra parte, la calificación del IDSD como impuesto directo plantea el interrogante acerca de su compatibilidad con los Convenios para evitar la doble imposición (en adelante, CDIs). De hecho, todo el esfuerzo por situarlo como un impuesto indirecto, persigue, como objetivo fundamental, evitar su posible colisión con los CDIs. Ahora bien, como ha reconocido Macarro (2020, p. 5), el que no sea considerado un impuesto indirecto, no es un elemento decisivo para su encaje en el sistema de convenios de doble imposición. La respuesta dependerá del CDI en concreto que resulte aplicable en cada supuesto en particular atendiendo a la residencia de la entidad prestadora de los servicios digitales sujetos al IDSD.

El Modelo de Convenio sobre la renta y el patrimonio de la OCDE (en adelante, MC OCDE) define, en su art. 2, el ámbito de aplicación respecto de los tratados bilaterales inspirados en el mismo(14). Según se indica en su apartado 1, el Convenio se aplica a los "Impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio", siendo irrelevante la autoridad por cuenta de la cual se exigen estos impuestos y también el sistema de exacción seguido. Tal y como se reconoce en los Comentarios a este art. 2, se ha descartado la expresión "impuestos directos", por resultar bastante más imprecisa. El apartado 2 del citado art. 2 MC OCDE, define lo que debe entenderse por impuestos sobre la renta y el patrimonio a estos efectos; señalando que tendrán esta consideración "los que gravan la totalidad de la renta o del patrimonio o cualquier parte de los mismos, incluidos los impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de la propiedad mobiliaria o inmobiliaria, los impuestos sobre los importes totales de los sueldos o salarios pagados por las empresas, así como los impuestos sobre las plusvalías latentes".

En su apartado 3 se enumeran los impuestos vigentes en cada uno de los Estados contratantes en el momento de firma del convenio, si bien como se aclara en los Comentarios, dicha relación no es exhaustiva. Precisamente por ello, el apartado 4 reconoce a continuación que "el Convenio se aplicará igualmente a los impuestos de naturaleza idéntica o análoga que se establezcan con posterioridad a la fecha de firma del mismo, y que se añadan a los actuales o se sustituyan", comprometiéndose cada Estado contratante a notificar al otro cualquier modificación significativa introducida en su legislación tributaria y que tenga relevancia a estos efectos, como pueda ser la relativa a la creación o sustitución de figuras impositivas integradas en el campo de aplicación del Convenio.

Al respecto, se ha de mencionar que algunos Estados optan por eludir la inclusión en los CDIs de los apartados 1 y 2 anteriormente referidos, y simplemente se limitan a incorporar el listado no exhaustivo de impuestos a los que se aplica el Convenio, precisando que este también resultará aplicable a los impuestos similares a los enumerados que se incorporen con posterioridad. Este es el caso, por citar un ejemplo, del Convenio firmado con Estados Unidos(15), en el que tras incluir el listado de impuestos a los que resulta aplicable (citándose, en el caso de nuestro país, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre Sociedades), se añade que el Convenio se aplicará igualmente a los impuestos de naturaleza idéntica o análoga que se establezcan con posterioridad a la fecha de la firma del mismo y que se añadan a los actuales o les sustituyan. En este supuesto concreto, tendríamos que preguntarnos si el IDSD puede ser considerado un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IRPF o al IS; siendo la respuesta, en nuestra opinión, negativa si tomamos en consideración no tanto la manifestación de riqueza efectivamente gravada como expresión de la capacidad económica de un sujeto (la renta en este caso), sino el objeto y finalidad específica de cada uno de estas figuras impositivas, junto a los elementos esenciales que configuran su régimen jurídico.

En el caso de España, no obstante, la mayor parte de los CDIs suscritos siguen lo previsto en el MC OCDE al identificar los impuestos que quedan integrados por dichos Convenios, abarcando, por tanto, los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, mención que se acompaña además de una delimitación conceptual de qué se entiende por este tipo de impuestos a estos efectos, de una relación ejemplificativa

(14) El art. 2 del Modelo de Convenio de la ONU también se refiere al ámbito de aplicación. En este trabajo, teniendo en cuenta que la mayoría de los CDIs firmados por España se encuentran inspirados en el MC OCDE hemos centrado nuestro análisis en este último.

(15) Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los Impuestos sobre la renta, de 22 de febrero de 1990 (BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1990).

de impuestos que quedan comprendidos bajo dicho concepto, y su extensión a cualquier otra figura impositiva de naturaleza análoga o idéntica que se establezcan con posterioridad[16]. En estos supuestos, se ha de examinar si el IDSD puede ser considerado un impuesto sobre la renta conforme a la definición que se incorpora en el propio Convenio; y, además, comprobar si presenta una identidad análoga o similar a los impuestos singularmente identificados en el referido listado (habitualmente el IRPF y el IS).

Como vemos, la redacción que se dé en cada CDI al artículo en el que se delimita su ámbito de aplicación objetivo resulta decisiva para determinar la inclusión, o no, de una nueva figura tributaria (en nuestro caso, del IDSD) dentro del mismo. Si se hace referencia al impuesto sobre la renta y el patrimonio, deberá examinarse si el nuevo impuesto presenta características subsumibles en dichas categorías impositivas[17]; en el caso de que se omita dicha referencia, y se incluya directamente un listado exhaustivo de figuras tributarias a las que se aplicará el Convenio, deberá realizarse el análisis atendiendo a dicha enumeración (Macarro, 2020, p. 10); y, en el supuesto de que esta se acompañe de la cláusula dinámica para cambios futuros, comprobar si es sustancialmente idéntico a los impuestos incluidos en el listado. De ahí que la respuesta varíe, en cada caso, en función del CDI que resulte aplicable atendiendo a la residencia del prestador del servicio digital sujeto al IDSD.

4. La delimitación del ámbito de aplicación del IDSD y su compatibilidad con las libertades fundamentales europeas y el régimen de ayudas estatales

El IDSD no grava cualquier servicio digital, sino que recae, exclusivamente, sobre unos concretos servicios digitales que se singularizan (o al menos así se considera desde su Ley reguladora) por la contribución que realizan los usuarios al proceso de creación de valor de la empresa que presta los servicios y que esta monetiza. Se pretende abarcar, por tanto, solo aquellos servicios digitales que no podrían existir en su configuración actual sin la implicación de los usuarios; de ahí que sea precisamente el usuario el nexo utilizado para legitimar el gravamen.

Por otra parte, lo que se pretende someter a gravamen no es el simple acceso del usuario a la interfaz digital del prestador del servicio ni su mera participación, sino los ingresos obtenidos por el prestador por el aprovechamiento económico de la contribución del usuario. Resulta indiferente, a estos efectos, que las actividades digitales sujetas sean realizadas entre empresas (B2B) o con particulares (B2C).

4.1. La definición del hecho imponible: acotación de los servicios digitales sujetos y su confrontación con el Derecho Europeo

En la definición del hecho imponible se declaran sujetas "las prestaciones de servicios digitales realizadas en el territorio de aplicación del mismo por los contribuyentes del impuesto" (art. 5 LIDSD).

A estos efectos, se consideran servicios digitales sujetos, únicamente, los siguientes:

- Los servicios de publicidad en línea, consistentes en la inclusión en una interfaz digital, propia o de terceros, de publicidad dirigida a los usuarios de dicha interfaz[18]. Solo se grava la denominada

(16) Así sucede en el Convenio entre España y Bolivia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio de 30 de junio de 1997 (BOE de 10 de diciembre de 1998); Convenio entre España y Brasil de 14 de noviembre de 1974 (BOE 31 diciembre 1975); Convenio entre España y Chile de 7 de julio de 2003 (BOE 2 de febrero de 2004); Convenio entre España y Colombia de 31 de marzo de 2005 (BOE 28 octubre 2008); Convenio entre España y El Salvador de 7 de julio de 2008 (BOE 5 junio 2009), Convenio entre España y Uruguay de 9 de octubre de 2009 (BOE 12 abril 2011), entre otros. En otros casos, como sucede en el Convenio entre España y Ecuador de 20 de mayo de 1991 (BOE de 5 de mayo de 1993), al definir el ámbito de aplicación del convenio se indica que el mismo resulta aplicable a los impuestos sobre la renta y el patrimonio, sin incorporar una definición de lo que puede considerarse como tal, y señalando, a continuación, el listado de impuestos que se comprenden bajo dicha calificación, junto a la cláusula de integración dinámica.

(17) Al respecto, para determinar el significado de impuesto sobre la renta a estos efectos, en el caso de que este término no aparezca definido en el Convenio, se estará al significado que en ese momento le atribuya la legislación del Estado contratante de que se trate, prevaleciendo el significado atribuido por la legislación fiscal sobre el que resulte de otras normas, y siempre que de su contexto no se infiera una interpretación diferente (art. 3.2 MCOCDE).

(18) En este supuesto se incluyen los ingresos por publicidad orientada a sus usuarios que puedan obtener las redes sociales como Facebook, Instagram, Twitter, YouTube, Twitch, etc., y los motores de búsqueda generalista como Google, Baidu, Bing, y Yahoo, o específica, como Spotify y Deezer, entre otras.

"publicidad dirigida", entendiendo por tal "cualquier forma de comunicación digital comercial con la finalidad de promocionar un producto, servicio o marca, dirigida a los usuarios de una interfaz digital basada en los datos recopilados de ellos". A estos efectos, se considerará que toda publicidad es dirigida, salvo prueba en contrario[19].

- Los servicios de intermediación en línea, consistentes en la puesta a disposición de los usuarios de una interfaz digital multifacética, esto es, una interfaz que les permita localizar e interactuar con distintos usuarios de forma concurrente, y en su caso, que facilite, además, la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios entre dichos usuarios[20]. En tal caso, esas posibles entregas o prestaciones de servicios entre usuarios no serán gravadas por el impuesto, como mencionaremos seguidamente.
- Los servicios de transmisión de datos, considerando como tales "los de transmisión con contraprestación, incluidas la venta o cesión, de aquellos datos recopilados acerca de los usuarios, que hayan sido generados por actividades desarrolladas por estos últimos en las interfaces digitales" (art. 4.8 LIDSD)[21].

Se completa la definición del hecho imponible con la incorporación de un listado cerrado de supuestos de no sujeción. En concreto, no estarán sujetas al impuesto las siguientes entregas de bienes y prestaciones de servicios:

a) La venta de bienes o servicios contratados en línea a través del sitio web del proveedor de esos bienes o servicios en las que este no actúa en calidad de intermediario, esto es, las operaciones de "comercio electrónico" en sentido estricto.

b) Las entregas de bienes y prestaciones de servicios entre los usuarios en el marco de un servicio de intermediación en línea.

c) Las prestaciones de servicios de intermediación en línea consistentes en el suministro de contenidos digitales a los usuarios, servicios de comunicación o servicios de pago[22].

d) Las prestaciones de servicios financieros regulados[23], junto a los de transmisión de datos, realizados por entidades financieras reguladas.

e) Las prestaciones de servicios digitales cuando sean realizadas entre entidades que formen parte de un grupo con una participación, directa o indirecta, del 100 por 100.

Esta delimitación de servicios digitales sujetos, o en su caso, no sujetos a gravamen ha sido cuestionada por quienes se han acercado al estudio de esta nueva figura impositiva (Calderón, 2018, p. 6; García, 2019, p. 5; Menéndez, 2019, p. 4; Lagos, 2019, p. 67; entre otros). La selección de servicios digitales gravados se justifica por el legislador atendiendo a la necesidad de acotar aquellos en los que existe una mayor contribución de los usuarios; y, por tanto, una mayor monetización por parte de las empresas que se sirven de las aportaciones de esos usuarios. Ahora bien, podemos preguntarnos si están todos los que son, o si se echa en falta algún servicio digital más, especialmente, si comparamos la delimitación de servicios digitales sujetos al IDSD con las propuestas

(19) El art. 4 LIDSD aclara que se va a considerar proveedor del servicio gravado a la entidad que incluye la publicidad digital, sea ésta, o no, la propietaria de la interfaz digital.

(20) Tal sería el caso, por ejemplo, de Twitter, Facebook, Instagram, Tik Tok, Tinder, LinkedIn, Xing, respecto de los servicios de intermediación en línea que permiten a los usuarios interaccionar entre ellos, y Wallapop, Idealista, Blablacar, Uber, Amazon, Alibaba, Aliexpress, Cabify, Didi, Chuxing, Zalando, Airbnb, entre otros, que además permiten a los usuarios intercambiar bienes o servicios.

(21) Se incluyen bajo el ámbito de aplicación de este supuesto de sujeción los modelos de negocio de determinadas empresas, conocidas como brókeres de datos, que se dedican a comprar y recopilar información personal que luego revenden o comparten para obtener beneficios, como pueda ser Palantir Technologies, Acxiom, Corelogic, Datalogix, eBureau, entre otras. *Véase* el análisis que del modelo de negocio de este tipo de empresas realiza Fry (2019, p. 37).

(22) A estos efectos, se consideran contenidos digitales ''los datos suministrados en formato digital, como programas de ordenador, aplicaciones, música, vídeos, textos, juegos y cualquier otro programa informático distintos de los datos representativos de la propia interfaz digital" (art. 4.1 LIDSD). Este sería el caso, a título ejemplificativo, de servicios como los ofrecidos por Netflix, HBO, Amazon Prime Video, Spotify, Steam, FinTech. Como servicio de comunicación, se podría citar a Whatsapp y Telegram, entre otros, y como servicio de pago, Paypal, FastSpring, Amazon Pay, Google Pay y WePay, por citar algunos supuestos.

(23) Por servicios financieros regulados podemos entender aquellos servicios financieros para cuya prestación está autorizada una entidad financiera regulada (art. 4.11 LIDSD), considerando como tal el "prestador de servicios que está sujeto a autorización o registro, y supervisión en aplicación de cualquier norma nacional o medida de armonización para la regulación de los servicios financieros adoptada por la Unión Europea, incluidos aquellos prestadores de servicios financieros sujetos a supervisión de acuerdo con la normativa no dictada por la Unión Europea que, en virtud de un acto jurídico de la Unión Europea se considere equivalente a las medidas de la Unión Europea" (art. 4.12 LIDSD).

más recientes presentadas tanto por la OCDE como la ONU, que abogan por una delimitación más amplia y flexible[24].

Ambos organismos ponen el foco sobre los denominados "servicios digitales automatizados"; y, además, coinciden en la delimitación de los rasgos genéricos de estos servicios, considerando como tales aquellos prestados a través de Internet o de una red electrónica (aspecto digital del servicio) que requieran de una mínima participación humana por parte del proveedor de los mismos (carácter automatizado). De este modo, se consideran comprendidos bajo esta denominación, por ejemplo, los servicios de suministro de contenidos digitales, que, como acabamos de mencionar, han sido expresamente excluidos de gravamen en el IDSD.

Podríamos, en consecuencia, cuestionar si la configuración de servicios digitales sujetos en el ámbito del IDSD respeta las exigencias derivadas de los principios de neutralidad, equivalencia y no discriminación, en cuanto que servicios digitales aparentemente comparables o similares reciben un tratamiento fiscal diferenciado. El legislador español justifica la inclusión de los servicios de publicidad dirigida, de intermediación online y de transmisión de datos apelando, como ya hemos señalado, a que se trata de servicios propios de modelos de negocio en los que la participación activa de los usuarios en el proceso de creación de valor resulta decisiva. Idéntica justificación se esgrime en la Propuesta de Directiva relativa a un Impuesto Europeo sobre determinados Servicios Digitales, sin que en el documento técnico que la acompaña se aporte información adicional acerca de la selección de servicios digitales sujetos.

Estamos ante una cuestión compleja y complicada que parte de la premisa de que las reglas tradicionales de asignación de derechos tributarios no reflejan suficientemente "el valor creado por la participación del usuario" en los modelos de negocio digitales; axioma que, pese que se ha convertido en el fundamento del principio auspiciado por la OCDE y la UE de que los beneficios deberían gravarse donde se genera valor, resulta ambiguo e impreciso en cuanto que no está claro, en el contexto actual, qué es ese valor, cómo ha de ser medido y dónde se genera, y menos aún cómo gravar y medir el impacto fiscal de la contribución del usuario a la creación de valor de la empresa.

A lo anterior, podemos añadir las numerosas dudas que plantea la escueta delimitación normativa de los servicios digitales sujetos a gravamen en el IDSD. Así, si nos fijamos en el servicio de transmisión de datos, solo resultan gravadas las operaciones de "transmisión con contraprestación, incluidas la venta y cesión". No se pretende gravar, en consecuencia, la mera recopilación de datos; ni el uso de los datos recopilados por la empresa para fines internos, ni tampoco su puesta en común con otras entidades ni su cesión gratuita a las mismas. En este supuesto, el IDSD únicamente se aplica a la transmisión, a título oneroso, de los datos obtenidos de una actividad muy concreta: la que despliegan los usuarios en las interfaces digitales.

Ahora bien, podemos preguntarnos cuál es el alcance de la expresión "datos del usuario", teniendo en cuenta que el art. 4 LIDSD se refiere a los datos "recopilados acerca de los usuarios, que hayan sido generados por actividades desarrolladas por estos últimos en las interfaces digitales" (2020). De lo anterior, inferimos que únicamente se toman en consideración los datos que hayan sido originados por las actividades de los propios usuarios en las interfaces digitales, pero no los generados por sensores u otros medios y recogidos electrónicamente. Se trata, además, de datos vinculados a los usuarios, sin que sean relevantes los datos industriales, científicos, estadísticos, o cualquier otro tipo de datos no asociados a personas físicas.

Puede tratarse, en consecuencia, de datos relativos a los hábitos, gastos, ubicación,

(24) Nos referimos al Informe de la OCDE-Marco inclusivo sobre BEPS Tax Challenges Arising from Digitalisation-Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS, de octubre de 2020, en el que se propone un nuevo marco normativo para la asignación de derechos impositivos y de beneficios imponibles, limitado en cuanto a su alcance, al ser preciso superar un doble test de actividad y umbral, para que resulte aplicable. En este sentido, comprende bajo su ámbito de aplicación los "servicios digitales automatizados", y los "negocios orientados al consumidor", que tengan unos ingresos consolidados a nivel mundial superiores a los 750 millones de euros. Por su parte, en el ámbito de la ONU, el Comité de Expertos de Naciones Unidas sobre Cooperación Internacional en Materia Tributaria publicó, en el mes de agosto de 2020, una propuesta de modificación de su Modelo de Convenio para evitar la doble tributación, consistente en la incorporación de un artículo 12 b, que incluya una nueva norma de tributación para los denominados "servicios digitales automatizados" (entendidos como aquellos servicios prestados en Internet o a través de una red electrónica que requieran de una mínima participación humana por parte del proveedor de los mismos), consistente en la aplicación de un porcentaje sobre el importe bruto de los ingresos por servicios digitales automatizados, funcionando, en gran medida, como una retención en la fuente sobre dichos pagos a realizar directamente por el pagador, un intermediario o una entidad financiera.

entorno, uso de servicios, de pasatiempos y ocio, tendencias políticas e intereses personales, incluidos los datos relativos a la geolocalización y niveles de tráfico del usuario. A estos efectos, no se define qué ha de entenderse por datos, ni se aclara si los datos objeto de transmisión han de ser los datos brutos y/o los procesados, y en su caso, los datos agregados, o no; ni tampoco si han de tratarse exclusivamente de datos anónimos o anonimizados, de tal modo que el sujeto al que se refieren no sea identificado o identificable.

Los datos personales del usuario deberían quedar excluidos, en principio, de esta operación de comercialización, aunque lo cierto es que la LIDSD guarda silencio sobre esta cuestión. La única referencia a los datos personales; la encontramos en el Preámbulo en la que se afirma que:

> Cualquier tratamiento de datos personales realizada en el contexto del impuesto debe realizarse de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (2020).

Resulta llamativo este silencio normativo acerca de la conciliación del supuesto de transmisión de datos del usuario y la protección que el ordenamiento jurídico europeo otorga a los datos personales, lo cual puede dar lugar a potenciales situaciones conflictivas, que trascienden del ámbito de aplicación de este impuesto específico, y que son exponente de una problemática que genera este nicho de mercado[25].

4.2. La definición de contribuyentes: la identificación de los prestadores de servicios digitales y su potencial oposición con el Derecho europeo

Se consideran contribuyentes del IDSD a las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que, con independencia del lugar en el que estén establecidas, superen los dos siguientes umbrales:

a) Que el importe de su cifra de negocios en el año natural anterior sea superior a 750 millones de euros; y
b) Que el importe total de los ingresos derivados de las prestaciones de servicios digitales sujetas a este impuesto, y que se consideren obtenidas en territorio español, superen los 3 millones de euros.

Con el primer umbral se pretende limitar la aplicación del impuesto a las empresas de gran envergadura que tienen una sólida posición en el mercado y dejar al margen del mismo a las pequeñas y medianas empresas y a las entidades emergentes. Por otra parte, con el segundo umbral se persigue acotar su aplicación a los casos en que exista una huella digital significativa en territorio español en relación con los tipos de servicios digitales gravados. Precisamente, para determinar este segundo umbral y, en consecuencia, para calcular los ingresos obtenidos por la prestación de servicios digitales en nuestro país, entran en juego unas complicadas reglas de cuantificación que, sin duda, implicarán elevados costes de cumplimiento para los obligados tributarios y significativas dificultades de control para la Administración tributaria.

Como vemos, el IDSD resulta exigible tanto a entidades residentes como no residentes; no habiéndose configurado, por tanto, como un *equalization levy*. A simple vista, otorga un tratamiento aparentemente equitativo y neutral a todo tipo de empresas con independencia de su nacionalidad y/o residencia. Ahora bien, teniendo en cuenta los requisitos seleccionados por la normativa para definir a los potenciales contribuyentes, esto es, los umbrales escogidos (en particular, el tipo de umbral y su límite cuantitativo), las llamadas “empresas de gran envergadura” que prestan los servicios digitales sujetos, y que serán finalmente contribuyentes de este impuesto, serán en su mayoría empresas controladas directa o indirectamente por entidades extranjeras; de ahí que se planteen dudas acerca de su compatibilidad con el principio de no discriminación y las libertades fundamentales, y en particular, con la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE) y a la libre prestación de servicios (art. 56 TFUE).

Al respecto, conviene recordar que la libertad de establecimiento pretende garantizar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida a los nacionales de otros Estados miembros, y prohíbe

(25) Es cierto que, conforme a lo dispuesto en el Reglamento General de Protección de Datos, el usuario cuando cede sus datos personales ha de hacerlo contando con toda la información necesaria acerca del uso y destino que se va a dar a los mismos, y la entidad a la que se cede solo puede utilizar dichos datos para los fines que expresamente le han sido autorizados por parte del usuario. También es cierto que cuando se recopilan y agregan datos, en principio, el proceso ha de estar orientado a reducir los riesgos en cuanto a la privacidad, tratando de garantizar la anonimización del resultado del tratamiento de esos datos. Ahora bien, como pone de manifiesto Fry (2019, p. 45) es relativamente fácil eliminar el anonimato, por ejemplo, de una enorme base de datos de historiales de navegación.

cualquier discriminación basada en la nacionalidad. Esta libertad incluye, conforme a lo dispuesto en el art. 54 TFUE, el derecho de las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión a ejercer su actividad en otros Estados miembros por medio de filiales, sucursales y agencias; y prohíbe, en consecuencia, cualquier discriminación basada en el lugar de su domicilio social. En el caso de grupos societarios se ha reconocido expresamente que una empresa puede invocar una restricción a esta libertad fundamental de otra sociedad vinculada a ella en la medida en que tal restricción afecte a su propia tributación (TJUE, 1994, ap. 18; TJUE, 2014a, ap. 23). De este modo, la matriz de una filial residente en territorio español, podría invocar una restricción a la libertad de establecimiento, por cualquier medida restrictiva que afecte a dicha filial[26].

