

Derecho Internacional Humanitario en el Bloque De Constitucionalidad Ecuatoriano¹

International Humanitarian Law in the Ecuadorian Block of Constitutionality

María Paula Marroquín Ruiz²
mpmarroquinruiz@gmail.com

Resumen

En 1995, la Corte Constitucional de Colombia integró en su bloque de constitucionalidad al Derecho Internacional Humanitario. Sus principales argumentos se basaron en la consideración del núcleo duro de este ordenamiento como normas *ius cogens* y su complementariedad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta incorporación no ha tenido debate en el Ecuador. Por ello, se analizará la aplicabilidad del fundamento de la Corte Constitucional Colombiana en el Ecuador, considerando la relevancia del Derecho Internacional Humanitario en nuestro país y el enfoque constitucional con el que se ha abordado al bloque de constitucionalidad.

Palabras clave

Derecho Internacional Humanitario, Bloque de Constitucionalidad, *Ius Cogens*, Derechos Humanos

SUMARIO

1. Introducción **2.** Relevancia del Derecho Internacional Humanitario en el Ecuador **2.1** El Derecho Internacional Humanitario en el ordenamiento jurídico ecuatoriano **2.2** Derecho Internacional Humanitario en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana **2.2.1** Sentencia 11-16-SEP-CC Corte Constitucional Ecuatoriana **2.2.2.** Dictamen No. 012-17-DTI-CC Corte Constitucional Ecuatoriana **2.3** Problemática actual en la frontera norte ecuatoriana **3.** El derecho internacional humanitario en el Bloque de Constitucionalidad colombiano. **3.1** Bloque de constitucionalidad en la Constitución de Colombia 1991. **3.1.1** Sentencia C-574-92 Corte Constitucional Colombiana. **3.1.2** Sentencia C-225/95 Corte Constitucional Colombiana. **3.2** Análisis de la *ratio decidendi* de la Corte Constitucional Colombiana. **3.2.1** El Derecho Internacional Humanitario como norma *ius cogens*. **3.2.2** El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de Derechos Humanos. **4.** Bloque de constitucionalidad ecuatoriano **4.1** Tratamiento constitucional y jurisprudencial del Bloque de Constitucionalidad Ecuatoriano **4.1.1** Sentencia No.002-18-SIN-CC Corte Constitucional Ecuatoriana. **4.1.2** Sentencia No. 184-18-SEP-CC Corte Constitucional Ecuatoriana **4.1.3** Sentencia No.11-18-CN Corte Constitucional Ecuatoriana **4.3** Aplicabilidad de la *ratio decidendi* colombiana en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano **5.** Conclusiones.

Keywords

International Humanitarian Law, Block of Constitutionality, *Ius Cogens*, Human Rights

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Hugo Cahueñas.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

1. Introducción

La idea del bloque de constitucionalidad surge en Europa, específicamente en la década de 1960 en Francia³. En este país se adopta la expresión “bloc de constitutionnalité” para sustentar las decisiones del Consejo Constitucional Francés que controlaba la constitucionalidad de los proyectos de ley no sólo en relación con la Constitución, sino basándose en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁴. En la actualidad, se ha entendido de manera general al bloque de constitucionalidad como aquellos “principios y reglas de valor constitucional”⁵. Generalmente, en América Latina este bloque se ha compuesto por “[...] normas de origen internacional, esencialmente los instrumentos de derechos humanos [...]”⁶. Los instrumentos internacionales que serán analizados serán los del Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH), los cuales, en el sistema colombiano están reconocidos dentro de su bloque de constitucionalidad, mientras que en el Ecuador no se ha debatido al respecto.