Como resulta de sobra conocido, las libertades fundamentales prohíben no solo las discriminaciones directas basadas en la nacionalidad sino también cualquier forma de discriminación indirecta o encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado (TJUE, 2014b, ap. 42; TJUE, 2018, ap. 17; TJUE, 2020b, ap. 62). En el caso del IDSD está claro que no nos encontramos ante una discriminación directa, aunque sí podemos cuestionar si se trata de una discriminación indirecta o encubierta. En este sentido, parece ser que el IDSD, y en particular, la aplicación de los umbrales fijados en su Ley reguladora, producen como efecto que su carga efectiva recaiga principalmente sobre empresas controladas directa o indirectamente por nacionales de otros Estados miembros, o por sociedades que tienen su domicilio social en otro Estado miembros[27].

En principio, este efecto podría ser considerado una discriminación indirecta; que, no obstante, puede estar justificada por razones imperiosas de interés general, siempre que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Entre estas razones imperiosas de interés general, no se puede situar el mero afán recaudatorio, que recordemos es uno de los argumentos empleados para la incorporación del IDSD en el sistema tributario español (TJUE, 2002, ap. 50), aunque sí podría, en principio, esgrimirse el reconocido principio de tributación según la capacidad económica de los contribuyentes teniendo en cuenta el reparto equitativo de las cargas fiscales, al menos, en el marco de la coherencia del régimen tributario (Kokott, 2020, ap. 114), que sí ha sido admitido como causa de justificación de una restricción por el Tribunal de Justicia (TJUE, 2018, app. 49-50).

Se ha de responder al interrogante, por tanto, de si la aplicación del criterio de la cifra de negocios a las empresas prestadoras de los servicios digitales da lugar a un trato fiscal diferenciado en función del origen o del domicilio de estas empresas. Sobre esta cuestión, conviene recordar que el Tribunal de Justicia, en los asuntos Vodafone (2020) y Tesco-Global (2020) ya citados, ha reconocido que:

> Una exacción obligatoria que establece un criterio de diferenciación aparentemente objetivo, pero que perjudica en la mayor parte de los casos, en vista de sus características, a las sociedades que tienen su domicilio social en el Estado miembro de tributación supone una discriminación indirecta basada en el lugar del domicilio social de las sociedades (ap. 44; ap. 63).

Se ha de examinar, en consecuencia, si existe una correlación entre el criterio de diferenciación seleccionado por la normativa (los mencionados umbrales) y el domicilio de las empresas, y en particular, si dicho criterio ha sido elegido intencionadamente para producir un efecto discriminatorio, como ha sido denunciado por Parada (2019, p. 5).

Para ello, resulta decisivo determinar en qué medida este criterio de diferenciación afecta en su mayor parte a entidades no

(26) Por otra parte, podría existir una vulneración de la libre prestación de servicios, en cuanto que el IDSD grava la prestación de unos determinados servicios digitales con independencia del lugar de establecimiento de una empresa. Recordemos, en este sentido, que el art. 56 TFUE determina que ‘‘quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación”. Al respecto, como ya hemos indicado, las situaciones transfronterizas y las interiores reciben un mismo trato en el IDSD, al resultar irrelevante el lugar en el que tenga su sede el prestador de los servicios digitales gravados, debiendo descartar la existencia de una discriminación directa. En cuanto a la posible existencia de una discriminación indirecta o encubierta, podemos igualmente descartarla, en cuanto que los umbrales seleccionados no afectan, por su propia naturaleza, a sociedades extranjeras por los mismos motivos expresados en el texto en relación a la libertad de establecimiento.

(27) Así ha sido puesto de manifiesto por los autores que se han acercado al estudio del impuesto digital, como Menéndez (2019, p. 2); Moreno (2019, p. 435); y Macarro Osuna (2020, p. 20).

residentes, surgiendo la interesante y controvertida cuestión acerca de los parámetros a considerar para apreciar dicha afectación. Al respecto, pueden analizarse diversos elementos cuantitativos como pueda ser que la mayoría de los sujetos pasivos del impuesto sean empresas no residentes, o en su caso, que la mayor parte de la recaudación total del impuesto sea soportada por entidades no residentes, entre otros; o bien, realizar un análisis en términos cualitativos, en el sentido de que el criterio de diferenciación elegido afecte, por su propia naturaleza, a sociedades no residentes.

En los asuntos Vodafone y Tesco-Global, el Tribunal de Justicia se aproxima a esta cuestión desde un enfoque cualitativo y reconoce que el criterio del volumen de negocios de una empresa no está en correlación, por su propia naturaleza, con el domicilio (extranjero) de dicha empresa o de sus accionistas mayoritarios. No existe, por tanto, una correlación entre el importe del volumen de negocios y el domicilio de una empresa. Además, las empresas con mayor volumen de ingresos que operan en un concreto sector en un determinado país no tienen por qué ser empresas extranjeras.

En cuanto al criterio de diferenciación elegido, el importe de la cifra de negocios a nivel global, y el relativo a los ingresos obtenidos por los servicios digitales sujetos prestados en territorio español, ningún reproche, en principio, podemos realizar desde el Derecho Europeo. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha afirmado que el volumen de negocios "constituye un criterio de distinción neutro", y, además, "es un indicador pertinente de la capacidad contributiva de los sujetos pasivos" (TJUE, 2020, ap. 50; TJUE, 2020, ap. 70).

Por otra parte, si en aplicación de este criterio se da la circunstancia de que la mayor parte del impuesto específico recae en sujetos pasivos pertenecientes a personas físicas o jurídicas de otros Estados miembros, esta circunstancia no determina, por sí sola, una discriminación (TJUE, 2020, ap. 52; TJUE, 2020, ap. 72), y en particular, no lo será, siguiendo al Tribunal de Justicia, si el mercado doméstico de los servicios digitales sujetos está dominado por empresas de otros Estados miembros o de terceros países o por empresas nacionales propiedad de personas físicas o jurídicas de otros Estados miembros o de terceros países[28].

En consecuencia, el IDSD, en principio, no producirá estos efectos discriminatorios si, conforme a lo señalado por el TJUE, el mercado nacional de los servicios digitales gravados (publicidad dirigida online, intermediación online y transmisión de datos) está dominado por empresas extranjeras o por empresas residentes vinculadas a otras entidades extranjeras, dado que esta posición de dominio determinará que sean precisamente estos sujetos los que obtengan los mayores volúmenes de ingresos por la prestación de los referidos servicios digitales.

Por otra parte, los impuestos específicos sobre determinados servicios digitales también han sido cuestionados a la luz de la prohibición general de ayudas de Estado, al tratarse de figuras tributarias que pueden provocar un efecto distorsionador de la competencia, al introducir un diferente tratamiento fiscal en función del tamaño y del tipo de servicio digital prestado por determinadas empresas. Desde esta perspectiva, el tratamiento fiscal ventajoso lo obtendrían quienes no quedasen sometidos a este tipo de tributos por no alcanzar los umbrales cuantitativos determinantes de la condición de contribuyente, aun prestando los mismos servicios digitales que las empresas sometidas a gravamen, así como las empresas que presten servicios análogos a los incluidos en el ámbito de aplicación del impuesto, y que han sido expresamente excluidas del mismo (Moreno, 2019, p. 434)[29].

Como punto de partida, conviene recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la calificación de "ayuda de Estado" a efectos del art. 107.1 TFUE, exige que concurran los siguientes requisitos: en primer lugar, que se trate de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, tal intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja selectiva al beneficiario; y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar la

(28) Así lo ha reconocido el TJUE en los asuntos Vodafone y Tesco-Global al afirmar que "los artículos 49 y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la normativa de un Estado miembro que establece un impuesto de carácter progresivo sobre el volumen de negocios cuya carga efectiva recae principalmente en empresas controladas directa o indirectamente por nacionales de otros Estados miembros o por sociedades que tienen su domicilio social en otro Estado miembro debido a que estas empresas realizan los mayores volúmenes de negocios en el mercado de que se trate" (TJUE, 2020, ap. 52; TJUE, 2020, ap. 72).

(29) Este debate puede ser trasladado al IDSD, si bien es cierto que resulta altamente improbable que la Comisión Europea inicie una investigación por posible ayuda estatal contraria a Derecho Europeo ante un impuesto digital como el IDSD inspirado en la Propuesta de Directiva elaborada por la propia Comisión respecto del Impuesto Europeo sobre determinados Servicios Digitales.

competencia (TJUE; 2016, ap. 53; TJUE, 2017, ap. 38; TJUE, 2021, ap. 33; entre otras).

El criterio decisivo en el caso de los impuestos sobre servicios digitales es el de la ventaja selectiva. La cuestión a resolver, por tanto, es si el IDSD en la medida en que solo somete a gravamen a las empresas de gran envergadura que presten unos concretos servicios digitales está otorgando una ventaja selectiva a las empresas que, prestando esos mismos servicios digitales, no son consideradas contribuyentes al no alcanzar los umbrales cuantitativos.

Para dilucidar si estamos ante una ventaja selectiva, siguiendo al Tribunal de Justicia, se deberá tomar en consideración las circunstancias específicas de cada caso, y en particular, la relación de competencia existente entre los operadores afectados por la medida controvertida y los que no, la finalidad u objetivo perseguido con la misma, y los efectos económicos producidos. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el requisito de la selectividad de la ventaja:

> Obliga a que se determine si, en el marco de un régimen jurídico concreto, la medida nacional en cuestión puede favorecer a 'determinadas empresas o producciones' en relación con otras que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen, y que por lo tanto reciben un trato diferenciado que, en esencia, puede calificarse de discriminatorio (TJUE, 2018, ap. 35; TJUE, 2021, ap. 34).

A este respecto, resulta siempre determinante si los requisitos para acceder a la "ventaja fiscal" han sido elegidos sin carácter discriminatorio conforme a los criterios del sistema tributario nacional. Como vemos, el análisis acerca de la selectividad de una concreta medida fiscal, en este caso del IDSD, es en realidad una apreciación acerca de la existencia, o no, de discriminación.

En este contexto, para calificar una medida fiscal nacional de "selectiva", siguiendo al Tribunal de Justicia, la Comisión Europea debe identificar, en un primer momento, el sistema de referencia; es decir, el régimen tributario "normal" aplicable en el Estado miembro de que se trate, y demostrar, en un segundo momento, que la medida fiscal en cuestión supone una excepción al referido sistema de referencia, por cuanto introduce diferenciaciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado a dicho sistema, se encuentran en una situación jurídica y fáctica comparable (TJUE, 2018, ap. 36; TJUE, 2021, ap. 37).

Ahora bien, no se considerará una ventaja selectiva "cuando el Estado miembro de que se trate consigue demostrar que la diferenciación está justificada en el sentido de que resulta de la naturaleza o de la estructura del sistema en que tales medidas se inscriben" (TJUE, 2004, aps. 42-43; TJUE, 2018, ap. 44; TJUE, 2021, ap. 38). En otras palabras, aunque se trate de una ventaja fiscal selectiva que otorga un distinto trato a los operadores económicos que se encuentran en situaciones análogas, dicho trato favorable puede estar justificado por la naturaleza o los objetivos del sistema en el que se inserta. En el caso del IDSD debemos recordar que en el Preámbulo de su Ley reguladora se declara que el objeto de gravamen es someter a tributación exclusivamente aquellos servicios digitales en relación con los cuales existe una participación de los usuarios que constituye una contribución al proceso de creación de valor de la empresa que presta los servicios y a través de los cuales la empresa monetiza estas contribuciones de los usuarios.

Atendiendo exclusivamente a su objeto, no debiera realizarse ninguna distinción en función del tamaño del operador económico prestador de los servicios digitales gravados. Ahora bien, esta diferencia de trato podría encontrar justificación en el principio de capacidad económica. Los umbrales cuantitativos permiten diferenciar a las empresas en función del importe mundial de su cifra de negocios y el volumen total de ingresos percibidos en nuestro país por la prestación de los servicios digitales; y, en consecuencia, por la capacidad económica que se deriva de esa cuantía de ingresos. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha afirmado, en los citados asuntos Vodafone (C-75/18) y Tesco-Global (C-323/18), y más recientemente en el asunto Comisión/Hungría (C-596/19 P), que el volumen de negocios es un criterio idóneo para medir la capacidad contributiva de las empresas, y resulta tan válido como la tributación de la renta basada en el beneficio.

En definitiva, el hecho de que solo puedan beneficiarse de una medida los contribuyentes que reúnan los requisitos para su aplicación (en este caso, la no sujeción de aquellas entidades que no alcancen los umbrales cuantitativos previstos para ser considerado sujeto pasivo) no confiere por sí mismo a dicha medida carácter selectivo (TJUE, 2016). Para determinar el carácter selectivo del IDSD, teniendo en cuenta lo señalado por el TJUE en sus Sentencias de 16 de marzo de 2021, Comisión/Hungría (C-596/19 P) y Comisión/Polonia (C-562/19 P), resulta necesario acreditar que sus características constitutivas (esto es, impuesto especial,

proporcional, basado en los ingresos derivados de la prestación de servicios de publicidad dirigida online, intermediación online y transmisión de datos de los usuarios, aplicable a todas las entidades que, con independencia de su lugar de residencia, superen determinados umbrales) han sido concebidas de manera manifiestamente discriminatoria con la finalidad de eludir las exigencias derivadas del Derecho de la Unión en materia de ayudas de Estado; tarea que compete a la Comisión, sin que, hasta la fecha, haya logrado acreditar el carácter selectivo de aquellos gravámenes sectoriales similares al impuesto sobre servicios digitales, tal y como ha venido a reconocer el Tribunal de Justicia en los pronunciamientos mencionados.

5. Localización del hecho imponible. El usuario como nexo

Los servicios en los que centra su atención el impuesto son aquellos en los que existe una elevada implicación de los usuarios, hasta el punto de que, tal y como se afirma en el Preámbulo de la Ley, no podrían existir en su forma actual sin dicha implicación. De ahí que sea el usuario, precisamente, el nexo utilizado para legitimar el gravamen. A estos efectos, usuario es "cualquier persona o entidad que utilice una interfaz digital" (art.4.9 LIDSD). El concepto de usuario, por tanto, no se limita al consumidor final, sino que resulta más amplio, comprendiendo a cualquier persona o entidad que utilice cualquier tipo de programa, aplicación o medio que posibilite la comunicación digital (como sitios webs o aplicaciones móviles), esto es, que utilice una "interfaz digital". No es necesario, a estos efectos, que el usuario haya satisfecho contraprestación alguna que contribuya a la generación de los ingresos derivados del servicio digital (art. 7.1 LIDSD).

Se entiende, en consecuencia, que la prestación del servicio digital se vincula al territorio español, cuando el usuario de dicho servicio esté situado en el país. A estos efectos se establecen una serie de normas específicas para cada uno de los servicios digitales, que están basadas fundamentalmente en el lugar en el que se han utilizado los dispositivos de los usuarios, y estos se entenderán localizados, a su vez, a partir de las direcciones de Protocolo de Internet (IP) de los mismos, salvo que se utilicen otros medios de geolocalización.

Lo relevante, en consecuencia, es que el dispositivo del usuario se encuentre localizado en territorio español en el momento en el que se realizan cada una de las operaciones sujetas a gravamen, esto es, en el momento en el que aparezca la publicidad en dicho dispositivo; en el momento en el que se concluya la operación por la que se acuerda la entrega de un bien o la prestación de un servicio entre particulares; o en su caso, en el que se abre la cuenta que permite al usuario acceder a las plataformas de intermediación en línea; y, por último, en el momento de la generación de los datos del usuario que son objeto de una transmisión posterior (art. 7.2 LIDSD).

En principio, se presume que el dispositivo del usuario se encuentra en el lugar que determina la dirección IP del mismo (art. 7.4 LIDSD), salvo que pueda concluirse que este lugar es diferente mediante la utilización de otros medios de prueba admisibles en Derecho, y en particular, de otros instrumentos de geolocalización. En este sentido, en el art. 1 RIDSD se enumeran algunos de los medios de prueba que podrán utilizarse para demostrar que el lugar de localización es diferente al que indica la dirección IP, que recordemos es un código que se asigna a los dispositivos interconectados para posibilitar su comunicación a través de Internet, tales como la geolocalización basada en la identificación de redes (tales como WIFI o Ethernet), la geolocalización física por satélite (con sistemas tales como GPS -Sistema de Posicionamiento Global-, GLONASS, Galileo o Beidou) o por antenas terrestres (como las de GSM-Sistema Global de Comunicaciones Móviles- o las de LPWAN) o por balizas (WiFi o Bluetooth) o cualquier combinación de tecnologías existentes o futuras. Se pretende, de este modo, posibilitar la utilización de otros medios alternativos de geolocalización más precisos, junto a las nuevas herramientas que puedan surgir en el futuro; si bien es cierto que estamos ante una cuestión sin duda problemática, que creemos dará lugar a inevitables conflictos en su aplicación práctica.

El que sea la localización del usuario (y, en particular, del dispositivo a través del que accede al servicio digital) el criterio de conexión utilizado, no creemos que plantee problemática alguna, desde el punto de vista del Derecho Internacional y el Derecho Europeo. Como reconoce la Abogada General Kokott en las Conclusiones presentadas en el asunto Google Ireland (C-482/18), no existe ninguna disposición del Derecho de la Unión que exija que la actividad gravada se ejerza o sea utilizada en el Estado impositor, o que el sujeto pasivo se encuentre establecido en dicho país. Debe existir, no obstante, alguna conexión razonable para que la legislación fiscal nacional se extienda a situaciones

extranjeras, sobre todo cuando se trata de exigir impuestos, como es el caso del IDSD, a sujetos no residentes.

En este sentido, la ubicación del usuario puede ser considerado, en estos términos, un criterio de conexión territorial suficiente (*genuine link*). El que esta ubicación del usuario se determine, por su parte, tomando en consideración la dirección IP (ya sea estática o dinámica) del dispositivo desde el que accede al servicio digital gravado, tampoco creemos resulte discutible desde el punto de vista del Derecho Europeo. Estamos de acuerdo, nuevamente, con las afirmaciones vertidas por la Abogada General Kokott en las Conclusiones presentadas en el asunto Google Ireland, acerca de la utilización de la dirección IP de los usuarios, que ni el Derecho de la Unión ni el Derecho internacional exigen, de momento, la elección del elemento de conexión más preciso, siempre que se opte al menos por uno de los posibles; sin olvidar que, teniendo en cuenta que el usuario puede ocultar o falsear dicha dirección IP, este debiera ser considerado un criterio auxiliar en el sentido de que permite alcanzar la conclusión de que, en la mayor parte de los casos, el usuario se encuentra precisamente en ese lugar (Kokott, 2019, ap. 53).

Por otra parte, consideramos imprescindible recordar que tanto las direcciones IP como los datos de geolocalización tienen la consideración de datos de carácter personal[30], y como tales, su recogida, obtención y acceso, así como, su almacenamiento y tratamiento posterior debe realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales. En este sentido, será preciso que las entidades prestadoras de los servicios digitales, como contribuyentes del IDSD, además de recopilar la información relativa a las direcciones IP y/o otros datos de geolocalización en su caso, traten estos datos de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado, de tal modo que deben informar a los usuarios acerca de este nuevo tratamiento de sus datos personales, sin que sea preciso recabar su consentimiento, en cuanto que podemos entender que en este supuesto "el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento" (art. 6.1. c) RGPD, y art. 8.1 LOPD).

Los datos de localización solo podrán ser recogidos con el fin determinado, explícito y legítimo para el que ha sido autorizado su tratamiento en el texto de la LIDSD; y, además, únicamente podrán recabarse aquellos datos que sean adecuados, pertinentes y limitados en relación con dicho fin (que no es otro que cumplir con la obligación de pago del impuesto). En este sentido, el art. 7.5 LIDSD señala que "los datos que pueden recopilarse de los usuarios con el fin de aplicar esta Ley se limitan a aquellos que permitan la localización de los dispositivos de los usuarios en el territorio de aplicación del impuesto". Los datos recogidos, por tanto, serán exclusivamente los que permiten determinar la localización del dispositivo y no otros, y dichos datos no podrán utilizarse para fines distintos, como pueda ser, por ejemplo, configurar patrones de conducta de los usuarios. Tratar los datos de localización con una finalidad distinta a la autorizada supondría una evidente vulneración del RGPD y LOPD. A su vez, será necesario que esos datos se conserven durante el tiempo estrictamente necesario para garantizar el cumplimiento del fin autorizado; en particular, durante el plazo de prescripción previsto en la Ley 58/2013, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT). Además, estos datos de localización deberán ser tratados por el contribuyente del IDSD de manera que se garantice una seguridad adecuada, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas adecuadas.

6. La determinación de los elementos de cuantificación

La base imponible está constituida por el importe de los ingresos, excluido el IVA y otros impuestos equivalentes, obtenidos por cada una de las prestaciones de servicios digitales sujetas, que se consideren realizadas en territorio español (art. 10.1 LIDSD). Las prestaciones de servicios digitales que no generen ingresos quedan excluidas.

(30) Se consideran datos personales "toda información sobre una persona física identificada o identificable", y en este sentido, se considera persona física identificable "toda persona cuya identidad pueda determinarse directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo, un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona" (art. 4 Reglamento General de Protección de Datos Personales). *Véase* las consideraciones que sobre la información de posicionamiento de un terminal (geolocalización) y su calificación como dato personal realiza Batuecas (2015, pp. 47-82).

La sujeción de los ingresos brutos, sin deducción de gastos, a excepción del IVA e impuestos similares, recuerda en gran medida a los impuestos sobre el volumen de negocios de sectores económicos específicos, que han sido sometidos al escrutinio del TJUE, entre otros, en los asuntos Vodafone, Tesco-Global, y Comisión/Hungría. Sin ánimo de repetirnos, creemos oportuno recordar que, para el Tribunal de Justicia, el volumen de negocios no solo es indicativo del tamaño y la posición en el mercado de una empresa, sino que también constituye un indicador pertinente de la capacidad contributiva de la misma; sin que exista, en principio, ningún inconveniente desde el Derecho Europeo a la creación por parte de los Estados miembros de impuestos sobre el volumen de negocios progresivos.

Para cuantificar estos ingresos se prevén unas reglas específicas para cada tipo de servicio digital. En este sentido, tratándose de los servicios de publicidad en línea, para calcular los ingresos obtenidos en nuestro país será preciso partir de los ingresos totales obtenidos y aplicarles la proporción que represente el número de veces que aparezca la publicidad en los dispositivos de los usuarios situados en territorio español en relación al número total de veces que aparezca la publicidad en cualquier dispositivo (con independencia del lugar en el que este se encuentre).

En el caso de los servicios de intermediación en línea en los que se produzca la entrega de un bien o la prestación de un servicio subyacente entre los usuarios, se aplicará a los ingresos totales obtenidos la proporción que represente el número de usuarios situados en territorio español respecto del número total de usuarios que intervengan en ese servicio, cualquiera que sea el lugar en el que se encuentren. En los demás supuestos de servicios de intermediación, se tendrá en cuenta los ingresos obtenidos directamente de los usuarios cuando las cuentas que permitan acceder a la interfaz digital se hayan abierto desde un dispositivo situado en territorio español.

Por último, en el caso de los servicios de transmisión de datos, se aplicará a los ingresos totales obtenidos, la proporción que represente el número de usuarios situados en territorio español que han generado los datos objeto de transmisión, respecto del número total de usuarios a los que se refieren dichos datos, con independencia del lugar en el que estén ubicados.

Ante la dificultad de determinar los ingresos brutos derivados de los servicios digitales localizados en territorio español, el legislador ha optado por implementar una serie de reglas de determinación objetiva a tanto alzado de los ingresos computables en cada uno de los servicios digitales gravados (Siota, 2020, p. 18). Es necesario delimitar la proporción de ingresos que corresponden a España en relación con el total, y además, es preciso tener en cuenta parámetros difícilmente comprobables por la Administración tributaria como son los relativos al número total de veces que la publicidad aparezca en cualquier dispositivo, sin importar dónde se encuentre; o el número de usuarios que intervengan en un servicio de intermediación online que implique una operación subyacente, con independencia del lugar en el que estén situados; o el número de usuarios que han generado los datos objeto de transmisión, también con independencia de su ubicación.

Como vemos, para calcular los ingresos obtenidos en territorio español, entran en juego unas complicadas reglas de cuantificación que, sin duda, implicarán elevados costes de cumplimiento para los obligados tributarios, y significativas dificultades de control para la Administración tributaria que carece de los mecanismos de control suficientes y adecuados para comprobar la trazabilidad de las operaciones realizadas. Se completa esta regulación de la base imponible con una norma de cierre que prevé que, si el importe de este elemento de cuantificación no resulta conocido en el período de liquidación, el contribuyente debe fijarlo provisionalmente sin perjuicio de su regularización cuando dicho importe sea conocido (art. 10.3 LIDSD).

Una vez determinada la base imponible, la cuota tributaria será el resultado de aplicar el tipo de gravamen del 3 %, que coincide con el previsto en la Propuesta de Directiva acerca del Impuesto Europeo sobre Servicios Digitales, en la que se justifica la elección de esta alícuota atendiendo a que ”permite logar un equilibro adecuado entre los ingresos generados por el impuesto y tener en cuenta el impacto del ISD diferenciado en las empresas con distintos márgenes de beneficios” (COM, 2018, considerando 35).

Por otra parte, el IDSD se configura como un impuesto instantáneo, devengándose, en cada caso, cuando se preste, ejecute o efectúe la operación sujeta a gravamen (art. 9 LIDSD). No obstante, en las operaciones gravadas que originen pagos anticipados anteriores a la realización del hecho imponible, se devengará el impuesto en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente satisfechos.

7. Obligaciones formales y otros aspectos relacionados con la aplicación del impuesto

Los arts. 13 y 14 LIDSD regulan las obligaciones formales que se imponen a los contribuyentes de este impuesto; que, sin duda, implicarán elevados costes de cumplimiento para los mismos por la cantidad de deberes formales que acompañan a la obligación material de ingreso y por el tipo de información a proporcionar a la Administración tributaria.

Los contribuyentes están obligados, en primer lugar, a presentar declaraciones relativas al comienzo, modificación y cese de las actividades que determinan la sujeción al impuesto. Esta obligación formal se cumplirá a través de las declaraciones de alta, modificación y cese en el Censo de Empresarios, Profesionales y Retenedores, a las que en cualquier caso estarían obligados por tener la condición de "empresarios". Junto a ésta, se les impone también el deber de solicitar un número de identificación fiscal, en el caso de que no lo dispongan aún, y de comunicarlo y acreditarlo en los supuestos requeridos.

Los contribuyentes del IDSD estarán además obligados a llevar los registros que se establezcan reglamentariamente; a presentar la información relativa a los servicios digitales; a conservar los justificantes y documentos acreditativos de las operaciones, y en particular, de aquellos medios de prueba que permitan identificar el lugar de prestación del servicio digital gravado; así como, a traducir al castellano (o a cualquier otra lengua oficial) las facturas, contratos o documentos acreditativos correspondientes a las prestaciones de servicios digitales que se entiendan realizadas en territorio español. En este sentido, en el Reglamento del IDSD se establece la obligación de llevar, conservar y de poner a disposición de la Administración tributaria, por cada período de liquidación trimestral, un registro de las operaciones sujetas al impuesto, junto a una memoria descriptiva (art. 2 RIRNR). En relación a los registros por cada operación, se enumeran en el art. 3 del citado Reglamento los parámetros a incluir en función del tipo de servicio digital sujeto. Así, tratándose de servicios de publicidad en línea, se incorporarán los ingresos totales derivados de los servicios de publicidad en línea, cualquiera que sea el lugar en el que se hayan obtenido, con identificación del cliente[31]; el número de veces que ha aparecido la publicidad en dispositivos que se encuentran en territorio español, y el número total de veces en el que aparece dicha publicidad en cualquier dispositivo, con independencia del lugar en el que se encuentre.

Tratándose de servicios de intermediación en línea en los que existan entregas de bienes o prestaciones de servicios subyacentes entre los usuarios, se determinará nuevamente los ingresos totales derivados de dichos servicios, cualquiera que sea el lugar en el que se han obtenido, con identificación del cliente; el número total de usuarios situados en el territorio de aplicación del impuesto; y el número total de usuarios que intervengan en estos servicios a nivel mundial; mientras que, en el caso del resto de servicios de intermediación en línea, se deberá reflejar los ingresos totales derivados directamente de los usuarios cuyas cuentas de acceso a la interfaz digital se hayan abierto utilizando un dispositivo situado en territorio español, con identificación del cliente, y el número de cuentas abiertas durante el período de liquidación por usuarios cuyos dispositivos estén localizados en territorio español en dicho momento.

Y, por último, en el caso de los servicios de transmisión de datos, en los registros por cada operación se determinarán, una vez más, los ingresos totales derivados de los servicios de transmisión de datos, cualquiera que sea el lugar en el que se ha obtenido, identificando al cliente; el número de usuarios que estuvieran situados en territorio español en el momento de recopilación de dichos datos; y el número total de usuarios que hayan generado los datos, cualquiera que sea el lugar en el que estén situados en el momento de dicha recopilación.

En la memoria, por su parte, deberán describir los procesos, métodos, algoritmos y tecnologías empleadas para analizar la sujeción al Impuesto de los servicios digitales prestados, localizar la prestación de cada servicio y su atribución al territorio español, calcular los ingresos de las operaciones sujetas e identificar los ficheros, aplicaciones y programas empleados en dichos procesos (art. 4 RIDSD).

Junto a las anteriores, se impone también a los contribuyentes del IDSD la obligación,

(31) Conviene resaltar, a efectos de incluir la información en estos registros fiscales, los usuarios pasan a ser considerados como ''clientes'', exigiéndose al prestador del servicio digital a estos efectos la carga adicional de identificarlos ''por nombre y apellidos, razón social o denominación completa y, si está disponible, el número de identificación a efectos del IVA o el número nacional e identificación fiscal'' (art. 3.4 RIDSD).

como suele ser habitual cuando se trata de sujetos pasivos no residentes en la UE, de nombrar un representante a efectos del cumplimiento de las obligaciones impuestas en relación a este Impuesto; si bien, como ha puesto de manifiesto Menéndez (2019, p. 3), no parece que este nombramiento sea suficiente para posibilitar, o al menos facilitar, la aplicación del IDSD si tenemos en cuenta que, tal y como se ha configurado el impuesto, no resultará sencillo el control de los importes percibidos por los contribuyentes ni la consiguiente exigencia de las deudas tributarias correspondientes a tales importes.

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones referidas hasta el momento será constitutivo evidentemente de una infracción tributaria, que será calificada y sancionada de conformidad con lo dispuesto en la LGT. Ahora bien, se impone también a los contribuyentes la obligación de establecer los sistemas, mecanismos o acuerdos que permitan determinar la localización de los dispositivos de los usuarios en el territorio de aplicación del impuesto (art. 13.1.h LIDSD). Precisamente el incumplimiento de esta última obligación será constitutivo de una infracción tributaria grave, la única infracción específica contemplada en la normativa del Impuesto. La sanción, en este supuesto, consistirá en:

> Multa pecuniaria del 0,5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios del año natural anterior, tal y como se establece en el artículo 8 de la presente Ley, con un mínimo de 15,000 euros y un máximo de 400,000 euros por cada año natural en el que se haya producido el incumplimiento (art. 15.2 LIDSD).

Echamos en falta una mayor claridad en la tipificación de la conducta infractora, y en particular, en la delimitación de lo que ha de considerarse por “sistemas, mecanismos o acuerdos”, y también en la determinación de la sanción correspondiente. No se especifica en la Ley reguladora del IDSD, ni en el Reglamento del Impuesto, qué sistemas, mecanismos o acuerdos se consideran adecuados para determinar la localización de los dispositivos del usuario, más allá de la mención a la Dirección de Protocolo de Internet y otros instrumentos de geolocalización que se presumen más exactos. Se concede una amplia discrecionalidad a las entidades prestadores de los servicios digitales sujetos para decidir acerca de los instrumentos idóneos para localizar los dispositivos de los usuarios, bajo el apercibimiento de que, si no se consideran apropiados por la Administración tributaria, podrían ser sancionados.

Por otra parte, podríamos cuestionar si este régimen sancionador específico puede recibir algún reproche desde el punto de vista del Derecho Europeo. Al respecto, el Tribunal de Justicia ha señalado de manera reiterada que la imposición de sanciones puede considerarse necesaria para garantizar el cumplimiento efectivo de la normativa nacional, siempre que la naturaleza y el importe de la sanción aplicada sean proporcionados en cada caso a la gravedad de la infracción que se pretende castigar (TJUE, 2016, ap. 59; TJUE, 2018, ap. 57; TJUE, 2019, ap. 47). La sanción misma ha de ser, a su vez, proporcionada, para lo cual se requiere que sea adecuada en todo caso para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (TJUE, 2008, ap. 27; TJUE, 2006, ap. 47; TJUE, 2005, ap. 35).

En el caso del IDSD, la referencia en el art. 15 de su Ley reguladora al ”importe neto de la cifra de negocios del año natural anterior, tal y como se establece en el artículo 8 de la presente Ley”, para determinar el importe de la sanción correspondiente a la infracción grave cometida plantea dudas interpretativas acerca de cuál ha de ser la magnitud económica a tomar en consideración para cuantificar dicha sanción, dado que en el citado art. 8 se menciona el ”importe neto de la cifra de negocios”, que ha de ser superior a 750 millones de euros, y el ”importe total de los ingresos derivados de las prestaciones de servicios digitales sujetas al impuesto, una vez aplicada las reglas previstas en el artículo 10”, que ya sabemos ha de superar la cifra de 3 millones de euros. Si atendemos a la literalidad de los términos empleados en el art. 15.2 LIDSD, parece aludir al importe neto de la cifra de negocios global, lo que, en consecuencia, determinaría una sanción mínima a aplicar por el incumplimiento de la obligación formal referida de 3’750,000 euros; cantidad que, aparte de su carácter desproporcionado, se sitúa muy por encima de la cuantía máxima prevista en el propio artículo 15 (que recordemos fija un mínimo de 15,000 euros y un máximo de 400,000 euros por cada año de incumplimiento).

Retomando la mención de las obligaciones formales que acompañan a la obligación material de pago, debemos recordar que los contribuyentes del IDSD se encuentran también obligados a presentar las autoliquidaciones trimestrales correspondientes e ingresar la deuda tributaria en el lugar, forma y plazos que se fijen (art. 14 LIDS). El período de liquidación, por tanto, coincide con el trimestre natural; debiendo presentar la autoliquidación durante el mes siguiente al pertinente trimestre natural.

Desde un punto de vista de Derecho Europeo, en principio, el que se establezcan

obligaciones específicas respecto de una determinada figura tributaria, como es el IDSD, cuyos principales obligados sean sujetos vinculados directa o indirectamente a entidades no residentes, o en su caso, las propias entidades no residentes, podrían suscitar nuevamente dudas acerca de su compatibilidad con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Al respecto, podemos traer a colación la Sentencia del TJUE de 3 marzo de 2020, Google Ireland, C-482/18, ya mencionada, en la que este Tribunal resolvió, respecto de la obligación de presentar una declaración censal de alta y registro ante la Administración tributaria húngara en relación al Impuesto sobre la publicidad (obligación, por otra parte, coincidente con la que hemos visto se impone a los contribuyentes del IDSD) que no era contraria a Derecho Europeo en cuanto que no existe ningún indicio de que esta obligación formal implique, para los prestadores de servicios que no estén establecidos en el territorio de aplicación del impuesto, una carga administrativa adicional en comparación con la que soportan los prestadores de servicios establecidos en dicho territorio (TJUE, 2019, ap. 30).

En el caso de IDSD, no podemos olvidar, además, que las obligaciones formales previstas se imponen a todos los contribuyentes con independencia de su lugar de residencia y/o establecimiento. En este sentido, recuerda el Tribunal de Justicia que no resulta contrario a las libertades europeas "las medidas nacionales cuyo único efecto sea generar costes adicionales para la prestación considerada y que afecten del mismo modo a la prestación de servicios entre Estados miembros y a la interna en un Estado miembro" (TJUE, 2019, ap. 26).

Como decíamos, el conjunto de obligaciones formales que acompañan al IDSD, más allá del deber de presentar la autoliquidación correspondiente a este impuesto, persiguen en esencia dotar a la Administración tributaria de la información necesaria que le permita comprobar el adecuado cumplimiento de la obligación tributaria, si bien es cierto que esta información será facilitada por el propio contribuyente. Precisamente, uno de los aspectos más problemáticos que rodean a este nuevo impuesto reside en su difícil control, su practicabilidad y su aplicación efectiva (García, 2019, p. 59)[32]. Existen dudas fundadas acerca de las posibilidades reales de la Administración tributaria de comprobar la veracidad y exactitud de la información proporcionada por los sujetos pasivos, e investigar la posible existencia de datos, referencias e informaciones desconocidas. Como hemos visto, para determinar la base imponible resulta imprescindible conocer los ingresos mundiales obtenidos en relación a cada uno de los servicios digitales sujetos, así como el número total de usuarios o de accesos también a nivel mundial.

Es preciso, por tanto, contar con una información que cuando corresponde a una empresa no residente sin establecimiento permanente resulta complicada de conseguir en la actualidad de acuerdo con las potestades de obtención de información de la Administración tributaria en nuestros días (García-Herrera, 2019, pp. 667-668). De tal modo que, tal y como ha denunciado Belda Reig (2019, p. 2), queda a la buena voluntad del propio contribuyente presentar la información necesaria que permita determinar la base imponible, dado que el número de veces que aparezca la publicidad en dispositivos de todo el planeta, o el número total de usuarios que intervienen en los servicios de intermediación en línea a nivel mundial, o el número de usuarios que a nivel global proporcionan los datos que son objeto de transmisión, entre otras magnitudes necesarias para la correcta cuantificación del impuesto; son elementos ciertamente incontrolables, potencialmente manipulables a la voluntad del contribuyente, e imposibles de trazar por la Administración tributaria en nuestros días.

Cierto es, por otra parte, que esta no es una problemática exclusiva del IDSD, sino que resulta extensible a cualquier nueva figura o medida tributaria articulada para afrontar los retos de la digitalización e internacionalización de las actividades económicas. La puesta en marcha del nuevo marco normativo para la asignación de derechos impositivos y de beneficios imponibles auspiciado desde la OCDE/G20 Marco Inclusivo sobre BEPS conllevará en todo caso desafíos para las Administraciones tributarias cuyos procedimientos de control y de obtención de información siguen estando configurados para modelos de negocio aún tradicionales. Será necesario crear nuevas obligaciones de información específicas, acompañados en su caso de nuevos supuestos de responsabilidad; ampliándose, de este modo, aún más el ámbito subjetivo de obligados tributarios, así como avanzar en los mecanismos de cooperación e intercambio de información en el ámbito internacional y europeo, como paso imprescindible para

(32) Se han referido también a estos problemas generales de aplicación y control del Impuesto, García-Herrera (2019, pp. 667-668); Menéndez (2019, p. 3); y Macarro Osuna (2020, p. 2).

conseguir una correcta aplicación del IDSD, o de cualquier otra medida tributaria que lo sustituya.

Será preciso, además, articular procedimientos tributarios acordes a las formas de interactuar económicamente en el actual contexto de continua transformación digital. En definitiva, será necesario contar con una Administración tributaria dotada de mecanismos, herramientas y medios de actuación apropiados que les permitan aplicar y controlar los nuevos impuestos y las nuevas soluciones que se están proponiendo para los modelos de negocio del siglo XXI. En este sentido, los propios avances tecnológicos serán de gran ayuda para la configuración y puesta en marcha de estos nuevos procedimientos tributarios. Se trata, sin duda, de un debate más amplio e imprescindible que supera, no obstante, las pretensiones de este trabajo.

8. Conclusiones

El Impuesto sobre determinados Servicios Digitales ha sido concebido como un impuesto transitorio a la espera de que se refrende el acuerdo global sobre la reforma del sistema fiscal internacional para hacer frente a los retos derivados del traslado continuo de beneficios y la digitalización económica y se consensuen las medidas tributarias concretas a implementar con dicho fin. La necesidad de esta solución acordada se hace aún más evidente en el actual contexto de pandemia provocada por el COVID-19, en el que la presión pública se ha incrementado para que las grandes empresas que operan internacionalmente y con una elevada rentabilidad paguen su parte justa de impuestos (*fair share pay*).

Tal y como se reconoce en la reciente Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre fiscalidad digital[33], la pandemia de COVID-19 ha beneficiado en gran medida a las empresas digitalizadas, que han sido las que han podido intensificar mayoritariamente las operaciones, mientras que otras muchas empresas, especialmente pequeñas y medianas empresas, han sido víctimas de esta situación, que no cabe duda ha acelerado la transición hacia una economía aún más digitalizada, y en consecuencia, ha reflejado aún más la necesidad de contar con un marco normativo que garantice una asignación nueva y más justa de los derechos de imposición para las multinacionales con un alto nivel de digitalización.

Cierto es que el enfoque de los dos pilares propuesto por la OCDE/G20 Marco Inclusivo sobre BEPS, que en estos momentos está sobre la mesa de negociación, no limita su ámbito de aplicación a la economía digitalizada, sino que trata de alcanzar una solución global a los desafíos que plantea; postulando, por un lado, una revisión de los criterios de conexión y de las normas de atribución de beneficios con el fin de incorporar, junto al tradicional reparto entre el Estado de residencia y de la fuente, a la jurisdicción de mercado, y por otro, el establecimiento de una tributación mínima global como propuesta dirigida a la problemática más general relacionada con la fiscalidad de los beneficios en el escenario global y digitalizado. No se puede olvidar que estas soluciones tendrán unas significativas consecuencias recaudatorias y pueden desempeñar un papel significativo en el proceso de recuperación económica ayudando a salvaguardar la sostenibilidad de nuestro sistema financiero.

En el escenario de la UE, por su parte, ha cobrado nuevamente protagonismo la idea de crear un impuesto digital europeo, en esta ocasión, concebido como un recurso propio de la UE. En este contexto, se ha aprobado el Impuesto español sobre determinados Servicios Digitales, que centra su atención en la prestación de determinados servicios digitales, en los que se entiende existe una participación significativa de los usuarios situados en territorio español que acceden a los mismos a través de las interfaces digitales de sus dispositivos electrónicos. Usuario e interfaz digital son dos conceptos esenciales para comprender el régimen jurídico de esta nueva figura tributaria en el que se combinan, junto a la tradicional terminología tributaria, conceptos técnicos y vocablos tecnológicos propios de un impuesto que pretende aprehender la nueva realidad digital al ámbito tributario.

También hemos tenido la oportunidad de comprobar cómo son numerosas las cuestiones controvertidas que se suscitan en torno a esta nueva figura tributaria, entre las que destaca, junto a su propia justificación tributaria, la delimitación de su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, la precisa localización de los servicios digitales gravados, la concreta determinación de la cuota tributaria y, en particular, las dificultades de comprobación y control por la Administración tributaria del correcto cumplimiento de la obligación material de pago

(33) *Véase* Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre fiscalidad digital: negociaciones en la OCDE, residencia fiscal de empresas digitales y posible impuesto digital europeo, de 3 de marzo de 2021 [2021/2010 (INI)].

y de las numerosas obligaciones formales que la acompañan; debido, entre otra razones, a la práctica inexistencia de herramientas que permitan controlar constantemente la efectiva localización del usuario (que constituye el criterio de conexión elegido para legitimar el gravamen) y la insuficiencia de los actuales instrumentos de cooperación internacional para que la Administración tributaria pueda obtener la información necesaria que le permita constatar la veracidad de los datos facilitados por el contribuyente y cuantificar la obligación tributaria en cada caso.

Estas cuestiones controvertidas, no obstante, no son propias ni exclusivas del Impuesto digital español, ni tampoco de las figuras tributarias similares que han ido (y continúan) apareciendo en el panorama fiscal europeo e internacional, sino que son representativas de las principales dificultades que suscita la articulación de cualquier medida fiscal concebida para hacer frente a los retos planteados por la digitalización económica; y reflejo, por tanto, de lo complicado de encontrar una respuesta consensuada a los grandes interrogantes que se plantean: ¿cuál es la medida tributaria idónea?, ¿qué negocios han de quedar comprendidos bajo su ámbito de aplicación?, ¿a qué tipo de operadores económicos ha de ir dirigida?, ¿cómo localizar las operaciones gravadas en el entorno digital?, y ¿cómo garantizar el adecuado y correcto cumplimiento tributario?, entre otras.

Entre las dudas que se suscitan entorno a los impuestos digitales aprobados hasta la fecha en el escenario europeo; y, por tanto, también respecto del IDSD, se encuentran aquellas que cuestionan su compatibilidad con el Derecho Europeo. En las líneas anteriores, hemos podido comprobar cómo el Tribunal de Justicia se ha pronunciado recientemente sobre algunas de esas dudas, despejando el camino para la incorporación de un hipotético impuesto europeo sobre servicios digitales, y en su defecto, avalando en gran medida los impuestos digitales ya existentes en el escenario europeo.

De la jurisprudencia del TJUE podemos inferir que estos impuestos digitales, entre los que se encuentra el IDSD, pueden ser calificados, bajo el prisma del Derecho Europeo, como impuestos directos, pese a que los legisladores nacionales y la propia Comisión Europea insistan en su denominación como indirectos. El TJUE en sus Sentencias de 16 marzo de 2021, Comisión/Polonia, C-562/19 P, y Comisión/Hungría, C-596/19 P, ha expresamente calificado, aunque sin acompañar esta afirmación de argumentación alguna, al impuesto húngaro sobre la publicidad y al impuesto polaco en el sector del comercio minorista (que recordemos comparten algunos rasgos distintivos con los impuestos digitales) como "impuestos directos" (TJUE, 2021, ap. 50), rompiendo el silencio mantenido hasta la fecha. Desde una perspectiva de Derecho Europeo, por tanto, el impuesto digital español puede ser considerado un impuesto directo específico, siendo numerosas los interrogantes que surgen acerca de cómo compatibilizar esta doble naturaleza jurídica en función del ordenamiento jurídico implicado (europeo -calificado como impuesto directo- y nacional -considerado impuesto indirecto-), y en especial, respecto de su posible confrontación con los Convenios para evitar la doble imposición.

Asimismo, de la jurisprudencia del TJUE podemos inferir, igualmente, que no parece existir inconveniente, desde el Derecho Europeo, para el establecimiento de impuestos específicos que graven el volumen de negocios de determinados operadores económicos que intervienen en determinados sectores comerciales; y, por tanto, en el ámbito de los servicios digitales. Tampoco existe inconveniente para que estos impuestos sectoriales específicos graven los ingresos, y no tanto los beneficios, e incluso, para que lo hagan conforme a una escala progresiva de gravamen, en cuanto que encuentran justificación en la necesidad de adecuar el sistema fiscal al principio de capacidad económica en aras a lograr una justa redistribución de las cargas fiscales entre los obligados tributarios.

En definitiva, frente a la posición ambigua de la Comisión y la incapacidad de los Estados miembros de llegar a una solución armonizada a nivel europeo, el TJUE, como garante del Derecho Europeo en la interpretación y aplicación de los Tratados, parece haber asumido, una vez más, el cometido de impulsar el proceso de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en el ámbito fiscal, en esta ocasión, con proyección sobre las soluciones adoptadas unilateralmente por dichos Estados para hacer frente a los desafíos derivados de la digitalización económica a través de la creación de impuestos digitales específicos.

Referencias bibliográficas

Alonso, R. & Almudí, J. (2020). El Tribunal Supremo ante la constitucionalidad y europeidad de las leyes (a propósito del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica). *Revista de Administración Pública*, *212*, 55-86.

Batuecas, A. (2015). Intimidad personal, protección de datos personales y geolocalización. *Derecho Privado y Constitución, 29*, 47-82.

Belda, I. (2019). La difícil comprobación del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales proyectado en contraposición a otras soluciones adoptadas en el Derecho internacional. *Quincena Fiscal, 17*, 59-68.

Calderón, J. (2018). El Paquete Europeo (2018) en materia de Fiscalidad de la Economía Digital. *Carta Tributaria, 39*.

Falcón y Tella, R. (2018). El "nexus" en la doctrina del Tribunal Supremo de Estados Unidos: el asunto Dakota del Sur v. Wayfair. *Quincena Fiscal, 18*, 1-3.