En los últimos años, se han evidenciado situaciones importantes a considerar con respecto a la aplicación del DIH en el Ecuador, como, por ejemplo, el desbordamiento extraterritorial del Conflicto Armado No Internacional (en adelante, CANI) colombiano en la frontera ecuatoriana⁷. Sin embargo, debido a que dicho conflicto no ha cumplido las características⁸ que se desprenden del artículo 3 de las Convenciones de Ginebra⁹ para poderlo calificar como conflicto armado, el Ecuador no ha sido considerado parte de un enfrentamiento de esta índole por más de 20 años. Sin embargo, la promoción y adopción de las reglas humanitarias justamente en estos períodos aparentemente pacíficos, constituye la mayor garantía de que los derechos de los no participantes en enfrentamientos bélicos sean respetados en el caso de que tensiones internas o internacionales escalen. Por esta razón, surge el interés de encontrar un

³ Ver Sergio Estrada, *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. (Medellín: Sello Editorial de la Universidad de Medellín, 2011), 50.

⁴ Ver Alejandro Ramelli, “La Corte Constitucional Colombiana como intérprete de las costumbres internacionales”, *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 11 (2008), 16.

⁵ Louis Favoreu, “El bloque de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 5 (1990), 46.

⁶ Manuel Eduardo Góngora Mera y Armin von Bogdandy, *La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la constitución del Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*, (México DF: Universidad Autónoma de México e Instituto Max Plack de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2014), 308.

⁷ Ver Camila Cruz, “Situación de violencia armada en la frontera norte de Ecuador: Escenario de extraterritorialidad del conflicto armado no internacional colombiano”, *Revista de Investigación Académica y Educación*, 3 (2019), 53-62.

⁸ Para considerar a un grupo organizado como parte de un conflicto armado, es necesario (i) un nivel mínimo de organización y (ii) un cierto nivel de violencia que alcance un umbral de intensidad suficiente. Ver Nils Melzer, *International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction*, (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2016) 75-77.

⁹ Convenios de Ginebra, Ginebra, 12 de agosto de 1949, ratificada por el Ecuador el 11 de agosto de 1954.

mecanismo jurídico idóneo para que el DIH adquiriera la relevancia necesaria en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para ello, sobre la base del antecedente colombiano se analizará una de las posibles soluciones a esta interrogante.

En 1992, la Corte Constitucional Colombiana reconoció que el DIH constituye un conjunto de normas *per se* vinculantes en el ordenamiento jurídico colombiano; y, en 1995, da un paso más allá, al integrar a dichas normas internacionales en el bloque de constitucionalidad colombiano considerándolas de jerarquía constitucional. La *ratio decidendi* de la Corte para llegar a esta importante decisión, se basó en una comparación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) con el DIH, y en la relación de este último con las normas *ius cogens*¹⁰.

Por lo tanto, se realizará a continuación un análisis jurídico, doctrinario y jurisprudencial acerca de la posibilidad de que la Corte Constitucional ecuatoriana pueda incluir al DIH en el bloque de constitucionalidad. Por ello, se procederá a explicar (i) la relevancia del DIH en el Ecuador y la importancia de la observancia de las normas humanitarias en el país, continuando con (ii) el análisis de la integración del DIH en el bloque de constitucionalidad colombiano, para finalizar con (iii) la aplicabilidad del razonamiento de la Corte Constitucional Colombiana en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano. Se espera que la importancia de este trabajo se vea reflejada en la apertura de un nuevo debate constitucional que derive en la adaptación de todo el sistema jurídico ecuatoriano hacia la promoción del DIH. Sin embargo, en caso de desencadenarse cualquier tipo de conflicto armado en el Ecuador, esto no sólo será importante, sino que podría evitar consecuencias humanas catastróficas para este país.

2. Relevancia del Derecho Internacional Humanitario en el Ecuador

Con el propósito de explicar la relevancia que tiene el DIH en el Ecuador, se realizará una exposición de la presencia del DIH en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como el análisis de dos de los pronunciamientos de la Corte Constitucional Ecuatoriana sobre la materia. Ambas, son formas de evidenciar los esfuerzos para incorporar todas las garantías de este conjunto de normas internacionales en el país. Así también, es importante destacar la problemática actual en la frontera de Ecuador con Colombia que deriva en diversos escenarios en donde el DIH puede aplicarse en la práctica.