Fry, H. (2019). *Hola mundo. Cómo seguir siendo humanos e la era de los algoritmos* (1.ª ed.). Blackie Books.

García, C. (2019). Los grandes retos fiscales de la economía digital desde la perspectiva europea. En C. García (dir.), *4ª Revolución industrial. la fiscalidad de la sociedad digital y tecnológica en España y Latinoamérica* (pp. 25-67). Aranzadi Thomson Reuters.

García-Herrera, C. (2019). Medidas unilaterales ante la digitalización de la economía: el impuesto sobre el volumen de negocio de determinados servicios digitales y el impuesto sobre los beneficios desviado. En Deloitte Asesores Tributarios (coord.), *Imposición sobre el Beneficio Empresarial: Evolución reciente, perspectivas de futuro* (pp. 637-670). Fundación Impuestos y Competitividad.

Lagos, M. (2019). Las propuestas de la UE sobre fiscalidad digital: el gravamen sobre actividades digitales. En A. Alvaro & I. Bilbao (coords.), *Retos y oportunidades de la Administración tributaria en la era digital* (pp. 51-72). Aranzadi.

Macarro, J. (2020). La compatibilidad del Impuesto sobre Servicios Digitales con los convenios de doble imposición a la luz del modelo OCDE. *Quincena Fiscal, 6*, 1-29.

Martín, A. (2018). BEPS, the Digitaliz(ed) Economy and the Taxation of servicies and royalties. *Tax Law Department Working Papers, 1,* 1-50. https://ssrn.com/abstract=3215323

Menéndez, A. (2019). El nuevo Impuesto sobre determinados servicios digitales. *Quincena Fiscal, 6*, 1-4.

Moreno, S. (2019). El tratamiento tributario de la "economía colaborativa" y las normas sobre ayudas de estado. En A. Alvaro & I. Bilbao (coords.), *Retos y oportunidades de la Administración tributaria en la era digital* (pp. 399-443). Aranzadi.

OCDE. (2018). *Desafíos fiscales derivados de la digitalización – Informe provisional 2018.* Marco Inclusivo sobre BEPS, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios. OECD Publishing.

OECD. (2020, 8-9 de octubre). *Cover Statement by the Inclusive Framework on the Reports on the Blueprints of Pillar One and Pillar Two*. OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. https://www.oecd.org/tax/beps/cover-statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-on-the-reports-on-the-blueprints-of-pillar-one-and-pillar-two-october-2020.pdf

OECD. (2020, 14 de octubre). *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing. https://doi.org/10.1787/beba0634-en

Parada, L. (2019). Ayudas de Estado e Impuestos Digitales en Europa. Sentencia de 16 de mayo de 2019 del Tribunal General de la Unión Europea, en los Asuntos Acumulados T-836/16 y T-624/17. *Revista Unión Europea Aranzadi, 7,* 1-9. https://ssrn.com/abstract=3420122

Parada, L. (2019). Impuestos digitales en Europa: discriminación indirecta y ayudas de estado a la luz del derecho comunitario. En A. Alvaro & I. Bilbao (coords.), *Retos y oportunidades de la Administración tributaria en la era digital* (pp. 91-109). Aranzadi.

Sáinz de Bujanda, F. (1993). *Lecciones de Derecho Financiero* (10.ª ed.). Universidad Complutense. Facultad de Derecho.

Sánchez-Archidona, G. (2020). *La tributación de los servicios digitales en la Unión Europea y España* (1.ª ed.). Aranzadi.

Sarfo, N. (2018). Finding Middle Ground over Unilateral digital Taxation. *Bulletin for International Taxation*, 72, 4.

Siota, M. (2020). Los retos de la fiscalidad internacional ante las plataformas digitales de la economía colaborativa. En M. Siota, *La Fiscalidad del Transporte Colaborativo de Personas* (pp. 1-22). Aranzadi.

Soler, M. (2019). Principales retos de la fiscalidad ante la Economía Digital. En A. Alvaro & I. Bilbao (coords.), *Retos y oportunidades de la Administración tributaria en la era digital* (pp. 21-30). Aranzadi.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (1994, 12 de abril). Haliburton Services, C-1/93.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2000, 9 de marzo). Evangelischer Krankenhausverein. C-437/97.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2002, 21 de noviembre). X e Y. C-436/00.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2003, 3 de junio). Directiva 2003/49/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2004, 29 de abril). C-159/01.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2005, 13 de diciembre). C-446/03.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2006, 12 de setiembre). Cadbury Schweppes Overseas. C-196/04.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2006, 3 de octubre). Banco Popolare di Cremona. C-475/03.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2007, 11 de octubre). Kögaz y otros. C-283/06 y C-312/06.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2008, 15 de mayo). Lidl Belgium. C-414/06.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2009, 12 de febrero). Block. C-67/08.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2011, 30 de noviembre). Directiva 2011/96/UE del Consejo, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2011, 8 de diciembre). Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. C-157/10.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2013, 21 de noviembre). X. C-302/12.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2014, 5 de febrero). Hervis Sport. C-815/12.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2014, 1 de abril). Felixtowe Dock. C-80/12.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2016, 26 de mayo). NN (L) International. C-48/15.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2016, 21 de diciembre). Comisión/World Duty Free Group y otros. C-20/15P y C-21/15P.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2017, 21 de noviembre). Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania. C-74/16.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2018, 26 de abril). Anged. C-236/17 y C-237/17.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2018, 12 de junio). Beyola y Jens W. Trock. C-650/16.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2018, 25 de julio). TTL. C-553/16.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2018, 7 de agosto). Viking Motors As. y otros. C-475/17.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2018, 19 de diciembre). A-Brauerei. C-374/17.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2019, 3 de marzo). Google Ireland. C-482/18.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2020, 3 de marzo). Vodafone. C-75/18.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2020, 3 de marzo). Tesco Global. C-323/18.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2021, 16 de marzo). Comisión/Hungría. C-596/19 P.

Van Horzen, F. & Van Esdonk, A. (2018). Proposed 3% Digital Services Tax. *International Transfer Princing Journal, 25*(4).

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.015

Perspectivas del derecho fiscal comparado: Criptomonedas, transacciones y eventos impositivos. Tratamiento tributario en el Perú, problemas y recomendaciones(*)

A view from comparative tax law: Cryptocurrencies, transactions and taxable events. Tax treatment in Peru, problems and recommendations

Luis Durán Rojo(**)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Ernesto Pachas Luna(***)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: Actualmente, nos encontramos ante un aumento significativo de transacciones con criptomonedas como alternativa al sistema tradicional de pago, e incluso como medio de inversión; por lo que la mayoría de los países en el mundo ya han tomado acción sobre el tratamiento tributario aplicable a dichas operaciones: Existen diversos pronunciamientos emitidos por las autoridades tributarias del mundo y, en algunas jurisdicciones, ya se han adoptado medidas legislativas específicas para regular los efectos tributarios de las transacciones con criptomonedas, principalmente en materia de impuestos sobre la renta e impuestos al valor agregado. Por ello, resulta necesario evaluar el tratamiento tributario actual sobre las actividades realizadas con criptomonedas en la legislación peruana, para efectos de identificar -desde una perspectiva comparada- los principales problemas de carácter impositivo y, a su vez, brindar algunos lineamientos a tener en cuenta para una eventual y necesaria regulación.

Palabras clave: Derecho Tributario - Criptomonedas - Legislación Comparada - Impuesto a la Renta - Impuesto al Valor Agregado - Intercambios con criptomonedas - Minería de criptomonedas - Principios Constitucionales

Abstract: Currently, we are facing a significant increase in transactions with cryptocurrencies as an alternative to the traditional payment system, and even as an investment; so, most countries in the world have already taken action on the tax treatment of these transactions: There are various pronouncements issued by the tax authorities in the world and, in some jurisdictions, specific legislative measures have been adopted to regulate the tax effects of transactions with cryptocurrencies. For that reason, it is necessary to evaluate the current tax treatment of activities with cryptocurrencies in Peruvian legislation, in order to identify -from a comparative perspective- the main tax problems and to provide some guidelines to be taken into account for an eventual regulation.

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 16 de setiembre de 2021 y su publicación fue aprobada el 17 de noviembre de 2021.

(**) Abogado. Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Departamento de Derecho de la PUCP, Lima, Perú. Director de la revista Análisis Tributario. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6200-6887. Correo electrónico: lduran@pucp.edu.pe.

(***) Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. Miembro extraordinario de IUS ET VERITAS y miembro del Consejo Directivo durante el semestre 2016-2. Miembro de la firma EY Perú - Litigation Tax Services. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2474-6803. Correo electrónico: r.pachas@pucp.pe.

Keywords: Tax Law - Cryptocurrencies - Comparative Legislation - Income Tax - Value Added Tax - Cryptocurrency Exchanges - Cryptocurrency Mining - Constitutional Principles

1. Introducción

Debido a los acontecimientos generados por la pandemia sanitaria producto del Covid-19 y los recientes cambios políticos, económicos y sociales a nivel mundial, los agentes económicos se han visto en la necesidad de adoptar diversas medidas para salvaguardar su patrimonio y las inversiones. Ello ha dado paso a que se considere implementar el desarrollo de las nuevas tecnologías, entre las que se encuentra la inversión, adquisición y utilización de criptomonedas.

Esta realidad no es ajena al Perú, pues actualmente el uso de criptomonedas ha logrado un notable desarrollo: trabajos de "minado" para la creación de criptomonedas, funcionamiento de casas de cambio en las que se pueden adquirir criptomonedas, establecimientos que proveen bienes y servicios que aceptan como medio de pago a las criptomonedas, entre otros(1).

No obstante, dada las características particulares de las criptomonedas -que principalmente recaen en el alto grado de anonimato, su impredecible volatilidad y la falta de respaldo económico-, se ha puesto en evidencia que el ordenamiento jurídico peruano resulta insuficiente para resolver una problemática latente: fuga de capitales, lavado de dinero, tráfico ilícito de bienes, evasión de impuestos, entre otros.

Atendiendo a esta problemática resulta necesario analizar el tratamiento tributario de las actividades realizadas con criptomonedas en el Perú para identificar los espacios de mejora que deberían darse en un corto plazo, pues nos encontramos ante una corriente de medidas legislativas adoptadas por diversas legislaciones en el mundo que nos sugieren dar un paso más en ese sentido.

Por ello, el presente artículo planteará las principales dificultades que afronta la tributación de las operaciones con criptomonedas en la legislación comparada y las soluciones brindadas, siguiendo las opiniones vertidas por las administraciones tributarias, las medidas legislativas adoptadas y las opiniones de diversos autores; con el objeto de atender el tratamiento tributario actual de dichas operaciones en el ordenamiento jurídico peruano desde una perspectiva internacional, y sugerir algunas medidas que podrían resultar aplicables.

2. Criptomonedas: Consideraciones generales

2.1. Características de las criptomonedas

Para efectos del presente artículo, al referirnos al término "criptomoneda" hacemos referencia genérica a todas las denominadas monedas virtuales o digitales que comparten características similares basadas en la criptografía y la tecnología "*blockchain*", pues en la actualidad existen diversos tipos de criptomonedas con ciertas particularidades, siendo las más conocidas el *Bitcoin* o el *Ether*, los llamados "*stablecoins*" como *Libra*, la criptomoneda de Facebook, o el *Petro*, criptomoneda de Venezuela.

El término criptomoneda hace clara alusión a la criptografía, "rama de las Matemáticas que hace uso de métodos y técnicas con el objeto principal de cifrar y/o proteger un mensaje o archivo por medio de un algoritmo, usando una o más claves, sin ellas será realmente difícil obtener el archivo original" (Varela, 2006, p. 3), que brinda -en el ámbito de las criptomonedas- un sistema de control y seguridad en los usuarios, que permite simplificar diversas transacciones.

Las criptomonedas son desarrolladas por la tecnología "*blockchain*", que otorga a los usuarios de estos diversos beneficios de carácter confidencial, económico, de seguridad, entre otros, pues se garantiza la seguridad y la veracidad de las transacciones. En efecto, el término "*blockchain*" -o cadena de bloques-, hace referencia a una estructura registro de información distribuido consistente en un conjunto de transacciones organizados y almacenados en bloques, que se encuentran ordenados cronológicamente y tienen un

(1) Actualmente, es posible invertir en mercados financieros para la adquisición de criptomonedas, ya que recientemente se han constituido Fondos de Inversión Cotizados o "Exchange-Traded Fund" que listan en bolsas de valores del extranjero, y a las cuales se puede acceder mediante la Bolsa de Valores de Lima.

número de bloque -código alfanumérico conocido como "hash", y que funciona como una huella digital del bloque- y están firmados digitalmente por la persona que propone o valida dicho bloque (Allende, 2018, p. 5).

Así, tenemos que las criptomonedas utilizan la tecnología "*blockchain*" para proveer un método de pago electrónico que no necesita supervisión y elude el control de las instituciones financieras, siendo importante mencionar, que el éxito de las criptomonedas radica en la combinación de dicha tecnología y la implementación de protocolos de consenso que permiten obtener de manera eficiente la validación de las transacciones y recompensar a los validadores con una cierta cantidad de la moneda virtual, tal como sucedió en el caso de Bitcoin (Allende, 2018, p. 4).

Según el vocabulario propuesto por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), las monedas virtuales son representaciones digitales de valor que pueden ser comercializadas de manera digital y funcionan como un medio de intercambio, una unidad de cuenta o un depósito de valor. No obstante, no tienen estatus de moneda de curso legal, siendo distintas a la moneda *fíat* o "moneda real" y al dinero electrónico, representación digital de moneda *fíat* (2015, p. 28). Ello debido principalmente a la falta de una entidad reguladora y el respaldo económico que permita garantizar su valor.

De una primera aproximación, podemos notar que la implementación de esta tecnología para optar por el uso de las criptomonedas en diversas transacciones podría generar ciertas ventajas competitivas, tales como la digitalización de las transacciones, la reducción del riesgo operativo, el ahorro en costos, entre otros[(2)].

Sin embargo, debe advertirse que sus principales características son la transparencia -acceso de los usuarios al estado de los activos y el historial de transacciones-, la descentralización y la no necesidad de intermediarios, pues evita la intervención o verificación de las transacciones por parte de instituciones financieras (Allende, 2018, pp. 27-28), lo que convierte a las criptomonedas en un tipo de bienes con características muy particulares, pues si bien en un primer momento fueron creadas como una respuesta alternativa al sistema financiero tradicional -dado que en esencia funcionan como un método de pago o de intercambio para transacciones económicas- carecen de supervisión, control o respaldo de un sistema monetario.

Respecto a la descentralización de las criptomonedas, en palabras de Pérez-Carasa refiriéndose al caso de Bitcoin, ello supone que la criptomoneda no se encuentre controlada por ningún Estado, entidad financiera o compañía, lo que implicaría lo siguiente:

a) Ausencia de control y supervisión institucional en la emisión de bitcoins: La generación de bitcoins se gestiona por parte de la propia red de forma descentralizada, a través de una rutina matemática prefijada y de un proceso conocido como minería. De esta forma, no hay ninguna institución central capaz de supervisar o controlar la inflación de este tipo de criptodivisas.

b) Falta de regulación, supervisión y riesgos asociados: En este sentido, tanto el BCE, como la Reserva Federal Americana, han advertido sobre los peligros derivados de la falta de regulación de estas monedas, de los riesgos del soporte virtual y de la posible utilización de las mismas como medios de pago en actividades ilícitas. Del mismo modo, los organismos reguladores españoles, como el Banco de España o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, han advertido de que, hasta la fecha, ninguna emisión de criptomoneda ha sido registrada, autorizada o verificada por ningún organismo supervisor en España, lo cual conlleva que no se apliquen a este tipo de inversiones ninguna de las garantías o protecciones previstas en la normativa relativa a productos bancarios o de inversión (2018, p. 136).

Asimismo, el autor -siguiendo a Pacheco Jiménez (2016)- agrega que pueden advertirse otras características adicionales inherentes a las criptomonedas, tales como intangibilidad, globalidad, inalterabilidad, confidencialidad, irreversibilidad de las transacciones, intercambiabilidad, entre otros (citado por Pérez-Carasa, 2018, p. 136).

Teniendo en cuenta ello, es claro que, debido a las particularidades de las criptomonedas, el valor de estas se encuentre sujeto únicamente a las reglas económicas del mercado, esto es, atendiendo a la oferta y la demanda. Es por esta razón que las criptomonedas son bienes altamente volátiles, cuya cotización resulta difícil de calcular.

(2) *Véase* Olea, N. (2019). Cinco beneficios de blockchain en las empresas *¿Por qué implementar* Blockchain en su organización?. *KMPG*. https://home.kpmg/mx/es/home/tendencias/2019/08/cinco-beneficios-de-blockchain-en-las-empresas.html

2.2. Adquisición, usos e inversión en criptomonedas: Actividades principales y agentes intervinientes

Para efectos del presente artículo, resulta importante destacar dos actividades básicas en relación a las criptomonedas: la minería como medio para la obtención de criptomonedas y el intercambio de criptomonedas, por dinero, otra criptomoneda o cualquier otro bien o servicio[3]. Asimismo, como punto adicional, comentaremos brevemente otros mecanismos de inversión utilizados actualmente para la adquisición de criptomonedas. Dicho esto, en las siguientes líneas, detallaremos algunos alcances generales de dichas operaciones, haciendo referencia a los agentes u operadores que intervienen en cada una de ellas.

2.2.1. La minería como medio para la obtención de criptomonedas y los mineros como agentes intervinientes

La minería es un proceso matemático de validación de transacciones distribuidas que genera el "*blockchain*" para la creación de nuevas criptomonedas. Siguiendo a Allende, la minería o "*minning*" consiste en aquella actividad que emplea capacidad computacional para encontrar el código "*hash*" que permita la validación de bloques, terminología propia de la tecnología "*blockchain*" antes detallada, y, con ello, obtener las referidas criptomonedas. Así, se recompensa a aquellos usuarios que logren obtener el "hash" de los bloques, pues solo obtiene recompensa quien logra dicho objetivo (2018, p. 14).

Agrega el autor que en los *blockchains* criptomonetarios más importantes los mineros están organizados en *"minning pools"* que son grupos de personas uniendo recursos computacionales bajo la supervisión de un gestor que divide en partes proporcionales las recompensas en caso del minado[4] (Allende, 2018, p. 48).

Esta actividad requiere una fuerte inversión en equipos -capacidad de procesamiento- y sobre todo electricidad para soportar el trabajo de las computadoras de los mineros, pues la validación de transacciones no puede ser realizada manualmente por un ser humano (López, 2019, p. 142).

Dicho esto, podemos identificar principalmente a los intervinientes directos de esta actividad, conocidos como mineros, que son aquellas personas encargadas de la realización de procesos informáticos necesarios para el control y validación de las transacciones, y a quienes se les recompensa al lograr ese objetivo (González, 2018, p. 36).

Al respecto, cabe señalar que esta actividad podría ser llevada a cabo por una persona natural y por iniciativa propia de esta, como también por un grupo organizado que provea de las herramientas necesarias para obtener beneficios de manera eficiente, claro está que ello conlleva un interés netamente empresarial. En efecto, existen personas jurídicas que podrían contratan el personal necesario para realizar la actividad de minería en nombre suyo para obtener los beneficios de esta, obteniendo una contraprestación por ello, ya sea en criptomonedas o en dinero tradicional, dependiendo exclusivamente del acuerdo entre las partes en el ámbito privado.

2.2.2. Intercambio de criptomonedas y los diversos agentes intervinientes (casas de cambio, poseedores y receptores de criptomonedas)

En general, el intercambio de la criptomoneda o "trading" se basa en el uso de la criptomoneda como cualquier otro bien y -a su vez- como un medio de pago, pues siempre podrá intercambiarse por otro bien, incluyendo a la propia criptomoneda, por un servicio y por dinero, ya que funcionan como medio de intercambio, una unidad de cuenta o un depósito de valor.

Cabe precisar que lo antes indicado no se limita a transacciones onerosas, pues también podría darse el caso de una enajenación de criptomonedas a título gratuito, sin que medie contraprestación alguna, no siendo necesaria la obtención de dinero, algún bien o servicio específico.

En suma, el intercambio de criptomonedas queda sujeto a la amplia gama de figuras contractuales para la adquisición y enajenación de bienes, obtención de bienes o servicios.

Sin perjuicio de ello, de manera gráfica podemos anotar que cuando una criptomoneda es intercambiada por dinero, la operación se asemeja a una compraventa de criptomonedas,

(3) Algunos autores como Pérez-Carasa, plantean una distinción de estas actividades en función a los mercados relacionados a los mismos, siendo el "mercado primario" aquel relacionado con el proceso de creación originaria de los Bitcoins y la asignación de los mismos entre los mineros que resuelven correctamente los problemas lógico-matemáticos; y el "mercado secundario" en el cual los bitcoins ya existentes se transmiten entre particulares, bien a cambio de divisas, bien como medio de pago por bienes y servicios adquiridos.

(4) Un caso similar ocurre con aquellos modelos de trabajo denominados *"Proof of stake - PoS"*.

> intercambio de bien por dinero). Por su parte, cuando la criptomoneda es intercambiada por un bien, incluso por otra criptomoneda, la figura atiende a una permuta o trueque, intercambio de bien por bien; mientras que, para el caso de intercambios entre la criptomoneda y un servicio, la operación resulta equiparable a la figura de un pago en especie por el servicio recibido, intercambio de bien por servicio.

Asimismo, si bien podríamos encontrarnos ante un caso de un intercambio simple de criptomonedas por dinero u otros bienes entre dos operadores -lo que tradicionalmente podría recaer en figuras como la compraventa o la permuta de bienes-, también existen casos en los que se presentan figuras que permiten la participación en fondos de inversión que captan recursos de inversionistas para retribuirlos en rentabilidades futuras, por ejemplo. Claro está que ello dependerá exclusivamente de la libre iniciativa privada siempre que esta no se encuentre prohibida.

Ahora bien, con relación a los intercambios realizados con criptomonedas podemos identificar los siguientes agentes intervinientes: (i) las casas de cambio de criptomonedas, (ii) los poseedores de criptomonedas y (iii) los receptores de criptomonedas.

Siguiendo esta distinción, que permite realizar un mejor análisis de las operaciones de intercambio que se realizan con criptomonedas desde una perspectiva del control del cumplimiento tributario, González anota lo siguiente: (i) las casas de cambio son entidades que cambian o facilitan el cambio de criptomonedas entre sí y por dinero; (ii) los poseedores de criptomonedas son aquellos sujetos que han conseguido criptomonedas por cualquier medio de intercambio (ya sea por dinero, servicios y bienes, incluyendo otras criptomonedas), los cuales poseen unas claves o códigos que les permiten realizar intercambios con dinero, bienes y servicios; y (iii) los receptores de criptomonedas son tiendas de comercio electrónico y/o prestadores de servicios que aceptan como medio de pago a las criptomonedas, sin tener obligación alguna para ello (2018, p. 36).

El autor añade que, desde la perspectiva tributaria, las casas de cambio parecerían ser las fuentes más importantes de información simple y fiable en el mercado de criptomonedas, identificándose diversos tipos de agentes como los denominados "*Brokers*" o "*Exchanges*" y las plataformas de cambio. En esa línea, Pérez-Carrasa citando a Miras señala que, en la práctica, puede hacerse referencia a tales operadores de la manera que sigue:

> En primer lugar, las "casas de cambio", "*Exchange houses*" o "*exchangers*": son personas físicas o jurídicas cuya actividad consiste en la compraventa de *bitcoins* y en la intermediación en dichas transmisiones, para lo cual suelen utilizar diversos soportes, como páginas *webs* o plataformas virtuales que ponen en contacto a oferentes y demandantes de estas criptomonedas, percibiendo a cambio de su labor una determinada comisión. A modo de ejemplo, podrían asimilarse en su forma de operar a las empresas dedicadas al cambio de divisas.
>
> En segundo lugar, las llamadas "*trading platforms*", que son plataformas de negociación de bitcoins que reúnen a compradores y vendedores de esta y demás criptomonedas y que les proporcionan una plataforma de negociación. Se diferencian de las anteriores en que estas plataformas no compran y venden monedas virtuales por sí mismas, sino que se limitan a poner en contacto oferentes y demandantes (2018, p. 142).