¹⁰ Ver Sentencia C225-95, Corte Constitucional de Colombia, 18 de mayo de 1995, 92. Sentencia C574-92, Corte Constitucional de Colombia, 28 de octubre de 1992, 92-96.

2.1 El Derecho Internacional Humanitario en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Las medidas que ha tomado el Ecuador para garantizar el cumplimiento de las normas de DIH son diversos. Desde agosto de 1954, con la ratificación de los cuatro Convenios de Ginebra¹¹, el Ecuador ha tomado diversas medidas para garantizar que las normas de este ordenamiento se cumplan. Bajo una perspectiva convencional, Ecuador también ha ratificado protocolos I y II a los Convenios de Ginebra, los Convenios de la Haya, y la mayoría de los tratados que abordan temas específicos del DIH¹². Sin embargo, la aplicación directa de estos convenios y tratados internacionales se ha visto en diversas ocasiones imposibilitada, como es el caso, desde 2007, de la falta de emisión del Reglamento para poder aplicar la Ley sobre el Uso y Protección del Emblema de la Cruz Roja y la Media Luna Roja¹³.

Fuera del ámbito convencional, una de las más destacables medidas que tomó el Ecuador fue en el año 2006, cuando, por medio del Decreto Ejecutivo 1741, se crea la Comisión Nacional para la Implementación del Derecho Internacional Humanitario en Ecuador (en adelante, CONADIHE) para promover el cumplimiento y promocionar las normas del DIH en el país¹⁴. Uno de los más evidentes resultados de esta comisión, fue que, el Código Orgánico Integral Penal incluyera una sección específicamente dedicada a desarrollar los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH¹⁵. Sin embargo, estos delitos consagrados en la ley ecuatoriana no han sido más que recogidos de forma escrita, ya que, no han tenido ejercicio práctico alguno.

En el ámbito administrativo, la CONADIHE en conjunto con las autoridades del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Ministerio de Defensa Nacional y miembros de la Cruz Roja Ecuatoriana han desarrollado capacitaciones para la promoción del DIH, como el curso de Derecho Internacional Humanitario Mariscal Antonio José de Sucre, dirigida a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional y la academia¹⁶. Esta instrucción académica, aunque importante, ha sido desarrollada únicamente de forma anual, y, al igual que las convenciones y la ley, no ha tenido una trascendencia importante.

¹¹ Convenios de Ginebra, Ginebra, 12 de agosto de 1949, ratificada por el Ecuador el 11 de agosto de 1954.

¹² Ver Cristina Quijano, Ricardo Ruiz, Camila Roberts y Eduardo Guerrero, Implementación del Derecho Internacional Humanitario en Ecuador, *USFQ Law Review* 5 (2018), 265-267.

¹³ Ley sobre Protección de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Suplemento 166, de 10 de septiembre de 2007.

¹⁴ Decreto Ejecutivo 1741. Suplemento 344, de 29 de agosto de 2006.

¹⁵ Sección Cuarta, Código Orgánico Integral Penal [COIP]. Suplemento 180, del 10 de febrero de 2014.

¹⁶ Ver Ecuador: concurrido 10. curso “Mariscal Antonio José de Sucre” fue organizado por comisión de DIH Artículo, Comité Internacional de la Cruz Roja, 29 de mayo de 2018.

Estos esfuerzos, entre otros muchos, han significado un avance en la implementación del DIH en Ecuador. Sin embargo, para comprender de manera holística el enfoque que el Ecuador le ha otorgado al DIH, es necesario analizar jurisprudencia. La Corte Constitucional Ecuatoriana en múltiples ocasiones ha podido abordar el tema.

2.2. Derecho Internacional Humanitario en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana

La presencia del DIH no se ha visualizado únicamente a nivel normativo, sino también jurisprudencialmente. Se analizará a continuación, dos sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana que realizan interpretaciones clave que sustentan la importancia del DIH y su inviolabilidad.

2.2.1 Sentencia 11-16-SEP-CC Corte Constitucional Ecuatoriana

En junio del año 2013, Néstor Segovia presentó acción extraordinaria de protección en contra de la decisión judicial del Segundo Tribunal Penal del Azuay que declaraba la prescripción de la acción penal realizada por el señor Segovia. Por ello, el accionante al considerar que su caso se trataba de una ejecución extrajudicial de agentes policiales a su nieto, acudió a la Corte Constitucional para sostener que este tipo de delitos gozan de imprescriptibilidad.

La Corte establece los dos supuestos en donde los delitos son en efecto imprescriptibles. Aquellos son, por una parte, los consagrados en el artículo 80 de la Constitución, es decir, las graves violaciones al DIH como crímenes de guerra, crímenes de agresión a un Estado o genocidio¹⁷. Por otra parte, el segundo catálogo de este tipo de delitos son los contemplados en el artículo 233 de la Carta Magna en donde los infractores son servidores públicos que han cometido delitos de peculado, cohecho, enriquecimiento ilícito, entre otros. Es importante destacar que la Corte expone la importancia de este tipo de delitos al mantener que

[...] es en estos casos en donde el derecho de las víctimas, se sobrepone a las garantías del debido proceso ya las normas adjetivas penales, puesto que, dado el contexto en el que se cometen estas infracciones, su relevancia y gravedad, resulta necesario que el proceso concluya con una sentencia que en definitiva se pronuncie sobre el fondo del asunto controvertido¹⁸.

¹⁷ Artículo 80, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

¹⁸ Sentencia No. 111-16-SEP-CC. Caso No. 1105-13-EP. Corte Constitucional del Ecuador. 6 de abril de 2016, págs. 12-13.

Por lo tanto, bajo el análisis de la Corte Constitucional Ecuatoriana, se puede concluir que, para el Ecuador, las graves vulneraciones y violaciones de derechos consagrados por el DIH son tan relevantes, que incluso son imprescriptibles.

2.2.2. Dictamen No. 012-17-DTI-CC Corte Constitucional Ecuatoriana

El secretario jurídico de la Presidencia remitió a la Corte Constitucional el “Acuerdo por notas reversales Ecuador Perú, para la conformación de la Unidad Binacional de Desminado Humanitario” para que la Corte realizase su control previo y vinculante de constitucionalidad. La Corte analiza la estructura de este acuerdo bilateral y, destaca que en la sección séptima se mantiene “en concordancia con los principios generales de derecho internacional humanitario¹⁹”.

La Corte concluye que este acuerdo no contraviene al bloque de constitucionalidad ecuatoriano- se refiere a la Constitución y a los tratados internacionales sobre DDHH-pero, más importante que esto, enfatiza que este Acuerdo resalta la Convención sobre la Prohibición de Minas Antipersonal, siendo, no solo compatible, sino que asegura la protección de los derechos humanos y la asistencia humanitaria²⁰. Por lo tanto, la Corte sustenta uno de los argumentos principales de esta tesis: que el DIH es complementario al DIDH y, que, incluso, ambos buscan los mismos fines garantistas y de protección de derechos.

El análisis normativo y jurisprudencial del DIH en el Ecuador llevan a la conclusión de que este ordenamiento es importante por sus estándares de protección y la especialidad de sus principios, obligaciones y derechos en casos de conflicto armado. Sin embargo, es necesario explicar la relevancia práctica que este ordenamiento tiene para el Ecuador en la actualidad.

2.3 Problemática en la frontera norte ecuatoriana

Si bien el último conflicto armado registrado en el Ecuador ocurrió en 1995 en la denominada Guerra del Cenepa contra el Perú, el DIH mantiene una relevancia excepcional incluso en tiempos de paz. Es cierto que la aplicación más evidente de este sistema jurídico ocurre en los Conflictos Armados Internacionales y no Internacionales y que, al momento, Ecuador no es parte de ningún tipo de conflicto bajo dicha categorización; sin embargo, enfrenta tensiones alarmantes que tienen posibilidad de escalar.

¹⁹ Dictamen No. 012-17-DTI.CC., Caso No. 0019-16-TI, Corte Constitucional del Ecuador, 31 de mayo de 2017, pág. 18.