Al respecto, González apunta que, como los "*Brokers*" o "*Exchanges*", entre los cuales cita como ejemplos operadores como COINBASE, BITTREX y BISTAMP, admiten el cambio con dinero, se les aplican las reglas de KYC -*Know your Customer*- que son utilizadas en la banca, que son medidas que buscan prevenir el blanqueo de capitales o lavado de dinero; mientras que en las plataformas de cambio- tales como LOCALBITCOINS -anota que, si bien solo ponen en contacto al comprador con el vendedor y se desentienden del resultado final del acuerdo entre ambos, se puede conocer si el vendedor se comportó adecuadamente por las calificaciones que obtiene, pues se cuenta con una ficha actualizada de los comerciantes que indica la fecha en que comenzó a operar, cuántas transacciones ha realizado, la satisfacción de los clientes, entre otros (2018, pp. 40-41).

Por lo expuesto, podemos advertir que la clasificación de los operadores antes señalados -esto es, las casas de cambio de criptomonedas, los poseedores de criptomonedas y los receptores de criptomonedas- resulta didáctica para comprender el alcance de los principales agentes que intervienen en los intercambios de criptomonedas, siendo un foco de atención las casas de cambio, que resultarían una fuente importante de información para efectos del control de estas operaciones en materia tributaria.

Cabe señalar que, en líneas generales, los agentes intervinientes en los intercambios podrían ser tanto personas naturales como personas jurídicas, pues no existe una limitación normativa o fáctica que impida realizar dicha actividad con criptomonedas,

lo que finalmente se soporta en la libertad empresarial, de comercio y la iniciativa privada.

2.2.3. Mecanismos de inversión alternativos para la adquisición de criptomonedas

Como punto adicional, tenemos diversos mecanismos de inversión alterativos para la adquisición de criptomonedas, que consisten esencialmente en la captación de recursos de los particulares con el fin de obtener beneficios económicos ante una eventual producción o adquisición de criptomonedas.

Ubaldo González señala que debido al dinamismo del mercado, han emergido activos nuevos como los denominados "*Initial Coin Offerings*" -o "*ICOs*"-, los "Forks" (desdoblamiento de un Bitcoin en otras monedas) y los "*Tokens*" - literalmente, fichas: valores que se pueden intercambiar por bienes o servicios futuros -, por lo que actualmente es común que se utilice la expresión "*criptoactivos*", un término más amplio que el de criptomonedas (2018, p. 17). Así, el autor apunta que, para tales instrumentos, los problemas de aplicación de las normas generales resultan incluso más complicados que para las monedas virtuales o criptomonedas en general.

Por ejemplo, los *ICOs* son definidos como un mecanismo innovador de captación de recursos del público, que utilizan instrumentos denominados "*coins*" o "*tokens*" -productos que también pueden ser denominados oferta pública de *tokens* o venta de *tokens*- , mediante los cuales una empresa o individuo emite "*tokens*" y los ofrece en una plataforma transaccional, recibiendo como contraprestación monedas de curso legal -como los soles, dólares, euros u otros- o monedas virtuales como las criptomonedas de *Bitcoin* o *Ether*(5), siendo un mecanismo alterno al sistema intermediado tradicional constituido por entidades bancarias o el mercado de valores(6).

2.3. Riesgos potenciales en el uso de criptomonedas

2.3.1. Riesgos generales

Teniendo en cuenta las características de las criptomonedas y los diversos usos que se le puede dar -que carecen de un ente regulador o controlador-, abordaremos aquellas circunstancias riesgosas en el uso de dichas monedas virtuales que han sido advertidas por los estados y diversas instituciones.

De acuerdo a lo señalado por el Grupo de Acción Financiera Internacional, estas monedas virtuales son potencialmente vulnerables al abuso de lavado de activos y la financiación terrorista por muchos de los motivos, siendo uno de los principales que permiten un mayor anonimato que los métodos tradicionales de pago sin efectivo (2015, pp. 34-35). Así, sumado a que las criptomonedas son comercializadas en internet, se podría estar permitiendo la financiación anónima, pues no se identificaría correctamente la fuente del financiamiento.

En efecto, siguiendo las anotaciones de dicha institución, el propio diseño de los sistemas descentralizados de las criptomonedas utiliza direcciones que funcionan como cuentas, por lo que no cuentan con la identificación de los clientes, sus nombres u otro tipo de información. Ello se debe a que, como regla general, los protocolos que enmarcan la operatividad de las criptomonedas no requieren -o proporcionan- la identificación o verificación de los participantes.

Así, toda vez que las criptomonedas pueden ser utilizadas para realizar transferencias o pagos transfronterizos, se dificulta en mayor medida el control sobre las operaciones realizadas por los particulares y complejiza la aplicación de la normativa interna de los Estados, así como su competencia jurisdiccional.

En suma, resulta evidente que la tecnología que soporta las criptomonedas ha generado diversos riesgos en su uso, pues dadas las características del propio sistema -especialmente aquellas relacionadas a la falta de identificación de los sujetos de las transacciones, el alto grado de anonimato y la ausencia de un ente supervisor-, se genera un espacio de difícil alcance para el control e intervención de los Estados -como la lucha contra el lavado de activos-, lo que incluso ya venía siendo un desafío para las jurisdicciones en el sistema tradicional.

---

(5) *Véase* Chavarría, D. (2020). Surgimiento de las ICOS: implicaciones para el caso colombiano. *Revista de Derecho Privado, 38*. https://docplayer.es/208374613-Surgimiento-de-las-icos-implicaciones-para-el-caso-colombiano.html. Asimismo, *véase* Hernandez, J. (2018). Criptomonedas y Aplicación en la Economía. Universidad Pontificia ICAI–ICADE, Business School, https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/210001/retrieve

(6) Para mayor información, *véase* los informes emitidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD por las siglas en inglés de u "Organisation for Economic Co-operation and Development"): Initial Coin Offerings (ICOs) for SME Financing en www.oecd.org/finance/initial-coin-offerings-for-sme-financing.htm. Asimismo, *véase* OECD work on SME Financing en www.oecd.org/finance/sme-financing.htm.

2.3.2. Riesgos en el ámbito tributario o fiscal

Las características de las criptomonedas y su utilización en el mercado actual generan diversas situaciones de riesgo inminente en el ámbito tributario o fiscal, las que se encuentran generalmente vinculadas a la evasión fiscal y el incumplimiento de obligaciones tributarias.

Así, como bien anotamos en el punto anterior, las principales características que incrementan el riesgo en perjuicio del fisco giran en torno al alto grado de anonimato en las transacciones que se pueden realizar mediante el uso de las criptomonedas(7), la ausencia de un ente supervisor y el elevado nivel de volatilidad respecto a su valor o precio.

Como bien identifica Ubaldo González, existen diversas situaciones que evidencian la existencia de los riegos fiscales inherentes a las criptomonedas, siendo las más relevantes las siguientes:

a) La falta de información sobre la sujeción de las operaciones dificulta el cumplimiento voluntario.
b) Las dudas surgidas respecto a la caracterización y calificación jurídica de las criptomonedas pueden causar que, incluso siendo el contribuyente consciente de la obligación de contribuir, no sepa cómo hacerlo.
c) En relación a las plusvalías en criptomonedas resulta difícil acreditar el valor razonable de la moneda virtual, ya que no existen mercados organizados.
d) Las obligaciones de declaración relativas a terceros -como las establecidas a las plataformas de intercambio entre particulares- se enfrentan a la dificultad de establecer un valor cierto e incluso de poder identificar a las partes de la transacción, dado el anonimato inherente a las monedas virtuales.
e) Son un medio idóneo para instrumentar el fraude fiscal, pues los sistemas de criptomonedas no requieren que los participantes tengan que identificarse, lo que ofrece un alto potencial como instrumentos para la evasión, especialmente en transacciones transfronterizas (2018, p. 25).

Como se observa, existen circunstancias que suponen un alto riesgo de elusión fiscal e incumplimiento tributario debido a la realización de operaciones con criptomonedas, las cuales evidencian una necesaria adopción de medidas por parte de los Estados, ya sea de carácter inductivo o regulatorio.

Por otro lado, tenemos que el valor de las criptomonedas tiene un alto nivel de volatilidad -incluso en un corto tiempo-, lo que ocasiona que la valoración de las transacciones realizadas sea compleja, y, en ese sentido, que exista un alto riesgo de pérdida de recaudación ante acciones que pretendan reducir las bases tributarias o imponibles en operaciones gravadas, ya sea en tributos sobre la renta, el valor agregado -o consumo- e incluso aquellos que recaen sobre el patrimonio.

Consideramos que las dificultades para la determinación del precio de una criptomoneda parten de la ausencia de alguna entidad que respalde su valor -como podría ser un ente regulador o supervisor- lo que implica que la valoración de las criptomonedas se rija básicamente por reglas de oferta y demanda en el ámbito privado, lo que otorga un alto margen de actuación a los particulares.

Ello es un tema complejo pues, por citar un caso, es de conocimiento que incluso las propias plataformas de intercambio establecen precios diferentes para una misma criptomoneda en un determinado momento, debido a que su valoración se basa en complejos registros de precios de compra y venta. Lo dicho genera muchas dificultades al momento de registrar operaciones, además del esfuerzo que implica mantener la información de tales precios durante un largo período de tiempo, especialmente si se cuenta con distintos tipos de criptomonedas, o en caso de tener un mismo tipo de criptomonedas, si se adquieren en diversas fechas a diferentes precios.

3. Tratamiento jurídico de las criptomonedas y sus implicancias para el sistema tributario en la legislación comparada

A continuación, procederemos a exponer de manera resumida el tratamiento jurídico de las criptomonedas en la legislación comparada y las implicancias que ello supone en materia tributaria. Este punto tiene como objeto detallar el panorama actual de la evolución normativa que han seguido diversos países y su avance frente a la lucha contra la evasión fiscal y el incumplimiento tributario que conlleva el uso de criptomonedas.

(7) *Véase* OECD. (2019). Lavado de activos y financiación del terrorismo - Manual para inspectores y auditores fiscales (pp. 55-58). https://www.oecd.org/ctp/crime/lavado-de-activos-y-financiacion-del-terrorismo-manual-para-inspectores-y-auditores-fiscales.pdf

Para tales efectos, se hará referencia en general a las actividades de minería y el intercambio de criptomonedas siguiendo los términos expuestos anteriormente y enfocándonos en los agentes que intervienen en cada una de ellas; y, a su vez, se tomará en cuenta para el análisis tributario, el tratamiento impositivo de dichas situaciones en los impuestos que recaen sobre la renta, el consumo -o valor agregado- y el patrimonio, de ser el caso.

3.1. Restricción de actividades con criptomonedas y su implicancia en la tributación

Bien es sabido que algunos países han tomado medidas encaminadas a prohibir o restringir el intercambio de criptomonedas con el objeto de cautelar los riesgos inherentes a su uso, dada las características que le otorga la tecnología "blockchain" y su autonomía frente a las instituciones tradicionales propias de un Estado que regulan o supervisan la actividad financiera y monetaria del país.

Según el informe emitido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, "OECD" por las siglas en inglés de Organisation for Economic Co-operation and Development) denominado "Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues" (en adelante, "el informe de la OECD"), las prohibiciones o restricciones que se han regulado en cierto recae en determinadas actividades que forman parte de la creación y el intercambio de criptomonedas, las cuales se podrían clasificar de la siguiente manera:

a) Prohibición general: Se prohíbe el uso y/o cualquier transacción de criptomonedas, esto es, se encuentra prohibido la compra y venta de criptomonedas y su utilización como medio de pago. Este es el caso de Bangladesh, Bolivia, Marruecos, Nepal, Macedonia del Norte, Lesoto, Rusia y Arabia Saudita. Cabe señalar que países como Algeria incluso han dispuesto expresamente que incluso la tenencia de criptomonedas es ilegal.

b) Prohibición de plataformas de negociación comercial: Se prohíbe el funcionamiento de plataformas de comercialización de criptomonedas -trading o intercambio-. Este es el caso de China.

c) Prohibición del uso de criptomonedas como medio de pago: Se prohíbe la compra y venta de bienes y servicios con criptomonedas. Este es el caso de Ecuador e Indonesia.

d) Prohibición de *ICOs*: Se prohíbe la operatividad de *ICOs*. Este es el caso de China y Corea.

e) Restricción en el sector financiero: Se prohíbe a las instituciones financieras reguladas participar en actividades relacionadas a las criptomonedas e impulsar directa o indirectamente a personas o empresas a la realización de tales actividades. Este es el caso de Camboya, China, Colombia, República Dominicana, Jordania, Irán, Kuwait, Qatar, Lituania, Macao, Tailandia (Organisation for Economic Co-operation and Development [OECD], 2020, pp. 17-18).

En términos generales, los países que regulan prohibiciones o restricciones se encuentran vinculados a las actividades de intercambio de criptomonedas, es decir, aquellas en las que se emplea la criptomoneda como método de pago para la obtención de bienes o servicios, o para obtener dinero u otra criptomoneda a cambio.

Del mismo modo, dicha limitación atiende a los agentes intervinientes: los poseedores de criptomonedas -cualquier sujeto que tenga criptomonedas que pretenda intercambiarla- y sus posibles receptores -cualquier entidad que venda bienes o preste servicios que reciba criptomonedas como medio de pago-. También alcanza a las casas de cambio de criptomonedas -entidades que se encargan de promover el intercambio de criptomonedas por dinero o entre distintas criptomonedas- e incluso a las plataformas de negociación comercial.

Ahora bien, atendiendo a este marco regulatorio restrictivo de operaciones y agentes, cabe peguntarnos sobre las implicancias tributarias que conllevaría la realización de actividades relacionadas a las criptomonedas que se encuentren prohibidas o restringidas.

Al respecto, podemos indicar que, ante la ausencia de una norma expresa que regule dicha situación en materia tributaria, nos encontraríamos ante la eventual disyuntiva de determinar si las actividades ilícitas podrían tener efecto tributario o no, en tanto atienden a situaciones jurídicas particulares; lo que en buena cuenta podría resumirse en que, por un lado, sí correspondería atender a su tributación en atención al principio de capacidad contributiva y el deber de contribuir como instituciones de una rama del derecho independiente del ordenamiento jurídico, y por otro, que no correspondería dicho

tratamiento, en tanto el Estado no podría amparar ninguna conducta ilícita[8].

3.2. Tratamiento jurídico de las criptomonedas como una moneda de curso legal y sus implicancias en la tributación

Como regla general, tenemos que para la mayoría de países del mundo, las criptomonedas no califican jurídicamente como una moneda de curso legal debido a que no cumplen con las características esenciales de una moneda, en tanto no es emitida por una entidad pública o estatal, no es de aceptación obligatoria y con plenos efectos cancelatorios en su jurisdicción, y no responde a la confianza generada por el respaldo de un Estado soberano o alguna materia prima subyacente que le otorgue un valor intrínseco (OECD, 2020, pp. 18-19).

Sin embargo, debe tenerse presente que, en materia del Impuesto al Valor Agregado (en adelante, "IVA"), la mayoría de los países de la Unión Europea y otros países de la región han adoptado como criterio para tales efectos impositivos, asemejar el tratamiento tributario aplicable a las monedas de curso legal a las transacciones con criptomonedas, esto es, considerar a las criptomonedas como divisas. En efecto, ello se basa en el razonamiento establecido por el Tribunal de Justicia en la sentencia (Decisión Prejudicial) recaída en el Asunto C-264/14 emitida en el año 2015[9], en la cual se resolvió que el cambio de unidades de la criptomoneda "Bitcoin" por divisas tradicionales -monedas de curso legal- se encontraba exento del IVA, criterio que tuvo como directriz garantizar la neutralidad fiscal y, a su vez, aliviar las dificultades para la determinación de la base imponible y las respectivas deducciones en materia del IVA. En ese sentido, dicho Tribunal consideró que las criptomonedas eran comparables a las monedas fiduciarias -o de curso legal- en la medida en que su única finalidad era proporcionar un medio de cambio.

Ahora bien, a pesar de que el criterio antes expuesto resultaba un análisis del caso en concreto en materia del IVA, algunos pocos países como Bélgica, Costa de Marfil, Polonia e Italia, consideraron aplicable dichos lineamientos para todo efecto tributario. Es decir, en estas jurisdicciones se asemeja las operaciones que utilizan criptomonedas a las transacciones realizadas con una moneda de curso legal para efectos impositivos, tanto en materia de impuestos al valor agregado como también para impuestos sobre la renta (OECD, 2020, p. 23).

Por ejemplo, en el caso de Italia, la administración tributaria de dicho país[10] ha señalado que ante la ausencia de una legislación especial aplicable a las criptomonedas debe tomarse como punto de referencia el pronunciamiento del Tribunal de Justicia, siendo que la actividad de intermediación de monedas tradicionales con bitcoins -realizada de forma profesional y habitual- constituye una operación relevante para todo efecto impositivo, y no solo para el IVA. En tal sentido, indica que, en materia de imposición directa, una empresa debería reconocer los efectos tributarios -ganancia o pérdida- por la diferencia obtenida de los intercambios de criptomonedas por dinero, esto es, aquellos relacionados a mandatos de compra o venta de criptomonedas por parte de clientes en los cuales la empresa realiza una función de intermediaria.

Finalmente, es preciso señalar el caso particular de El Salvador, lugar que se ha convertido en el primer país del mundo en dar los primeros pasos para el reconocimiento legal de una criptomoneda[11] -en concreto, el *Bitcoin*- como una moneda de curso legal, adoptando mediante el Decreto 57 de fecha 09 de junio de 2021[12], algunas disposiciones que vale la pena mencionar.

Según el Dictamen favorable de la Comisión Financiera de la Asamblea Legislativa del 08 de junio de 2021[13], resultaba necesario establecer un marco regulatorio para el tratamiento del Bitcoin

(8) *Véase* De Mosteyrín, R. (2017). Tributación de las ganancias que se obtienen del ilícito penal. *Foro – Revista de ciencias jurídicas y sociales Nueva Época, 20*, 93-126. https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/57531

(9) *Véase* el pronunciamiento en el sitio web de la Unión Europea – "EUR-Lex". https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0264.

(10) *Véase* Risoluzione 72 emitida por la Agenzia Entrate en el portal web del Ministero dell'Economia e delle finanze de Italia, https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/302984/Risoluzione+n.+72+del+02+settembre+2016_RISOLUZIONE+N.+72+DEL+02+SETTEMBRE+2016E.pdf/8e057611- 819f-6c8d-e168-a1fb487468d6

(11) *Véase* El Salvador, primer país del mundo en reconocer al Bitcoin como moneda de curso legal en el sitio web de la Nueva Asamblea Legislativa de El Salvador. https://www.asamblea.gob.sv/node/11282

(12) *Véase* el Decreto 57 en el sitio web de La Nueva Asamblea. https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/8EE85A5B-A420-4826-ABD0-463380E2603B.pdf

(13) *Véase* el Dictamen 3 de la Comisión Financiera de la Asamblea Legislativa de fecha 08 de junio de 2021 en el sitio web de la Nueva Asamblea Legislativa de El Salvador. https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/dictamenes/27F0BD6F-3CEC-4F52-8287-432FB35AC475.pdf

como una moneda de curso legal para facilitar la inclusión financiera e impulsar el crecimiento económico, por lo que se estableció, en el artículo 1 de dicho dictamen, el reconocimiento legislativo del Bitcoin *"como moneda de curso legal, irrestricto con poder liberatorio, ilimitado en cualquier transacción y a cualquier título que las personas naturales o jurídicas públicas o privadas requieran realizar"*.

Así, la norma dispone que el tipo de cambio entre el Bitcoin y el dólar será establecido libremente por el mercado, que todo precio podrá ser expresado en *Bitcoin* y que todo agente económico deberá aceptar Bitcoin como forma de pago cuando así le sea ofrecido por quien adquiere un bien o servicio. Asimismo, señala que, para fines contables, se utilizará el dólar como moneda de referencia y que todas las contribuciones tributarias podrán ser pagadas en Bitcoin.

Cabe advertir que, en el ámbito tributario, su artículo 5 dispone expresamente que *"los intercambios en bitcoin no estarán sujetos a impuestos sobre las ganancias de capital al igual que cualquier moneda de curso legal"*, por lo que resulta claro que el tratamiento impositivo en materia de impuesto a las rentas se equipara jurídicamente al de las monedas de curso legal.

De lo antes expuesto, podemos notar que el tratamiento tributario de una criptomoneda considerada como una moneda de curso legal para efectos impositivos -principalmente para efectos de impuestos al valor agregado e impuestos sobre la renta- implicaría asemejar en todo aspecto las criptomonedas como dinero, por lo que eventualmente podría recurrirse al tratamiento tributario aplicable a las actividades desarrolladas por entidades financieras o casas de cambio de divisas, e incluso, incidir en reglas del reconocimiento de resultados obtenidos por la diferencia de cambio en operaciones en moneda extranjera, por ejemplo.

3.3. Tratamiento jurídico de las criptomonedas como bienes y sus implicancias en la tributación

Teniendo en cuenta que, como regla general, las criptomonedas no califican como una moneda de curso legal, la normativa aplicable en primera instancia es aquella que regula la situación jurídica de los "bienes", que normalmente se encuentran regulados en el ámbito civil patrimonial. Debe indicarse que las criptomonedas son bienes incorporales, intangibles o inmateriales, pues su existencia radica básicamente en la red y la tecnología que se emplea para resguardar su funcionamiento.

El informe de la OECD señala que, en la mayoría de los casos, los países consideran a las criptomonedas como una forma de "*property*" para fines fiscales. Así, detalla que existen diversas posiciones sobre su tratamiento en particular: criptomonedas como activos intangibles diferente al *goodwill* (Australia, France, Chile, Republica Checa, España, Nigeria, Reino Unido), criptomonedas como *commodities* (Austria, Canadá, China, Indonesia), criptomonedas como instrumentos financieros (Brasil, Dinamarca, Israel, Japón, Sudáfrica), entre otros (2020, p. 15).

En esa línea, el tratamiento tributario que recaiga sobre dichos bienes sería, en principio, aquel aplicable para cualquier bien jurídico intangible, con excepción de las situaciones que encuentren sustento jurídico en alguna regulación tributaria especial.

Resulta importante tener en cuenta que para efectos tributarios, un tema de suma importancia es la relación que existe con la contabilidad y los registros contables, siendo que las legislaciones emplean términos, conceptos y criterios de dicha materia para dar lectura y contenido a la normativa tributaria, especialmente en impuestos a la renta, sobre todo para la renta empresarial, y el valor agregado, para el control y registro de operaciones mediante la emisión de comprobantes de pago y el uso de libros y registros contables.

Sin pretender ahondar sobre el tema, cabe mencionar que el informe de la OECD adopta la siguiente postura: ante la ausencia de un pronunciamiento institucional sobre la clasificación de las criptomonedas para fines contables, resultan aplicables los principios generales de contabilidad, según los cuales se realizará su clasificación en función a sus propiedades económicas. Así, se tiene que, por regla general, las criptomonedas serían consideradas como activos intangibles; no obstante, reconoce que la dificultad que supondría encajarla en alguno de los tipos de activos existentes (2020, p. 15).

En esa línea, un criterio particular es el emitido por el Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera (CINIIF), que ha indicado que las criptomonedas cumplen con la definición de activo intangible según la NIC 38, al calificar como un activo identificable de carácter no monetario y sin apariencia física. En esa línea, señala que cumple con la definición de activo intangible pues: "(a) it is capable of being separated from the holder and sold or transferred individually; and (b) it does not give the holder a right to receive a fixed or determinable number of units of currency". Asimismo, precisa que no calificarían como activos financieros o efectivo; y que,

eventualmente, podrían contabilizarse como parte del inventario cuando una entidad las mantenga como activos para la venta en el curso habitual de sus actividades comerciales, criterio que aplicaría esencialmente para los corredores y comerciantes de criptomonedas (OECD, 2020, pp. 15-16)[14], término similar al que usamos al referirnos a las casas de cambio.