²⁰ Ver: Dictamen No. 012-17-DTI.CC, 2017, pág. 18.

Una de las mayores preocupaciones del Ecuador en materia humanitaria, es la situación en la frontera norte en Ecuador. Por una parte, existe la problemática de reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por parte de grupos armados colombianos en la frontera, tema que ha sido de excepcional preocupación por parte del Comité sobre los Derechos del Niño²¹. Así también, grupos que no acataron el Acuerdo de Paz celebrado en 2016 entre el gobierno colombiano y el grupo armado denominado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), como el grupo armado organizado Frente Oliver Sinesterra, ha tenido enfrentamientos directos con las Fuerzas Armadas ecuatorianas en la frontera²². Finalmente, hechos alarmantes en la historia del país, como el secuestro (y posterior asesinato) de los periodistas del diario El Comercio y de la pareja de Santo Domingo de los Tsáchilas por parte de la misma organización²³. Estos sucesos ocurridos en la frontera ecuatoriana estarían conceptualizados bajo el DIH un “desbordamiento del CANI colombiano a territorio nacional²⁴”, y, aunque el Ecuador de manera formal no sea parte del conflicto armado, estas situaciones podrían escalar.

La gravedad de estos problemas en la frontera ha sido de especial atención por muchos años. Hay aristas de esta problemática, como los enfrentamientos de las Fuerzas Armadas Ecuatorianas y los grupos armados disidentes colombianos en territorio ecuatoriano, en donde la aplicación y promoción del DIH es más preventiva en caso de escalamiento de tensiones; sin embargo, hay otras, como el reclutamiento de niños ecuatorianos por parte de los grupos armados colombianos, en donde la aplicación directa del DIH no es discutible. Sea cual sea la situación derivada de este conflicto en la frontera norte, se necesita que el DIH tenga una relevancia mayor en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ello con el fin de que los estándares especiales en materia humanitaria se vean íntegramente respetados en casos puntuales de conflicto armado. Por esta razón, se analizará a continuación uno de los mecanismos jurídicos para la consecución de estos objetivos: la integración del DIH en el bloque de constitucionalidad.

²¹ Ver Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 8 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, Observaciones finales: Ecuador, Comité de los Derechos del Niño, 11 al 19 de enero de 2010.

²² Fuerzas Armadas Repelió Agresión en Frontera Norte, Boletín de Prensa, Comando Conjunto de FF.AA. Febrero, 2018

²³ Ver Diana Auz, Julissa Villanueva y Miriam Guerrero, La agenda setting y el mapa comparativo entre los secuestros del equipoperiodístico de Diario el Comercio y la pareja de Santo Domingo de los Tsáchilas, *Yachana Revista Científica*, 8 (2019), 26-37.

²⁴ Camila Cruz, “Situación de violencia armada en la frontera norte de Ecuador: Escenario de extraterritorialidad del conflicto armado no internacional colombiano”, *Revista de Investigación Académica y Educación*, 3 (2019), 61.

3. El derecho internacional humanitario en el bloque de constitucionalidad colombiano

Colombia es líder en la región con respecto al tratamiento del DIH en rango constitucional, puesto que estas normas se encuentran en la cúspide de la pirámide jerárquica legal en Colombia, a diferencia de “la mayoría de los países en donde aquéllas tienen sólo fuerza supralegal o legal”²⁵. Se abordará en la presente sección el análisis jurídico colombiano que ha derivado en la incorporación de estos instrumentos internacionales en su bloque de constitucionalidad. La Constitución de 1991 de Colombia y la jurisprudencia de la Corte Constitucional otorgan un especial tratamiento al DIH. No solo la Constitución menciona expresamente al DIH, sino que incluso, en 1995, la Corte Constitucional Colombiana realizó un avance a nivel regional con respecto al contenido del bloque constitucional, puesto que incluye en él, toda norma o principio del DIH. La Corte adopta esta decisión, sobre la base de precedentes jurisprudenciales del mismo órgano constitucional, como la sentencia C-574-92 en donde se concluye que el ordenamiento jurídico humanitario es *per se* vinculante y prevalece sobre normas internas. Estos precedentes, que a continuación serán analizados, constituyen la base para una posible propuesta para la integración del DIH en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano.