Ahora bien, tomando en consideración estos aspectos, desarrollaremos brevemente el tratamiento tributario aplicado en algunos países sobre la actividad de minería y el intercambio de criptomonedas, haciendo referencia a su incidencia en los impuestos sobre la renta, el consumo o valor agregado y el patrimonio.

3.3.1. Implicancias tributarias en materia de impuestos sobre la renta y cuestiones problemáticas

A) Intercambio de criptomonedas

Como hemos señalado, las criptomonedas pueden ser intercambiadas tanto por dinero, como por bienes -incluidas otras criptomonedas- y servicios. Ahora bien, en la mayoría de países, todos estos intercambios de bienes generan hechos gravados; sin embargo, cabe hacer algunas precisiones al respecto.

En primer lugar, a efectos ilustrativos, debemos tener presente que los efectos tributarios en materia de impuesto a la renta impactan al sujeto o agente poseedor de la criptomoneda que la enajena y que recibe producto de dicha enajenación, un ingreso gravado con el impuesto, ya sea en dinero o en especie, como podría ser un bien o un servicio. Así, un caso particular sería el caso de la permuta de bienes, intercambio de bien por bien, entre los cuales podrían estar la propia criptomoneda, en la que coexistirían dos operaciones de enajenación de bienes con efectos tributarios independientes.

En segundo lugar, resulta importante identificar si el intercambio proviene de una actividad empresarial o no, ya que, si nos encontramos ante una actividad empresarial, el término de ingreso o renta gravable resulta más amplio, mientras que para el caso de una actividad personal u ocasional no, por lo que se recurriría necesariamente al concepto de ganancia de capital por enajenación de bienes -claro está- por la enajenación de la criptomoneda. Dicho esto, resulta evidente que tal distinción tendría relevancia en personas naturales que no cuentan con un negocio o actividad empresarial, pues como regla general, si fueran personas jurídicas, su tratamiento siempre sería el de una actividad empresarial.

Para efectos de verificar si una actividad de intercambio podría resultar de carácter empresarial o no, podemos citar casos particulares como lo que sucede en Italia, país en el cual se evidenciaría una actividad empresarial en la medida que las transacciones en criptomonedas tengan un carácter especulativo, siendo que en tales casos se sujetarían a las reglas para rentas provenientes del comercio de monedas fiduciarias extranjeras (OECD, 2020, p. 28). De manera similar sucede en Canadá, según la cual, cuando una criptomoneda se adquiere con ánimo de lucro, se entiende que los intercambios realizados con ella constituyen una actividad empresarial (OECD, 2020, p. 30).

Otro criterio interesante lo podemos apreciar en el caso de España. Según Pérez-Carasa, la transmisión de criptomonedas por personas naturales es llevada como una actividad profesional -"*exchangers*" persona física- que califica como rendimiento de actividades económicas[15], cuando se observa que en su realización se utilizan diversos soportes, como páginas webs o plataformas virtuales que ponen en contacto a oferentes y demandantes de estas criptomonedas percibiendo a cambio de su labor una determinada comisión, pues evidencia que dicho rendimiento procede

(14) Para un análisis más detallado que aborda el tratamiento contable de las criptomonedas, *véase* Chirinos, A. (2020). Regulación y tributación en el mercado de criptoactivos, una perspectiva de derecho comparado. *Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo UDELAR, 48*. https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/722

(15) Al respecto, cabe señalar que el artículo 27 de la Ley 35/2006 del "Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio" establece lo siguiente: "Artículo 27. Rendimientos íntegros de actividades económicas.
1. Se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.
En particular, tienen esta consideración los rendimientos de las actividades extractivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras, y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas (…)".

de trabajo personal y/o del capital, y dado que existe una ordenación por cuenta propia de medios de producción y/o recursos humanos con el fin de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios (2018, p. 147).

Por lo tanto, retomando a la idea inicial, queda claro que para algunas jurisdicciones es importante determinar si el intercambio proviene de una actividad empresarial o no, pues tal como sucede en Portugal, los intercambios de criptomonedas no encajan en la definición de ganancia de capital, por lo que dichas operaciones no generan rentas gravadas en ese supuesto, salvo que estas se realicen como parte de una actividad empresarial (OECD, 2020, p. 27).

No obstante, también existen casos en donde esta distinción resulta irrelevante, debido a que en algunos países los intercambios si califican como ganancias de capital. En efecto, en Polonia los ingresos provenientes de los intercambios de criptomonedas por dinero, o cuando se utilizan como pago para la adquisición de otros bienes y servicios, se tratan como ganancias de capital -independientemente de si son provenientes de una actividad comercial o personal- y están sujetos a la tasa impositiva respectiva (OECD, 2020, p. 28).

Mención aparte merece el criterio que aplican ciertos países respecto al intercambio entre criptomonedas -intercambio de bien por bien-, pues en jurisdicciones como Chile, Francia, Letonia y Polonia, dicho intercambio no se encuentra gravado debido a razones netamente pragmáticas, es decir, para evitar las dificultades que conlleva establecer el valor monetario entre dos criptomonedas o para fomentar su comercio (OECD, 2020, p. 28).

Finalmente, como bien indicamos, es preciso reiterar que el intercambio entre criptomonedas por bienes o servicios -que incluye también a los salarios- son tratadas como trueques o transacciones recíprocas para efectos fiscales en casi todos los países encuestados en el informe de la OECD, siendo que la enajenación de la criptomoneda da lugar a un hecho imponible para el propietario de la misma, mientras que para el receptor de la criptomoneda -que la recibe como medio de pago por un bien, servicio o salario- dicha circunstancia no cambia el tratamiento fiscal subyacente que se habría aplicado si la compra se hubiera realizado en moneda de curso legal. En consecuencia, un proveedor que recibe criptomonedas como pago por la venta de bienes o prestación de servicios estaría obligado a incluir el valor de las criptomonedas recibidas en su renta imponible, razonamiento que también aplica para el caso de los salarios pagados en criptomonedas (OECD, 2020, p. 30).

B) Actividad de minería

Como bien hemos indicado, la actividad de minería constituye un procedimiento informático para la obtención de la criptomoneda, por lo que el ingreso o renta gravable que retribuye dicha actividad será la propia obtención de criptomonedas. En buena cuenta, esto resulta equiparable a un mecanismo para la adquisición de un bien en propiedad.

Al respecto, Zocaro advierte dos posiciones sobre la naturaleza de la actividad de minería en Argentina, señalando que, por un lado, están aquellos que la consideran como un "servicio" prestado a la red y, por el otro, los que sostienen que no es un servicio, sino que en realidad es un proceso de "creación" de un bien inmaterial. El autor detalla:

Si se considerase la primera opción, la retribución en criptomonedas que el minero recibiese por su "servicio" estaría alcanzada en el impuesto a las ganancias (…). Por otra parte, los que sostienen la idea de que la minería es un proceso de "creación" de un bien inmaterial opinan que la red *blockchain* no es la que crea nuevas unidades de la criptomoneda de que se trate para luego "otorgárselas" al minero correspondiente, sino que es ese minero el que "registra" la información en el nuevo bloque y por lo tanto él mismo está creando nuevas criptomonedas. Y si se tomase como válida esta postura, se tributaría ganancias recién al momento de la venta, y no por el minado en sí (2020, pp. 32-33).

En segundo lugar, cabe advertir que la actividad de minería podría ser producto de una actividad personal -con fines personales u ocasionales- o de una actividad empresarial -con carácter habitual y propias de un negocio-, lo cual podría tener impacto no solo para determinar la base imponible, sino incluso para verificar si un hecho se encuentra gravado o no. Veamos:

Según el informe de la OECD, para algunos países, la obtención de criptomonedas como resultado de la actividad de minería se encuentra sujeta al impuesto que grava la renta debido a que se considera que dicha adquisición califica como un "*ingreso*" -*"income"*, "*other capital income*" o "*miscellaneous income*"- al valor de la unidad, otorgándose la posibilidad de deducir los costos asociados con su obtención, tales como los costos de electricidad y equipos utilizados en la minería (2020, p. 24).

Por ejemplo, en Noruega, los ingresos (*income*) procedentes de la minería se calculan en función del valor de mercado de la criptomoneda recibida en el momento de la "extracción", pues se consideran ingresos imponibles procedentes de activos (*taxable income from "assets"*). Asimismo, en el Reino Unido, los ingresos (*income*) procedentes de la minería se consideran hechos imponibles al momento de la recepción de las criptomonedas, tanto si son percibidos por personas físicas (*miscellaneous taxable income*) como en el curso de una actividad comercial (*trading profits*), y se estiman al valor de la unidad de la criptomoneda en libras esterlina en dicha oportunidad (OECD, 2020, pp. 24-25).

Asimismo, existen otras jurisdicciones en las que para determinar si la adquisición de criptomonedas se encuentra gravada o no, resulta importante identificar si la actividad se considera como una actividad personal o empresarial, pues en estos casos, la adquisición de criptomonedas producto de la minería solo supondría un hecho gravado cuando provenga de una actividad empresarial[16], mas no cuando dicha obtención resulte de una actividad personal u ocasional. Este sería el caso de países como Australia, Canadá, Alemania, Hong Kong (China), Luxemburgo, Singapur, Suiza y Suecia (OECD, 2020, pp. 25-26).

Cabe señalar que para diferenciar si una actividad califica como empresarial o no, se podría tener como referencia el criterio empleado en Singapur: si una persona realiza el minado como un pasatiempo[17] esta calificaría como una actividad personal u ocasional, mientras que si se verifica un esfuerzo habitual y sistemático para obtener mayores beneficios, ello podría implicar una actividad empresarial.

Finalmente, una opinión particular para el caso de España es lo señalado por Pérez-Carasa, que sostiene lo siguiente: Dado que la obtención de Bitcoins proviene de la realización de una actividad personal y que "dicha actividad se lleva a cabo de forma profesional y por cuenta propia -esto es, sin mantener ninguna relación de dependencia con un tercero-, parece razonable calificar este tipo de rentas como rendimientos de actividades económicas", más aun si se tiene en cuenta que para que la actividad de minería sea rentable y eficiente se requiere de una importante cantidad de medios y equipos informáticos, por lo que resulta frecuente que los mineros se coordinen y organicen en redes llamadas "*pools*" o incluso que se lleve a cabo esta actividad a través de sociedades con equipos especializados llamadas "granjas de servidores". (2018, p. 145).

3.3.2. Implicancias tributarias en materia de impuestos al valor agregado y cuestiones problemáticas

A) Intercambio de criptomonedas

En contraste con la imposición sobre la renta, el tratamiento tributario en materia del IVA se encuentra más generalizado, siendo que los países tienden a tratar las criptomonedas como si fueran monedas de curso legal a pesar de que tengan la calidad de bienes, salvo que la propia ley disponga lo contrario, esto es, se tratan a las criptomonedas como si fueran medios de pago en transacciones que implican su intercambio o enajenación, tal como se ha explicado en un punto anterior.

Ahora bien, este tratamiento se debe principalmente a su pragmatismo, pues para estos efectos existen ciertas complicaciones al tratar jurídicamente a las criptomonedas como bienes cuyas transferencias -enajenaciones- se sujeten a reglas del trueque, permuta o "*barter transactions*", tales como son la falta de un tipo de cambio determinado, la complejidad en verificar el cumplimiento de los intercambios de criptomonedas, el anonimato, la determinación del lugar de la "entrega" de los bienes, el riesgo de fraude, entre otros (OECD, 2020, p. 32).

Dicho esto, en general podemos concluir que los intercambios de criptomonedas por dinero u otras criptomonedas, y -a su vez- los intercambios de criptomonedas por bienes y servicios, no constituyen un hecho gravado en materia del IVA desde el enfoque de la enajenación de la criptomoneda; es decir, la propia actividad de intercambio de criptomonedas -como enajenación de un bien jurídico- cuya contraprestación sea dinero, otras criptomonedas, bienes o servicios, no sería un hecho imponible.

Cabe agregar que lo dicho no implica necesariamente un tratamiento similar para otros servicios relacionados a dichos intercambios -como el *"online wallet services"*

(16) A manera de ejemplo, en el caso de Suiza, en caso de las rentas empresariales, los ingresos producto de criptomonedas se considerarían como parte del activo.

(17) Un ejemplo de ello podría ser el criterio utilizado en Noruega, en el que, si una persona realiza minado a pequeña escala en una computadora personal desde casa, normalmente esta no calificaría como una actividad empresarial.

o los propios servicios que permiten el acceso para el intercambio de criptomonedas en diversas plataformas-, los que podrían tener un tratamiento particular como un servicio gravado.

De igual modo, debe tenerse en cuenta que las operaciones de venta de bienes y prestación de servicios que sean sujetos al IVA no se ven afectados por el tratamiento antes expuesto cuando estos sean pagados con criptomonedas, pues seguirán siendo ventas y servicios gravados con el impuesto. Por ejemplo: en Reino Unido, los intercambios de criptomonedas quedan fuera del ámbito de aplicación del IVA, aunque dicho tributo resulta exigible por la entrega del bien o servicio por el que se intercambian las criptomonedas. De igual modo, en Suiza, las transacciones con criptomonedas se encuentran fuera del ámbito de aplicación del IVA en caso se intercambien por otras criptomonedas o por monedas de curso legal, mientras que, si se realizan intercambios por otros bienes y servicios, solo se encontrarán sujetos al IVA la entrega del bien o servicio gravados con el impuesto (OECD, 2020, p. 37).

B) Actividad de minería

Para el caso de la actividad de minería, el tratamiento tributario en materia del IVA sigue los mismos planteamientos esbozados en el punto anterior, pues nos encontramos ante una actividad retribuida con criptomonedas, lo que supone la adquisición de criptomonedas como retribución a dicha actividad.

> Sobre el particular, tenemos que en algunos países de la Unión Europea, tales como Alemania, Irlanda, Eslovenia y Suecia, la actividad de minería se encuentra fuera del ámbito de aplicación del IVA, ya que se considera que la recompensa -esto es, la adquisición de criptomonedas- obtenida por dicha actividad y el valor de la operación no se encuentran suficientemente relacionados, pues no se logra determinar una vinculación clara entre el pago recibido y la actividad realizada, sobre todo por el hecho de que realizar la actividad de minería no implica necesariamente la obtención del beneficio o adquisición de criptomonedas -dado que no en todos los casos se logra obtener el resultado favorable, esto es, la consolidación del códigos para la obtención de una criptomoneda por ejemplo- y además, que resulta complejo equiparar el esfuerzo invertido por el minero para dicha actividad y la contraprestación obtenida para ello, en caso se obtenga el resultado positivo[18] (OECD, 2020, pp. 35-36).

En esa línea, García-Torres anota algunas cuestiones importantes a tener en cuenta respecto a la actividad de minería, ya que evidencia diferencias importantes con relación a la prestación de un servicio:

> (…) las operaciones de minado de Bitcoins son aquellas que permiten crear nuevos bloques de los que se derivan nuevos Bitcoins y que son remunerados por el sistema con una cantidad de Bitcoins. Pues bien, la actividad de minado no conduce a una situación en la que exista una relación entre el proveedor del servicio y el destinatario del mismo y en los que la retribución abonada al prestador del servicio sea el contravalor del servicio prestado, de tal forma que en la actividad de minado no puede identificarse un destinatario o cliente efectivo de la misma, en la medida que los nuevos Bitcoins son automáticamente generados por la red. En consecuencia, la falta de una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida en los términos señalados, los servicios de minado no estarán sujetos al IVA (2018, p. 88).

En suma, queda claro para el autor que al no existir una relación entre proveedor de un servicio y el destinatario o cliente del mismo debido a que las criptomonedas son generadas por el propio sistema, la actividad de minado no generaría un supuesto de servicio sujeto al IVA; razonamiento similar al expuesto por las administraciones tributarias antes citadas.

3.3.3. Implicancias tributarias en materia de impuestos sobre la propiedad o el patrimonio y cuestiones problemáticas

Como bien hemos señalado, las criptomonedas califican como bienes, por lo que podrían encontrarse sujetas a impuestos sobre la propiedad o el patrimonio.

Según el Informe de la OECD, existen jurisdicciones en donde dicha calificación tendría efectos impositivos en tributos que gravan el patrimonio, herencias, donaciones, u otros. Así, por ejemplo, se tiene que el Reino Unido considera a las criptomonedas como bienes para efectos del *"Inheritance Tax"* -impuesto sobre las herencias o sucesiones-, y, de igual manera, en Finlandia, las criptomonedas recibidas por herencia se encuentran sujetas a tales impuestos a su costo de adquisición (2020, pp. 39-40).

En esa línea, existen otros países (tales como Bélgica, Luxemburgo, Noruega, Suiza y España) en los cuales los impuestos al patrimonio recaen sobre bienes o activos, por lo que al encontrarse dentro de su

(18) A ello podríamos sumarle incluso la falta de identificación de un cliente determinado para los servicios prestados, criterio que -entre otras razones- utiliza el Reino Unido para considerar a la actividad de minería fuera del ámbito de aplicación del IVA (OECD, 2020, p. 37).

definición a las criptomonedas, son considerados como materia imponible. Por citar un caso, tenemos que en Suiza, las criptomonedas en propiedad de personas naturales forman parte de los activos de capital mobiliario, por lo que se encuentran sujetos a impuestos sobre el patrimonio y deberán ser convertidas a francos suizos para cumplir con la obligación tributaria[19] (OECD, 2020, p. 40).

En el caso de España, la Ley 19/1991 establece el Impuesto sobre el Patrimonio, tributo de carácter directo y naturaleza personal que grava el patrimonio neto de las personas físicas, por lo que, en dicho caso, la norma abarcaría también la tenencia de criptomonedas. En efecto, dicha norma señala que el patrimonio neto de la persona física estará constituido por "el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder", por lo que las criptomonedas serían materia imponible del impuesto al considerarse como bienes de contenido económico.

Sobre el particular, cabe señalar que la determinación del valor de la criptomoneda generaría diversos problemas, pues tal como advierte Gonzales, en virtud del artículo 24 de la Ley 19/1991 aplicable para estos casos, los bienes se valorarían por su precio de mercado en la fecha del devengo del Impuesto, siendo que, en palabras del autor:

> (…) existen dos circunstancias relevantes a considerar. En primer lugar, por tratarse de un impuesto cedido, en distintas Comunidades Autónomas existen distintos umbrales para que nazca la obligación de presentar la declaración tributaria. Por otra parte, y dada la extrema volatilidad de estas criptomonedas, bien pudiera suceder que, a la cotización existente a una cierta hora se superarse el umbral y, a otra hora, no. Llevando la situación al extremo pudiera suceder que hiciera sobrepasar el umbral las monedas minadas durante el día o que, dado que pueden cambiarse una[s] criptomonedas por otras intradía con algunas de las combinaciones se superara el umbral y, con otras, no.
>
> Si en algún momento en el futuro se decidiera regular de forma explícita la tributación de las criptomonedas, éstos aspectos deberían regulados para que no sea una cuestión opinable cual es el valor del mercado en la fecha del devengo (2018, p. 40).

Por lo dicho, queda claro que incluso en impuestos sobre el patrimonio, existen dificultades para determinar la liquidación del tributo o incluso para identificar si un sujeto se encuentra dentro del umbral para gravar el patrimonio, lo que implicaría establecer si el patrimonio se encuentre gravado o no.

4. Tratamiento tributario de las actividades realizadas con criptomonedas en el Perú

Actualmente, el Perú no cuenta con una legislación especial que regule el tratamiento jurídico de las criptomonedas, por lo que no existe una definición legal sobre las características y naturaleza de dichos bienes, algún ente regulador o supervisor de las transacciones en criptomonedas, ni un mecanismo que permita luchar contra eventuales operaciones ilícitas, entre otros.

En materia tributaria tampoco existe un marco regulatorio específico que abarque el tratamiento tributario que conllevan las operaciones vinculadas a la minería y el intercambio de criptomonedas, siendo los más importantes sus efectos para el Impuesto a la Renta y el Impuesto General a las Ventas (en adelante, "IGV").

En efecto, como bien analiza López, en el Perú la criptomoneda no puede ser considerada como una moneda de curso legal ni como dinero electrónico, de conformidad a lo dispuesto en la Ley 29985 – Ley que regula las características básicas del dinero electrónico como instrumento de inclusión financiera. Tampoco califica como un instrumento de pago en virtud a la Ley 29440 – Ley de los Sistemas de Pagos y de Liquidación de Valores, o como un *commoditie*, de acuerdo a la Ley 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Finalmente, no es posible clasificarla como un valor mobiliario según la Ley 27287 – Ley de Títulos Valores; ni como un instrumento financiero o activo financiero de acuerdo a la normativa de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (2019, pp. 143-145).

(19) Sobre el particular, la administración tributaria suiza *("Swiss Federal Tax Administration")* establece un tipo de cambio o de conversión -lo que se ha dado para casos de las criptomonedas de *Bitcoin* y *Ether*-; no obstante, se indica que en caso no se cuente con un valor de mercado determinado, se tomará en cuenta el precio de final de año de la plataforma de negociación a través de la cual se ejecutan las operaciones de compra y venta de criptomonedas o, en su defecto, el precio por el que se adquirieron dichas criptomonedas.

Por lo tanto, ante la ausencia normativa específica que verse sobre el tratamiento jurídico de las criptomonedas, se deberá acudir a las normas de carácter general que resulten aplicables. Así, teniendo en cuenta que la criptomoneda es un bien de carácter inmaterial, intangible o incorporal[20], podemos concluir que esta califica como un bien mueble de acuerdo a los artículos 885 y 886 del Código Civil[21]. Siendo ello así, el tratamiento tributario de las actividades con criptomonedas en el Perú tendría las siguientes implicancias.

4.1. Regulación del Impuesto General a las Ventas

4.1.1. Actividad de minería

Para efectos del IGV, cabe preguntarnos si la actividad de minería podría encajarse, desde una primera aproximación, como una prestación de servicios, de conformidad a lo establecido en el inciso b) del artículo 1 de la Ley del IGV. Según el numeral 1 del inciso c) del artículo 3 de la misma Ley, la definición de servicios es la siguiente:

> c) Servicios:
>
> 1. Toda prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe una retribución o ingreso que se considere renta de tercera categoría para los efectos del Impuesto a la Renta, aun cuando no esté afecto a este último impuesto; incluidos el arrendamiento de bienes muebles e inmuebles y el arrendamiento financiero (…).

Al respecto, somos de la opinión que la propia actividad de minería no tiene una contraparte que otorgue la retribución en criptomonedas al minero que realiza dicha actividad, pues se trata de la adquisición en propiedad de un bien creado o generado por el propio sistema, sin la intervención de un sujeto que entregue dichas criptomonedas a modo de retribución; por lo tanto, no sería posible encajarlo dentro de la definición de servicios, toda vez que no es una actividad que realiza una persona para otra por la cual se percibe una retribución.

Debe advertirse que distinto es el caso en el que un sujeto encarga a otro a realizar la actividad de minería en su nombre para que se transfiera la titularidad de las criptomonedas obtenidas producto de la minería a cambio de una contraprestación (ya sea en dinero, especie o criptomonedas), en cuyo caso nos encontraríamos ante la ejecución de un encargo o mandato de una actividad específica. En dicho supuesto sí podría evidenciarse la ejecución de un servicio entre dos partes plenamente identificadas (sujeto que realiza el encargo y sujeto encargado que realiza la actividad de minería favor del primero) que podría ser materia del IGV en la medida que se considere como una renta de tercera categoría para efectos del Impuesto a la Renta.

Ahora bien, de darse este último caso, consideramos que no podría dejarse fuera del ámbito del IGV la ejecución del servicio de encargo o mandato para obtener criptomonedas en favor de un tercero, en razón a criterios como la poca relación que existe entre la contraprestación en criptomonedas y el esfuerzo realizado por el minero (debido a que no en todos los casos se obtiene un resultado positivo), ya que dichas consideraciones implicarían dificultades para la determinación de la base imponible mas no para la configuración del hecho imponible, en tanto no se encuentran reguladas expresamente en la norma como un supuesto que impida dicha configuración.