3.1 Bloque de constitucionalidad en la Constitución de Colombia 1991

El artículo esencial que recoge el contenido del bloque de constitucionalidad en la Carta Magna colombiana es el 93:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.²⁶

Es importante subrayar que la prevalencia y jerarquía constitucional no es otorgada a todos los instrumentos de derechos humanos (como se verá adelante en el Ecuador), sino al núcleo duro de los derechos humanos, aquellos que no pueden ser suspendidos ni en estado de excepción.

Con respecto a la regulación de estados de excepción, la Constitución de Colombia hace mención expresa del DIH estableciendo que se respetarán siempre las reglas del DIH: “Los

²⁵ Alejandro Ramelli, “La Corte Constitucional Colombiana como intérprete de las costumbres internacionales”, *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 11 (2008), 16.

²⁶ Artículo 93, Constitución Política de Colombia, 1991.

Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.”²⁷

Esta última consideración es bastante importante, puesto que la Constitución ya establece expresamente que el DIH no podrá ser suspendido en estos casos excepcionales. La interpretación integral de estas normas ha sido la justificación de la Corte Constitucional Colombiana en las sentencias C-574-92 y C225/95 en donde incluye al DIH en el bloque de constitucionalidad colombiano.

3.1.1 Sentencia C-574-92 Corte Constitucional Colombiana

En el año 1992, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, remitió a la Corte Constitucional copia certificada del texto del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante, Protocolo I), así como la constancia sobre su aprobación por la Cámara de Representantes. La Corte, en abril de dicho año consideró aplicable el control previo y oficioso de los instrumentos entregados por el Ministerio²⁸.

La Corte considera al DIH como “normas que limitan el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los medios y métodos utilizados en combate, así como disposiciones encaminadas a proteger a las víctimas y a los bienes susceptibles de verse afectados por un conflicto armado”²⁹. Sobre la base de este concepto, la Corte utiliza una *ratio decidendi* importante para el tema del presente trabajo: primero, porque establece una conexión entre el DIH y el *ius cogens* y, segundo, debido a que sostiene una prevalencia de los principios de aceptación universal que se fundamentan en la dignidad de la persona.

Con respecto al primer punto, la Corte concluye que las normas del DIH hacen parte del *ius cogens* por dos razones, la primera, debido a que el DIH “constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en situaciones extremas de los conflictos armados”³⁰; y, la segunda por su amplia aceptación por parte de la comunidad internacional. Por ello, la Corte concluye que su

²⁷ Artículo 214, numeral 2, Constitución Política de Colombia, 1991.

²⁸ Ver Sentencia C574-92, Corte Constitucional de Colombia, 28 de octubre de 1992, pág. 2.

²⁹ Ver Sentencia C574-92, 1992, pág. 93.

³⁰ Ver Sentencia C574-92, Corte Constitucional de Colombia, 28 de octubre de 1992, pág. 94.

importancia no depende de la ratificación o adhesión de los Estados a estos instrumentos, pues estos, por sí mismos, recogen principios que tienen fuerza vinculante.

El segundo tema de análisis de la Corte se trata de la primacía de los instrumentos de derechos humanos recogida en el artículo 93 de su Carta Magna en donde se establece la prevalencia de estas normas en el orden interno nacional. Se afirma que esta preeminencia no se contrapone con la soberanía nacional, puesto que, lo que persigue es garantizar “los más elementales principios humanitarios”³¹. Por ello, la Corte, al declarar exequible el Protocolo I, concluye que “no hay duda de que, el derecho internacional humanitario constituye uno de los más eficaces instrumentos de protección del núcleo común que comparte con los derechos humanos, tal como lo ha señalado la más autorizada doctrina”³². Finalmente, declara que el DIH se trata de un ordenamiento *per se* vinculante sin necesidad de constatación legal alguna.