4.1.2. Intercambio de criptomonedas

Con relación al intercambio de criptomonedas, cabe atender a si las enajenaciones de tales bienes constituyen hechos imponibles para el IGV como venta en el país de bienes muebles según el inciso a) del artículo 1 de la Ley del IGV.

Atendiendo a lo dispuesto en el inciso b) del artículo 3 de la misma Ley, la definición de bienes muebles es la siguiente: “aquellos bienes corporales que pueden llevarse de un lugar a otro, los derechos referentes a los mismos, los signos distintivos, invenciones, derechos de autor, derechos de llave y similares, las naves y aeronaves, así como los documentos y títulos cuya transferencia implique la de cualquiera de los mencionados bienes”.

---

(20) En palabras de Gutiérrez & Moreno “el bitcoin solo puede calificarse como un bien incorporal que, por ficción legal, recibe el tratamiento genérico previsto por el Código Civil para los bienes muebles porque constituye una realidad nueva cuyas características económicas y funcionales impiden subsumirlo en alguna otra categoría jurídica más específica del ordenamiento peruano”. *Véase* Gutiérrez, O. & Moreno, A. (2018). *El bitcoin: consideraciones financieras y legales sobre su naturaleza y propuesta de enfoque para su regulación*. ESAN ediciones (pp. 59-60).

(21) Según el numeral 10 del artículo 886, son bienes muebles los demás bienes no comprendidos en el artículo 885. El referido artículo 885 dispone que son bienes inmuebles, entre otros, el suelo, subsuelo, sobresuelo, mar, lagos, ríos, manantiales, corrientes de agua, minas, canteras, depósitos de hidrocarburos, diques, muelles, concesiones, derechos inscribibles en el registro y demás que la ley le confiera tal calidad.

De lo antes citado podemos concluir que las criptomonedas, al ser bienes muebles intangibles, son de naturaleza distinta a los enlistados en la norma, por lo que su venta no constituiría un hecho imponible para el IGV. Dicho tratamiento resultará aplicable tanto para personas jurídicas como naturales que generen rentas de tercera categoría.

Cabe advertir que, en la práctica, dicho tratamiento resultaría similar a considerar a la criptomoneda como una moneda de curso legal ya que esta última tampoco es considerada como bien mueble para efectos del IGV. Es decir, para efectos del IGV es posible asemejar -al menos gráficamente- el tratamiento de los intercambios de criptomoneda al tratamiento de las operaciones de compra venta de monedas extranjeras realizadas a través de casas de cambio, casos que no se encontrarían gravados con el impuesto.

Por otro lado, consideramos que no resultaría necesario atender a un criterio de pragmatismo para evitar la imposición en materia de IGV (ya sea por razones como la complejidad de establecer un tipo de cambio específico, verificar el cumplimiento de los intercambios de criptomonedas, el anonimato, entre otros), toda vez que dichos intercambios de todas maneras no se encontrarían sujetos al impuesto.

Sin perjuicio de lo dicho, cabe señalar que si bien la venta de criptomonedas no es un hecho gravado con el IGV, las operaciones realizadas en contrapartida a la enajenación de dichos bienes -esto es, las actividades efectuadas como contrapartida a la entrega de la criptomoneda en el intercambio, tales como la enajenación de bienes que constituye una permuta o la prestación de servicios que fue cancelada en especie mediante la entrega de criptomonedas-, desde la perspectiva de los agentes receptores de criptomonedas, podrían generar hechos gravados con el IGV, por lo que el pago de tales operaciones con criptomonedas no deberían suponer consecuencias tributarias diferentes para tales casos. Veamos:

> La definición de venta según el numeral 1) del inciso a) del artículo 3 de la Ley del IGV, es "Todo acto por el que se transfieren bienes a título oneroso, independientemente de la designación que se dé a los contratos o negociaciones que originen esa transferencia y de las condiciones pactadas por las partes (…)", por lo que la operación de permuta se encontraría dentro del ámbito de aplicación del impuesto.

Asimismo, como bien indicamos anteriormente, la definición de servicio contempla "Toda prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe una retribución o ingreso que se considere renta de tercera categoría para los efectos del Impuesto a la Renta, aun cuando no esté afecto a este último impuesto (…)", por lo que la retribución en criptomonedas (dación en pago o pago en especie) no impide calificar un servicio como afecto al IGV, pues la entrega de criptomonedas como retribución en especie se considera una renta de tercera categoría, según detallaremos más adelante.

4.2. Regulación del Impuesto a la Renta

4.2.1. Actividad de minería

Como bien indicamos, la actividad de minería puede llevarse a cabo tanto por personas naturales como por personas jurídicas, y necesariamente se requiere la intervención de los agentes denominados mineros para que realicen las validaciones tecnológicas necesarias para producir y adquirir criptomonedas, para lo cual se requiere principalmente de equipos informáticos funcionales.

Ahora bien, como hemos anotado anteriormente, la minería se centra en realizar la actividad de minado para obtener un beneficio o recompensa -adquisición de criptomonedas-, por lo que no existe una contraparte específica que retribuya la actividad, sino que es producido por el propio sistema. Así, el resultado de la actividad de minería realizada por un minero configuraría un medio de adquisición del derecho de propiedad sobre un bien mueble intangible o inmaterial a favor del minero[22].

Sin perjuicio de lo dicho, debemos mencionar como un punto adicional, que si una empresa o persona jurídica domiciliada en el Perú contrata a los mineros para que estos realicen la actividad de minería en nombre suyo en una relación de dependencia, lo retribuido a dichas personas naturales constituirían una contraprestación a los servicios prestados, ya sea en dinero o en criptomonedas, en cuyo caso sería un pago en especie[23], o una compensación, que calificaría como un servicio

(22) Cabe advertir que, si bien la figura resulta similar a un caso de adquisición de propiedad por apropiación, las disposiciones reguladas en el Código Civil no les resultarían aplicables pues hacen referencia a bienes tangibles o materiales (cosas susceptibles de apropiación).

(23) *Véase* Borkowski, D. (2020). *¿Cómo se paga el Impuesto a la Renta cuando la renta se paga "en especie"?*. Sitio web de PWC Perú. https://desafios.pwc.pe/como-se-paga-el-impuesto-a-la-renta-en-especie/

gravado con renta de cuarta categoría (López, 2019, p. 146), pues existe una relación *inter partes* complementaria a la propia actividad de minería.

Al margen de ello, cabe preguntarnos si la adquisición de criptomonedas como bienes podrían calificar como una renta gravada, pues en estricto debemos definir si nos encontramos ante una renta o ingreso gravados con el impuesto, de conformidad a la Ley del Impuesto a la Renta.

En efecto, para considerar que la adquisición de un bien mueble de carácter inmaterial constituye un hecho gravado con el impuesto, debemos atender al concepto de renta gravada establecida en la Ley del Impuesto a la Renta de acuerdo al Capítulo I "Ámbito de aplicación", cuyo artículo 1 establece como hechos gravados, los siguientes:

a) Las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos.

b) Las ganancias de capital.

c) Otros ingresos que provengan de terceros, establecidos por esta Ley.

d) Las rentas imputadas, incluyendo las de goce o disfrute, establecidas por esta Ley.

Como se puede advertir, la Ley del Impuesto a la Renta hace referencia a los términos de renta, ganancia e ingreso, los cuales a nuestro juicio no podrían subsumir el hecho de una adquisición originaria de un bien jurídico, toda vez que el solo hecho de adquirir la propiedad de un bien, ya sea como mercancía o activo de inversión, no constituye una operación que produzca una renta gravable -esto es, un ingreso, ganancia, beneficio, utilidad, entre otros-, por lo que resulta irrelevante identificar si nos encontramos ante una actividad empresarial o no. Veamos:

> Como bien esbozamos anteriormente, la actividad de minería deviene en la adquisición de un bien o activo -mercancía o incluso, una inversión- producto del esfuerzo técnico realizado que genera una validación automática del sistema, por lo que carece de una contraparte -tercero- que retribuya dicha labor. En ese sentido, dicha situación imposibilita que se configure alguna relación jurídica contractual -como la permuta, por ejemplo- que tenga como resultado un ingreso o renta bajo los alcances de la norma.

Así, si bien en la norma no existe una referencia expresa respecto a la definición de "ingreso" o "renta", el inciso c) del artículo 1 antes mencionado señala que se encuentran gravados "Otros ingresos que provengan de terceros", lo que nos da a entender que -desde una interpretación sistemática de la norma- para obtener rentas e ingresos gravados se requiere necesariamente la intervención de terceros, esto es, siempre que provengan de cualquier relación jurídica de al menos dos partes.

Asimismo, podemos agregar que -de manera ilustrativa- en este caso nos encontraríamos ante una primera etapa de inversión de una actividad comercial, en la cual se estarían obteniendo recursos (obtención de criptomonedas a través de la minería) para una eventual generación de rentas o ingresos que sí podrían ser eventualmente hechos gravados (tales como la venta o enajenación de las criptomonedas obtenidas por la minería).

Por lo tanto, consideramos que no sería válido sostener que el resultado de la actividad de minería (obtención de la criptomoneda por medios propios del minero) se encuentre sujeta al Impuesto a la Renta como un "ingreso" gravado (en un sentido amplio), ya que en nuestra legislación dicha definición se encuentra enmarcada a rentas e ingresos producidas por operaciones inter partes, mas no para la adquisición de un bien por propia actividad.

En tal sentido, podemos concluir que para el caso peruano sería irrelevante identificar si la actividad de minería es realizada por una persona natural o jurídica, o si, eventualmente, dicha actividad constituye una actividad empresarial o no, pues la obtención de la criptomoneda como bien mueble intangible producto de la minería no implicaría el reconocimiento de una renta gravada *per se,* ya que no califica como renta, ganancia o ingreso, debido a que no existe una contraparte -o tercero- que haga efectiva dicha renta.

4.2.2. Intercambio de criptomonedas

Como bien indicamos, el intercambio de criptomonedas comprende aquellas operaciones de intercambio de la criptomoneda por dinero, bienes -incluyendo las propias criptomonedas- y servicios, en cabeza de los poseedores de las criptomonedas que serán materia de enajenación.

Con relación a este punto, en primer lugar, debemos tener presente que dichas operaciones califican como "enajenación" en los términos del artículo 5 de la Ley del Impuesto a la Renta[24], siendo que el

(24) Artículo 5.- Para los efectos de esta ley, se entiende por enajenación la venta, permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso.

intercambio de la criptomoneda por dinero constituye una venta -o compraventa-, el intercambio de la criptomoneda por otros bienes -incluyendo otras criptomonedas- una permuta, y el intercambio de la criptomoneda por servicios un acto de disposición por el que se transmite el dominio a título oneroso.

Teniendo en cuenta ello, de un primer acercamiento, tenemos que la enajenación de una criptomoneda -intercambio- podría estar comprendida en los incisos a) y b) del artículo 1 de la Ley del Impuesto a la Renta como hechos gravados con el impuesto, esto es, como rentas provenientes de la aplicación conjunta del capital y el trabajo -inciso a- o una ganancia de capital -inciso b-.

Ahora bien, desde un punto de vista práctico debemos identificar si la renta obtenida por el intercambio se produce como parte de una actividad empresarial -de tercera categoría- o no, pues se encontrarán gravadas con el Impuesto a la Renta, todas las enajenaciones de criptomonedas producto de una actividad empresarial -de tercera categoría- independientemente si es efectuada por una persona natural como por una persona jurídica; mientras que no se encontrarán gravadas con el impuesto aquellas efectuadas por personas naturales que no realicen una actividad empresarial, en tanto el resultado de dicha enajenación no constituye una ganancia de capital gravable para tales sujetos, pues implica la enajenación de un bien mueble distinto a los valores mobiliarios señalados en el inciso a) del artículo 2 de la Ley del Impuesto a la Renta[25].

Al respecto, resulta importante advertir que las enajenaciones de criptomonedas no constituyen ganancias de capital gravables para las personas naturales que no realizan actividad empresarial pues solo constituyen rentas gravadas para tales supuestos el caso de venta de inmuebles o valores mobiliarios, concepto que no encaja con la definición de criptomonedas (Lopez, 2019, p. 148).

Dicho esto, debe tenerse en cuenta que si el sujeto que posee las criptomonedas a enajenar es una persona jurídica, es claro que los resultados obtenidos por las enajenaciones de dichos bienes producirán hechos gravados con el impuesto, ya sea que nos encontremos ante (i) una renta proveniente de la aplicación conjunta de capital, criptomonedas adquiridas como mercancía, y trabajo, esto es, una actividad netamente de carácter empresarial, operación que generalmente recaería en los agentes denominados casas de cambio, o (ii) una ganancia de capital obtenida por entidades cuyo giro del negocio no es la venta de criptomonedas, que enajenan criptomonedas que fueron adquiridas como un medio de inversión y que formarían parte de un activo distinto a la mercancía, es decir, por la enajenación de bienes que no están destinados a ser comercializados en el ámbito de un giro de negocio o de empresa[26].

Sin perjuicio de ello, cabe indicar que, de acuerdo al artículo 3 de la Ley del Impuesto a la Renta, en general, constituiría renta gravada de las empresas, cualquier ganancia o ingreso derivado de operaciones con terceros.

Por su parte, si el sujeto que enajena criptomonedas es una persona natural, debe atenderse a si la actividad que realiza proviene de la aplicación conjunta del capital y el trabajo, pues como vimos, la ganancia de capital no resultaría un supuesto gravado en caso de una persona natural.

Así, tenemos que lo importante para poder identificar ello sería verificar la efectiva concurrencia del capital y trabajo en la operación de intercambio -o enajenación de criptomonedas-, lo que a nuestro juicio podría darse en caso de un minero que cuenta con el equipo y los recursos necesarios para obtener criptomonedas -cuya actividad de minería en sí misma implica una búsqueda de carácter informático permanente para conseguir un resultado favorable- y, a su vez, realiza diversas actividades de gestión no solo para atender la actividad de minería de una manera eficiente, sino para gestionar la comercialización y venta de las criptomonedas obtenidas, por ejemplo[27].

Por otro lado, cabe señalar que el numeral 3 del artículo 1 de la Ley del Impuesto a la

(25) Artículo 2.- (…)
a) La enajenación, redención o rescate, según sea el caso, de acciones y participaciones representativas del capital, acciones de inversión, certificados, títulos, bonos y papeles comerciales, valores representativos de cédulas hipotecarias, certificados de participación en fondos mutuos de inversión en valores, obligaciones al portador u otros valores al portador y otros valores mobiliarios.

(26) Sobre este último supuesto, debemos precisar que el caso de la enajenación de criptomonedas que generan una ganancia de capital se ampara en lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley del Impuesto a la Renta que establece como operaciones que generan ganancias de capital, entre otras: la enajenación de bienes adquiridos en pago de operaciones habituales o para cancelar créditos provenientes de las mismas y la enajenación de bienes de cualquier naturaleza que constituyan activos de personas jurídicas.

(27) A título ilustrativo, con relación a actividades realizadas en la web, podemos mencionar un criterio emitido por el Tribunal Fiscal en la Resolución 09934-5-2017, en el cual se concluyó que los ingresos producidos de las actividades realizadas por una persona

Renta establece que están incluidas dentro de este tipo de rentas "los resultados de la venta, cambio o disposición habitual de bienes", con lo cual podríamos pensar en algún supuesto distinto para la configuración de una renta empresarial; sin embargo, como bien indica López, la norma no establece algún "criterio de habitualidad objetivo -basado en un número de ventas en un periodo, por ejemplo- aplicable para el caso de la compra y venta de Bitcoins por personas naturales", y agrega que "podría ser discutible que una persona natural que adquiere Bitcoins solo para su enajenación -especulación- pueda ser de plano descartada como alguien que realiza una actividad habitual; y por tanto, empresarial" (2019, p. 149).

Lo expuesto en el párrafo anterior se encontraría alineado a lo dispuesto en el inciso a) del artículo 28 de la Ley del Impuesto a la Renta, en el sentido que califican como rentas de tercera categoría las derivadas, en general, "de cualquier otra actividad que constituya negocio habitual de compra o producción y venta, permuta o disposición de bienes".

En atención a lo comentado, consideramos que para efectos de determinar si la actividad constituye una renta empresarial, no sería aplicable el criterio de la obtención de ganancias en base a la especulación o identificar el ánimo de lucro del poseedor de criptomonedas, dado que en la legislación no se ha contemplado de manera expresa dicho supuesto para la enajenación de bienes muebles intangibles como es el caso de las criptomonedas; tal como sí se tiene en un caso similar respecto a la enajenación de inmuebles adquiridos para la enajenación, por ejemplo.

Dejando dicha salvedad de lado, hay que tener presente que en caso nos encontremos ante un supuesto de una renta empresarial producida por la enajenación de criptomonedas según lo antes expuesto, una cuestión particular resulta determinar la renta bruta, pues cuando los ingresos provienen de la enajenación de bienes, el artículo 20 de la Ley del Impuesto a la Renta establece diversas reglas en torno al costo computable de los bienes enajenados, pudiendo ser aquel el costo de adquisición, producción o construcción o, en su caso, el valor de ingreso al patrimonio o valor en el último inventario determinado conforme a ley.

Al respecto, cabe anotar algunas observaciones. Si bien el costo de producción o construcción resultaría aplicable en la medida que las criptomonedas sean obtenidas por la actividad de minería, y el costo de adquisición en la medida que dichos bienes se obtengan a través del intercambio (específicamente por la adquisición de criptomonedas a cambio de dinero o servicios); el numeral 21.5 del artículo 21 de la Ley del Impuesto a la Renta contempla una regla especial para determinar el costo computable de los intangibles adquiridos de terceros, pues señala: "El costo computable será el costo de adquisición disminuido en las amortizaciones que correspondan de acuerdo a Ley". Creemos que dicha norma generaría dificultades en la aplicación de las reglas del costo computable, pues a pesar de que la criptomoneda calificaría como un bien intangible, su amortización no es admitida para efectos del Impuesto a la Renta, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley del Impuesto a la Renta(28).

Asimismo, existe una regla especial para el supuesto de adquisición de un bien por permuta regulada en el numeral 21.7 del artículo 21 de la Ley del Impuesto a la Renta que establece: "el costo computable de los bienes recibidos en una permuta será el valor de mercado de dichos bienes". Dicha norma resultaría aplicable en para el caso de adquisiciones de criptomonedas mediante permutas (a cambio de bienes, como lo sería también otra criptomoneda), siendo la situación de la determinación del valor de mercado de los bienes un tema de gran complejidad para la determinación de la renta bruta, en tanto los ingresos provenientes de las transacciones de permuta también se ajustan a valor de mercado(29).

natural en su página web con el objetivo de crear contenido y obtener ingresos en función a la interacción que se obtenga con la publicidad colocada en dichas páginas web se configuraba como una renta proveniente del capital y trabajo, esto es, una renta de tercera categoría en la figura de "servicios comerciales" (inciso a del artículo 28 de la Ley del Impuesto a la Renta), pues el órgano colegiado advirtió en dicha actividad una intervención permanente para lograr el mantenimiento, funcionamiento y actualización de contenido y la implementación de requerimientos específicos, lo que evidenciaba una estructura y organización de trabajo, dirigidos a lograr mantener o incrementar el número de clics que le permitan mantener la fuente generadora de renta.

(28) Según el inciso g) del artículo 44 de la Ley del Impuesto a la Renta y el inciso a) del artículo 25 de su Reglamento, el precio pagado por los activos intangibles podrá deducirse como gasto o amortizarse proporcionalmente siempre que sean de duración limitada, siendo estos aquellos cuya vida útil este limitada por la ley o por su propia naturaleza, tales como las patentes, los modelos de utilidad, los derechos de autor, los derechos de llave, los diseños o modelos, planos, procesos o fórmulas secretas, y los programas de instrucciones para computadoras (*Software*), con excepción de las marcas de fábrica y el fondo de comercio (*Goodwill*) (Sunat, 2009).

(29) *Véase* Medrano, H. (2011). Impuesto a la Renta y determinación del costo computable. *Revista IUS ET VERITAS, 42*, 320-327. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12096

Por último, cabe señalar que la contraparte en la relación jurídica proveniente de la enajenación de criptomonedas, que podría ser aquel sujeto que intercambia dicha adquisición de criptomonedas por dinero, otro bien o un servicio, no altera las implicancias tributarias que conllevan las operaciones de venta del bien y prestación de servicios -en cuyo caso, el tratamiento tributario recae en cabeza de los agentes receptores de criptomonedas-. Así, la prestación de un servicio a cambio de criptomonedas implicaría el reconocimiento de un ingreso gravado como pago en especie[30] -o dación en pago-; y la enajenación de un bien -incluso otra criptomoneda- por la adquisición de criptomonedas generaría una permuta, a la que le resultarían aplicable las reglas antes expuestas[31].

5. Situación actual de la normativa tributaria peruana aplicable a transacciones con criptomonedas desde una perspectiva comparada: Problemas identificados y posibles aspectos a tener en cuenta para una futura regulación

5.1. Impuesto General a las Ventas: Problemas pragmáticos resueltos

Teniendo en cuenta la legislación comparada, podemos decir que el tratamiento de las actividades de minería e intercambio de criptomonedas de criptomonedas en materia del IGV resulta acorde con los lineamientos establecidos en materia del IVA en el sentido que no implican hechos gravados y no suponen una interferencia con la imposición que recae en las operaciones efectuadas en contrapartida -contraprestación en entrega de bienes o prestación de servicios-.

Cabe resaltar que si bien las razones son de distinta índole -ya que los problemas advertidos en otras legislaciones radican en la complejidad del tratamiento tributario de las permutas o intercambios -determinación del valor, trazabilidad de los intangibles, entre otros-, por lo que se consideran a las enajenaciones de criptomonedas como un medio de pago-, la legislación peruana en materia de IGV no requeriría mayores ajustes, en tanto en la práctica también se estaría reconociendo una semejanza -al menos en algún sentido- entre las criptomonedas y las monedas de curso legal -o dinero- para efectos de este impuesto.

Asimismo, no creemos que resulte pertinente hacer uso de la herramienta legislativa de considerar a las criptomonedas como una moneda de curso legal, pues si bien podría simplificar el tratamiento tributario como para el IGV, las implicancias de tal regulación aun es desconocida, siendo las más evidentes la utilización de algunas reglas específicas en materia del Impuesto a la Renta.

5.2. Impuesto a la Renta: ¿Forzar interpretaciones o realizar ajustes normativos?

En materia del Impuesto a la Renta, sí cabe atender a diversas circunstancias que podrían generar situaciones no claras que, en el mercado de criptomonedas, implicarían una vulneración a los principios tributarios y también a supuestos de evasión o elusión de impuestos, así como la reducción dolosa de las bases imponibles.

Respecto a la actividad de minería y obtención originaria de criptomonedas cabe preguntarnos ¿ello podría constituir -en el futuro- una “renta” gravada con el Impuesto a la Renta en virtud a las teorías de Flujo de Riqueza o de Consumo más Incremento Patrimonial? Qué duda cabe que dicha adquisición constituye un aumento significativo del patrimonio del sujeto que lo adquiere por lo que podría incorporarse dentro de la definición de “ingreso” o “renta” de manera expresa y así evitar alguna discusión respecto a si resulta necesaria la intervención de un tercero para considerar una renta gravada para efectos del Impuesto a la Renta.

Cabe señalar que, si bien esta propuesta tendría como primer sustento la capacidad contributiva de los sujetos, debemos advertir que podría entrar en colusión la manifestación de riqueza involucrada, pues dicha imposición podría asemejarse a un gravamen sobre el patrimonio y no sobre la renta.

Al respecto, González advierte que “la posesión de criptomonedas, aunque no sean dinero, sí que son manifestación de una riqueza, aunque sea potencial”, por lo que

(30) De acuerdo al artículo 3 de la Ley del Impuesto a la Renta “Los ingresos provenientes de terceros que se encuentran gravados por esta ley, cualquiera sea su denominación, especie o forma de pago (…)”.

(31) En los casos de permuta de bienes se entiende que existen dos enajenaciones gravadas con el Impuesto a la Renta en cabeza de cada una de las partes intervinientes.

recomienda que desde la perspectiva de la imposición sobre el patrimonio "dadas las enormes fluctuaciones del valor de las monedas incluso en un solo día, podría ser oportuna una mayor precisión sobre la cotización que debe ser utilizada por el declarante, por ejemplo, la de cierre del último día del año o la máxima o la de apertura" (2018, p. 49).