3.1.2 Sentencia C-225/95 Corte Constitucional Colombiana

En 1995, la Corte Constitucional colombiana realiza una revisión constitucional 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 sin carácter internacional (en adelante, Protocolo II). En esta sentencia, la Corte manifiesta la integración del DIH en el bloque de constitucionalidad.

Para la Corte Constitucional colombiana, el bloque de constitucionalidad incorpora normas y principios que, sin constar expresamente en la Constitución, han sido integradas por ella a través de su mandato o de otras posibles vías. “Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”³³.

Para poder concluir que el DIH se encuentra integrado en el bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional Colombiana estudia el alcance del artículo 93 de la Carta Magna colombiana mencionado previamente. Pese a que dicho artículo declara la preeminencia de los tratados y convenios de derechos humanos por sobre las normas internas, bajo el análisis de la Corte, dicha prevalencia se extiende al DIH. Llega a esta conclusión porque tanto el DIDH y el DIH son

³¹ Ver Sentencia C574-92, 1992, pág. 107.

³² Ver Sentencia C574-92, 1992, pág. 111.

³³ Ver Sentencia C225-95, Corte Constitucional de Colombia, 18 de mayo de 1995, pág. 94.

“[...]normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos”³⁴.

Por ello, la Corte, en aras de respetar la prevalencia de los tratados de derechos humanos y de DIH, sin olvidar el principio de supremacía constitucional, decide incorporar a los primeros en el bloque de constitucionalidad, lo cual implica que estos textos al tener rango constitucional condicionan la normativa nacional que es inferior a estos.

Por lo tanto, la Corte Constitucional de Colombia, reconoce desde 1995 que el DIH forma parte de su bloque de constitucionalidad al manifestar que:

La Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2) es que estos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley³⁵.

Este reconocimiento jerárquico a las normas del DIH que realiza la Corte Constitucional de Colombia en 1995, claramente responde al contexto de dicho país, dado sus múltiples conflictos armados por fuerzas beligerantes como las Fuerzas Armadas Revolucionarias Colombianas³⁶. A pesar de que el Ecuador fue Estado Parte en el Conflicto Armado Internacional (en adelante CAI) con Perú en 1995, y a que en la actualidad hay diversos problemas relacionados al DIH en la frontera con Colombia, en Ecuador no ha habido debate sobre el DIH en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano.

3.2 Análisis de la *ratio decidendi* de la Corte Constitucional Colombiana

Es imposible negar que Colombia es pionera en el alcance de su bloque de constitucionalidad con respecto al DIH. En aras de estudiar si este análisis jurídico colombiano podría ser aplicado en el Ecuador, será menester analizar uno a uno los elementos que utilizó la Corte Constitucional en las sentencias C-574-92 y C-225-95. Por ello, se analizarán a

³⁴ Ver Sentencia C225-95, Corte Constitucional de Colombia, 18 de mayo de 1995, pág. 92.

³⁵ Ver Sentencia C225-95, 1995, pág.94.

³⁶ Ver Carlos Velásquez, El ámbito político en el conflicto armado con las FARC 1990-2006. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 1(2006), 157-190.

profundidad dos elementos rescatados por la Corte: el primero, el DIH en relación con las normas *ius cogens*; y, el segundo la complementariedad (o diferencia) del DIH y el DIDH.

3.2.1 El Derecho Internacional Humanitario como norma *ius cogens*

El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, establece que una norma imperativa del derecho internacional (*ius cogens*) es una norma reconocida y aceptada por la comunidad internacional que no admite acuerdo en contrario y, que, por lo tanto, sólo podría ser modificada por una norma que goce del mismo carácter³⁷. Sobre la base de dicha definición, se analizarán tres elementos que podrían dirigir hacia la conclusión que las normas de derecho internacional humanitario tienen este carácter imperativo.