En la misma línea, Rangel anota lo siguiente: en atención a los principios del deber de contribuir, capacidad económica y capacidad contributiva "la utilización de criptomonedas puede constituir manifestaciones de capacidad económica, es decir, si los operadores realizan actividades que configuran una obligación tributaria, teniendo capacidad económica para ello, deben contribuir con las cargas públicas" (2019, p. 73). Efectivamente, entendemos que, si un sujeto puede realizar diversas y mayor cantidad de operaciones a su favor producto del incremento de su patrimonio por la adquisición y tenencia de criptomonedas, qué duda cabe que existe una manifestación de riqueza en tanto ello evidencia una mayor posibilidad de consumo, por ejemplo. De esta manera, plantea el autor que "el incremento de patrimonio de los actores que participan en las criptonegociaciones, puede ser sometido al impuesto sobre sociedades, impuesto sobre la renta de personas físicas o al impuesto sobre patrimonios, según la configuración de los diversos sistemas tributarios" (Rangel, 2019, p. 75).

Otro tema relevante es evaluar la posibilidad de crear reglas específicas para considerar a las personas naturales como generadores de rentas empresariales por la enajenación de criptomonedas -tales como reglas de habitualidad o supuestos específicos de aplicación conjunta de capital y trabajo-.

Por otro lado, también podría considerarse la ampliación del concepto ganancia de capital gravada para las personas naturales que no realizan actividad empresarial, en la que se abarque también a las producidas por la enajenación de criptomonedas, en tanto es evidente el enorme beneficio económico que se podría conseguir.

Un paso en esta línea se observa en Argentina, pues en el año 2017, mediante la Ley 27430, se modificó la Ley de Impuesto a las Ganancias incorporando como hecho gravado los resultados de la enajenación proveniente de monedas digitales, en clara alusión a las criptomonedas. La referida norma establece lo siguiente:

> Artículo 2. A los efectos de esta ley son ganancias, sin perjuicio de lo dispuesto especialmente en cada categoría y aun cuando no se indiquen en ellas:
>
> 4) los resultados derivados de la enajenación de acciones, valores representativos y certificados de depósito de acciones y demás valores, cuotas y participaciones sociales -incluidas cuotapartes de fondos comunes de inversión y certificados de participación de fideicomisos financieros y cualquier otro derecho sobre fideicomisos y contratos similares-, monedas digitales, títulos, bonos y demás valores, cualquiera sea el sujeto que las obtenga.

Sobre dicha norma, Zocaro apunta lo siguiente: "Respecto de la definición legal del concepto moneda digital, ni la LIG ni su decreto reglamentario ni ninguna norma posterior arrojó luz sobre el asunto; ni la doctrina posee una opinión unívoca". Advierte que incluso algunos tributaristas son de la opinión que, al no existir una definición sobre "moneda digital", que constituye un elemento esencial del hecho imponible, el impuesto que recae sobre la venta de estos activos devendría en inconstitucional, al no respetarse el principio de reserva de ley (2020, p. 31). Por su parte, Laise & Manzo-Ugas evalúan, desde su perspectiva, la decisión legislativa de gravar las rentas provenientes de la enajenación de monedas virtuales o digitales en argentina realizando un test o "análisis de razonabilidad" -que implica realizar subjuicios de idoneidad, necesidad y razonabilidad en sentido estricto-, en el cual se pondera si la medida dictada garante de la recaudación fiscal respeta los derechos de libertad y propiedad (2019, p. 115).

Para los autores, la medida resulta idónea pues el gravamen contribuye con la finalidad recaudatoria que persigue la norma, es necesaria en tanto no se evidencia algún medio alternativo que logre el mismo objetivo -garantizar la recaudación de las transacciones que tienen un alto grado de anonimato-; y, respeta el criterio de razonabilidad en sentido estricto, ya que si bien existe una afectación al derecho de propiedad y la libertad, este no es de tal magnitud que imposibilita su ejercicio, es decir, no afecta su contenido esencial, siendo que el tributo no es de carácter confiscatorio (Laise & Manzo-Ugas, 2019, pp. 116-121).

Este análisis resulta interesante en la medida que se pondera el derecho de propiedad y de libertad de los sujetos contra un valor legítimo del Estado que consiste en garantizar la recaudación ante supuestos que implican una probabilidad de elusión o evasión de impuestos. A nuestro entender, dicha evaluación recae en un mecanismo de defensa constitucional para verificar si, en el ejercicio de la potestad estatal para establecer tributos, se respeta la capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad, como finalmente advierten los autores.

Además, somos de la opinión que el examen podría complementarse si se añadiera como elemento a la ponderación los fines extrafiscales del tributo cuyo uno de sus objetivos es la lucha contra la evasión. Así, la medida se justificaría constitucionalmente no solo en atención a una manifestación de capacidad contributiva sino también en los fines extrafiscales del tributo como la lucha contra la evasión, que se sustentan en el deber de contribuir y el principio de Igualdad Tributaria(32).

En tal sentido, sostenemos que ante una eventual regulación en ejercicio de la potestad tributaria del Estado en los términos comentados, el derecho de propiedad, el respecto a la capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad podrían ser ponderados contra los principios de Igualdad Tributaria y el deber de contribuir, toda vez que la regulación respondería a la manifestación de riqueza de los sujetos que adquieren criptomonedas y también a lucha contra la evasión debido al alto grado de anonimato de los usuarios, en comparación de los bienes gravados con el impuesto como ganancia de capital -tales como los valores mobiliarios, por ejemplo- e incluso el uso del dinero o monedas de curso legal.

Un punto adicional que también debe tenerse en la mira es el uso de la herramienta contable para efectos tributarios, ya sea adoptándolas como normas jurídicas específicas o haciendo remisión a ellas, en aplicación supletoria a las normas tributarias, con lo cual se reabriría nuevamente la discusión de si resultase pertinente y oportuno incorporar algunos aspectos contables para afinar el tratamiento tributario de las criptomonedas, especialmente en el Impuesto a la Renta. Entre los temas a considerar tendríamos la definición de activo intangible, el registro de los costos asociados y fluctuaciones de valor, criterio de devengado para el reconocimiento de ingresos y gastos, entre otros.

Por último, cabe señalar que también deben darse reglas claras respecto al sustento documentario que permita acreditar los costos incurridos en la obtención de criptomonedas, pues la normativa sobre la emisión de comprobantes de pago podría quedar desfasada ante las características particulares de las criptomonedas. Ello también permitiría otorgar a los contribuyentes un mecanismo para sustentar los ingresos y gastos incurridos, para evitar alguna la detección e imputación de algún supuesto de incremento patrimonial no justificado realizado por la Administración Tributaria.

Sin perjuicio de ello, no estaría de más guardar toda la información posible que permita justificar las adquisiciones de criptomonedas, tales como correos electrónicos, datos criptográficos de los monederos virtuales y transferencias bancarias con las casas de custodia y cambio, entre otros.

5.3. Cuestiones transversales que afectan el sistema tributario: Lucha contra la evasión y el incumplimiento tributario

Un tema transversal que perjudica al sistema tributario peruano consiste en la falta de control y supervisión de las transacciones realizadas con criptomonedas, siendo las cuestionas más importantes a resolver en materia fiscal, la trazabilidad de las operaciones y los agentes que realizan actividades en criptomonedas; y, la determinación del valor de las criptomonedas.

En efecto, en tanto existe un alto grado de anonimato en las actividades con criptomonedas, consideramos que el riesgo de perder recaudación aumenta y en consecuencia se incrementarían situaciones de evasión de impuestos, ya sea como resultado ante la falta de información de las entidades tributarias, la complejidad de las transacciones, e incluso la dificultad que implica establecer un valor razonable de las criptomonedas.

Cabe señalar que las situaciones de elusión y evasión de impuestos podrían verse muy comprometida. A título ilustrativo podemos citar el siguiente caso: En el Perú existen diversos mecanismos que luchan contra la evasión, como la Ley 28194 – Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, que establece que las obligaciones que se cumplan mediante el pago de determinadas sumas de dinero(33) se deberán pagar utilizando Medios de Pago a través del sistema financiero, tales como los depósitos en cuentas, giros, transferencias de fondos, órdenes de pago, tarjetas de débito expedidas en el país, tarjetas de crédito expedidas, cheques, remesas, cartas de crédito u otros.

El artículo 8 de la norma establece lo siguiente:

(32) *Véase* AELE. (2007). La evasión como clave de lectura del fenómeno tributario. *Revista Análisis Tributario, 236*, 16-19.
(33) El monto a partir del cual se deberá utilizar Medios de Pago es de tres mil quinientos nuevos soles (S/. 3,500) o mil dólares americanos (US$ 1,000).

> Para efectos tributarios, los pagos que se efectúen sin utilizar Medios de Pago no darán derecho a deducir gastos, costos o créditos; a efectuar compensaciones ni a solicitar devoluciones de tributos, saldos a favor, reintegros tributarios, recuperación anticipada, restitución de derechos arancelarios.

A su vez, dicha norma regula el impuesto a las transacciones financieras que grava determinadas operaciones realizadas a través de las empresas del sistema financiero, así como aquellas realizadas en cualquier otra entidad creada para realizar intermediación financiera.

Ahora bien, si nos encontramos ante un sujeto que reemplace el uso de las monedas de curso legal por las criptomonedas, cabría preguntarnos: ¿Ello tiene como consecuencia la inaplicación voluntaria de la norma? ¿Sería posible y justo validar para efectos tributarios una transacción sin uso de medios al no resultarle aplicable lo dispuesto en la norma? ¿Constituiría un acto de elusión del impuesto a las transacciones financieras?

Dicho esto, y dado que los alcances de las criptomonedas en el mercado económico del Perú se extienden cada vez más, resulta necesario tomar medidas para fortalecer la lucha contra la evasión y el incumplimiento tributario y, a su vez, evitar que se perjudique la recaudación fiscal por situaciones no claras vinculadas con actividades relativas al mercado de criptomonedas.

Debemos resaltar que lo dicho no es un tema menor, pues la autonomía y falta de control sobre las criptomonedas facilitan que las rentas o ingresos no reconocidos o declarados sean difíciles de fiscalizar y cobrar, esto es, para que se obtengan un cumplimiento forzado de las obligaciones tributarias. Así, por ejemplo, algunos autores afirman que el mercado de criptomonedas sería una versión perfeccionada de un paraíso fiscal(34).

En palabras de Rangel:

> (…) las operaciones realizadas con criptomonedas que configuran hechos imponibles generan consecuencias jurídicas traducidas como obligaciones tributarias que no deben, en principio, ser evadidas por los actores del criptomundo; no obstante, estas operaciones se constituyen mediante mecanismos virtuales donde posiblemente los actores no interactúan personalmente entre sí, por ello se vuelve una tarea titánica la que debe realizar el Estado para identificarlos a plenitud, siendo los potenciales sujetos pasivos que intervienen en el mundo virtual evasores por acción u omisión; ejemplo de ello es la tributación en el entorno virtual que trae consigo otros problemas que escapan a la presente obra, tal como sucede por ejemplo, con la deslocalización de las operaciones económicas realizadas en internet" (2019, pp. 75-76).

En atención a ello, para contrarrestar los efectos adversos anotados, podemos citar algunos casos en los que ya se han adoptado medidas colaborativas que permitirían aliviar las situaciones de peligro fiscal en el uso de criptomonedas. A modo de recomendación tenemos lo siguiente.

Por un lado, Begoña señala que una posible vía de actuación para lograr suministrar información con trascendencia tributaria sobre el uso de Bitcoin a la administración tributaria "es ampliar el concepto de intermediario financiero, incluyendo dentro de éste a sujetos que tradicionalmente ha sido excluidos de esta categoría, como sería el caso de los exchangers o casas de cambio, intermediarios naturales del sistema Bitcoin" (2018, p. 155), pues dichos agentes requieren de forma preventiva cierto tipo de identificación de sus usuarios: facturas con nombre y dirección, documentos de identidad como pasaporte o carnet de conducir u otros. Asimismo, anota que ello podría recaer también sobre los establecimientos comerciales que aceptan el pago de sus productos o servicios (Begoña, 2018, p. 155).

Por otro lado, puede verse las medidas adoptadas en Brasil, pues la resolución identificada con el Numeral 1.888/2019 impuso a las casas de cambio de criptomonedas en territorio brasileño la presentación de un reporte mensual de todas sus operaciones con criptoactivos, sin límite de valor. En tal sentido, Rangel apunta que las personas naturales y jurídicas residentes en Brasil, se encuentran obligadas a informar a la administración tributaria aquellas operaciones con criptomonedas realizadas en casas de cambio domiciliadas en el extranjero (Rangel, 2019, p. 79).

De igual modo, países como Argentina, Australia y Reino Unido, ya han establecidos ciertas reglas para suministrar información mediante la presentación de declaraciones a las autoridades fiscales. Así, por ejemplo, en Argentina se cuenta con la Resolución General 4614/2019(35), que impone la obligación

(34) *Véase* Marian, O. (2013). Are Cryptocurrencies Super Tax Havens. *Michigan Law Review First Impressions, 112*, 38-48. https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1365&context=facultypub

(35) *Véase* la Resolución 4614/2019 emitida por la Administración Federal de Ingresos Públicos en el portal web *"InfoLEG"* del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República de Argentina, que brinda información legislativa. http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/330000-334999/330689/texact.htm

de suministrar información a los agentes denominados "Agrupadores o Agregadores de Medios de Pago" -por ejemplo las plataformas de las empresas de tecnología en medios de pago tales como "*TodoPago"* o "*MercadoPago*"-[36] y para las casas de cambio, intermediadoras o *"exchanges"*, tales como Bitex.la, Ualá u otros[37]. Estos últimos, son referidos por el artículo 3 de la referida norma como aquellos "sujetos que administran, gestionan, controlan o procesan movimientos de activos a través de plataformas de gestión electrónicas o digitales, por cuenta y orden de personas humanas y jurídicas residentes en el país o en el exterior", quienes deben suministrar información relativa a los datos sobre las cuentas, sus movimientos -montos, tipo de ingreso- tales como efectivo, en moneda extranjera o en criptomonedas -saldos- y los individuos involucrados en las cuentas -nombres, razón social, número de contribuyente-.

Por último, recientemente en España se publicó la Ley 11/2021 que dicta medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal en la cual se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego. Esta norma pretende reforzar el control tributario sobre los hechos imponibles relativos a monedas virtuales -criptomonedas-, estableciendo nuevas obligaciones de información sobre la tenencia y operaciones con dichas criptomonedas (BOE, 2021).

En efecto, dicha norma introduce una obligación de suministro de información sobre los saldos que mantienen los titulares de monedas virtuales, a cargo de quienes proporcionen servicios en nombre de otras personas o entidades para salvaguardar claves criptográficas privadas que posibilitan la tenencia y utilización de tales monedas, incluidos los proveedores o las proveedoras de servicios de cambio de las citadas monedas si también prestan el mencionado servicio de tenencia. Asimismo, para estas mismas personas o entidades, se establece la obligación de suministrar información acerca de las operaciones sobre monedas virtuales -adquisición, transmisión, permuta, transferencia, cobros y pagos- en las que intervengan. Esta obligación se extiende inclusive a quienes realicen ofertas iniciales de nuevas monedas virtuales -o *ICOs*- (BOE, 2021).

Como puede notar el lector, nos encontramos ante una corriente regulatoria según la cual se afronta el problema del alto grado de anonimato de los sujetos intervinientes en actividades con criptomonedas que podrían generar un riesgo en la recaudación, supuestos de evasión e incumplimiento tributario. Por lo tanto, el Perú requiere adoptar medidas necesarias para evitar los problemas derivados de dichas actividades y seguir en pie de lucha contra la evasión fiscal, siempre respetando los principios del derecho tributario y los derechos del contribuyente.

6. Conclusiones

Debido al incremento en el uso de criptomonedas en el mercado peruano y sus características particularidades -bienes intangibles que permiten un alto grado de anonimato en las transacciones, cuyo valor es muy volátil y que no cuentan con el respaldo de alguna entidad, que pueda controlarlas y/o supervisarlas-, resulta necesario realizar una evaluación integral del sistema tributario actual teniendo como directriz los parámetros desarrollados en la legislación comparada que se encuentran en los pronunciamientos de las autoridades administrativas, las recientes modificaciones legislativas y las diversas opiniones de los juristas en la materia.

En resumen, en materia del IGV, consideramos que las actividades de minería realizadas por los propios agentes para la obtención de criptomonedas, así como las operaciones de intercambio de estas, no constituyen hechos gravados con el impuesto debido a que no calzan con los conceptos de "servicio" ni "bienes muebles" respectivamente, según lo dispuesto en la normativa del IGV. Así, dicho tratamiento resultaría semejante al desarrollado en la mayor parte de legislaciones analizadas en materia del impuesto al consumo o valor agregado, en las cuales dichas operaciones no se encuentran sujetas a dicho impuesto principalmente por razones pragmáticas.

Con relación al Impuesto a la Renta, por un lado, tenemos que los resultados de la actividad de minería (obtención de

(36) En estos casos, la información a suministrar es respecto a los vendedores, locadores o prestadores de servicios adheridos al sistema de gestión de pago electrónico, los montos de las operaciones realizadas y el importe de la comisión cobrada por dicho servicio.

(37) *Véase* Castillejo, V. (2019). Régimen informativo para los exchanges de criptomonedas (RG AFIP 4614/2019). *Abogados.com.ar*. https://abogados.com.ar/regimen-informativo-para-los-exchanges-de-criptomonedas-rg-afip-46142019/24643

criptomonedas producidas o generadas por el minero) no calificarían como supuestos gravados con el impuesto en tanto no existe una relación con un tercero (una contraparte) que permita considerar a dichas adquisiciones dentro de la definición de ingresos o rentas gravadas según la normativa. Por otro lado, señalamos que las operaciones de intercambio de criptomonedas sí generan hechos gravados con el impuesto en tanto se evidencie una actividad empresarial, siendo un tema de particular atención las operaciones realizadas por personas naturales en función a los criterios habitualidad en sus transacciones o de la aplicación conjunta del capital y trabajo que pueda evidenciar la actividad empresarial.

Desde ese enfoque, somos de la opinión que la normativa tributaria vigente aún tiene espacios por mejorar, pues al no tener una regulación especial en la materia ni un pronunciamiento oficial por parte de la Administración Tributaria, el tratamiento impositivo de las actividades con criptomonedas -actividades de minado e intercambios- resulta poco claro, lo que deja un espacio abierto para el incumplimiento tributario, la reducción de la base imponible, y la evasión o la elusión fiscal, principalmente en materia del Impuesto a la Renta.

Por ello, en atención a los criterios expuestos de acuerdo a la normativa extranjera, se han propuesto algunas medidas para una eventual regulación, tanto en materia del Impuesto la Renta -tales como la incorporación de supuestos o hechos gravados, la creación de reglas para la determinación de rentas empresariales, la inclusión de conceptos claves en la legislación, entre otros- como también respecto a determinadas obligaciones formales relativas al suministro de información, que podrían adoptarse atendiendo a los principios tributarios como la capacidad contributiva y el deber de contribuir; y, de esta manera, evitar perjuicios en la recaudación fiscal y poder mejorar el sistema tributario.

En consecuencia, declaramos que es hora de sumarnos a la corriente regulatoria sobre las transacciones con criptomonedas.

Referencias bibliográficas

Allende, M. (2018). Blockchain: Cómo desarrollar confianza en entornos complejos para generar valor de impacto social. *Banco Interamericano de Desarrollo*. https://publications.iadb.org/es/blockchain-como-desarrollar-confianza-en-entornos-complejos-para-generar-valor-de-impacto-social.

Begoña, B. (2018). La Administración Tributaria frente al anonimato de las criptomonedas: La seudonimia del Bitcoin. *VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario: Tendencias y retos del Derecho Financiero y Tributario (1era parte)*, Instituto de Estudios *Fiscales, 10*, 149-161. https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2018_10.pdf

García-Torres, M. (2018). Problemas en la tributación de las operaciones con Bitcoins: calificación, prueba, valoración y control de las rentas generadas. *VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario: Tendencias y retos del Derecho Financiero y Tributario (1era parte), Instituto de Estudios Fiscales, 10*, 86-98. https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2018_10.pdf

Gómez Rodríguez, C. (2016). Bitcoin: problemas reales. En E. Téllez, *Derecho y TIC. Vertientes actuales*, 265-297. Universidad Nacional Autónoma de México. http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/36367

González de Frutos, U. (2018). La fiscalidad en el mundo Blockchain. *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación. Comentarios, casos prácticos, 425*, 5-36. https://udimundus.udima.es/bitstream/handle/20.500.12226/302/fiscalidad.pdf?sequence=1&isAllowed=y

González García, I. (2018). Control tributario de las criptomonedas. *VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario: Tendencias y retos del Derecho Financiero y Tributario (1era parte), Instituto de Estudios Fiscales, 10*, 36-49. https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2018_10.pdf

Grupo de Acción Financiera Internacional. (2015). *Directrices para un enfoque basado en riesgo monedas virtuales*. https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/Directrices-para-enfoque-basada-en-riesgo-Monedas-virtuales.pdf

Laise, L. & Manzo-Ugas, G. (2019). Bases para la interpretación y regulación razonable de las criptomonedas: naturaleza, dificultades y desafíos constitucionales. *Cuadernos del CENDES, 36*(100), 107-124. http://saber.ucv.ve/ojs/index.php/rev_cc/article/view/16731

López, L. (2019). Bitcoin: ¿Tenerla o ignorarla? Una aproximación hacia el tratamiento tributario peruano de la criptomoneda más famosa del mundo. *Revista IUS ET VERITAS, 58*, 140-153. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/21278

Organisation for Economic Co-operation and Development. (2020). *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*. Paris. https://www.oecd.org/tax/tax-policy/taxing-virtual-currencies-an-overview-of-tax-treatments-and-emerging-tax-policy-issues.htm

Pérez-Carasa, I. (2018). *Tratamiento tributario del Bitcoin y demás criptomonedas. Cuadernos de Derecho y Comercio, 70*, 131-180.

Ramírez, V. (2018). *Hacia un tratamiento uniforme del bitcoin desde una perspectiva fiscal global* [tesis para el Máster en Fiscalidad Internacional, Universidad Internacional de La Rioja, Sevilla].

Repositorio Digital Re-Unir. https://reunir.unir.net/handle/123456789/6587

Rangel, L. (2019). *Aproximaciones jurídicas al marco regulatorio de las criptomonedas*. Caracas. https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=767381

Varela, R. (2006). Criptografía, una necesidad moderna. *Revista Digital Universitaria - UNAM, 7(*7). http://www.revista.unam.mx/vol.7/num7/art56/jul_art56.pdf

Zambrano, J., Yepes, S., Osorio, S., López, M., Rodríguez, C., Carazo, D. & López, J. (2019). Aspectos tributarios de las transacciones en criptomonedas: el caso de los Bitcoins. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 80*, 43-69.

Zocaro, M. (2020). El confuso marco tributario de las criptomonedas. *Criptomonedas en Argentina: Una mirada integral de la nueva moneda digital*. *Suplemento Especial Errepar*, 19-29.

s et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et ver

ius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritas

asius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritas

Moisés Montiel Mogollón

Catalina Fernández Carter

Juan Carlos Ospina

Michelle Reyes Milk

Andrea Santacruz Salazar

Santiago Alberto Vargas Niño

Jorge Rodríguez Rodríguez

Alessandra Enrico Headrington

Carmela Sofía García Ganoza

Dante Martin Paiva Goyburu

Melissa Macher Reyes

Rudinei Jose Ortigara

Raquel Limay Chavez

Cyndel Caballero Fernández

Diego Morales Alferrano

Percy Enrique Bardales Castro

Antonia Jabalera Rodríguez

Luis Durán Rojo

Ernesto Pachas Luna

IUS ET VERITAS

Asociación integrada por estudiantes y egresados de la Facultad de Derecho de la PUCP

www.iusetveritas.com