El primer elemento del mencionado artículo es su aceptación general. Los Convenios de Ginebra de 1949 son los tratados internacionales que han alcanzado un mayor número de Estados Parte, sumando un total de 196. En el caso de los Protocolos Adicionales, los Estados Parte disminuyen, siendo el Protocolo I ratificado por 174 Estados, y el Protocolo II por 169. Debido a que los Protocolos I y II no han alcanzado una ratificación universal, la eficacia de estos protocolos es limitada. El Comité Internacional de la Cruz Roja, organismo especializado en DIH y en el cumplimiento de los tratados e instrumentos en esta materia³⁸, ha buscado que los Estados vayan más allá del derecho convencional, y, en aras de llenar lagunas de interpretación o tipificación de los tratados, han acudido al derecho consuetudinario³⁹. Es por ello, que no se podría considerar únicamente a los cuatro Convenios de Ginebra los que gozan de reconocimiento universal, puesto que, en caso de ausencia de adhesión o ratificación, las normas consuetudinarias han suplido estos vacíos⁴⁰.

La Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, sobre el análisis de la pregunta acerca de si las armas nucleares podrían estar permitidas bajo alguna circunstancia en el derecho internacional, sostuvo que las reglas del DIH “deben ser observadas

³⁷ Artículo 53, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, Viena, 23 de mayo de 1969, ratificada por el Ecuador el 11 de febrero de 2005.

³⁸ Ver: Convenios de Ginebra, Ginebra, 12 de agosto de 1949, ratificados por el Ecuador el 11 de agosto de 1954.

³⁹ Ver Jean- Marie Henckaerts y Louise Doswald- Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, (Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007), 11-20.

⁴⁰ Ver Jean- Marie Henckaerts y Louise Doswald- Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, (Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007), 11-20.

por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones que las contienen, puesto que constituyen principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario⁴¹”.

El segundo elemento abordará la imposibilidad de establecer acuerdo en contrario. Dentro de este componente se encuentran factores como: la incondicionalidad, la irrenunciabilidad de los derechos y la imposibilidad de que el Estado suspenda el núcleo duro de estas normas. Se analizará cada uno de estos factores a continuación.

La incondicionalidad del DIH marca una diferencia con la mayoría de las normas del Derecho Internacional Público, puesto que, la violación grave de una parte otorga el derecho a la otra de suspender la aplicación de la norma o del tratado. En el DIH la condición de reciprocidad no tiene cabida, puesto que sus obligaciones son independientes al cumplimiento o incumplimiento de la parte contraria⁴². Es decir, las obligaciones a las que los Estados Parte se comprometen, en dicha relación carecen de todo sentido sinalagmático.

La irrenunciabilidad de los derechos garantizados en el DIH está recogida en los tratados, que establecen que las personas protegidas “no podrán, en ningún caso, renunciar parcial ni totalmente a los derechos que les confiere”⁴³. Por lo tanto, “la ausencia de esta disposición vaciaría de contenido todo el marco de protección”⁴⁴

Con respecto a la imposibilidad de suspensión de las normas del núcleo duro del DIH, la doctrinaria especializada en DIH de la CICR, Elizabeth Salmon, realiza una comparación bastante interesante entre el DIH y el DIDH. Por ello, manifiesta que, si se aplica la definición de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados al caso de las normas internacionales de derechos humanos, se encontraría un grupo de normas que contienen derechos absolutos e inderogables. Entre estos se encuentran el derecho a la vida, a no ser sometido a tortura o a esclavitud, a la no discriminación racial, entre otros⁴⁵. Este núcleo duro en el caso del DIH, se encuentra recogido en el artículo común 3 de los Convenios de Ginebra

⁴¹ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Opinión, International Court of Justice, 19 de diciembre de 1994, párr 94.

⁴² Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Opinión, International Court of Justice, 19 de diciembre de 1994, párr 150.

⁴³ Artículos 7,7,7y 8, Convenios de Ginebra, Ginebra, 12 de agosto de 1949, ratificados por el Ecuador el 11 de agosto de 1954.

⁴⁴ Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú y Comité Internacional de la Cruz Roja, 2004), 44.

⁴⁵ Artículo 27, Convención Americana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Ecuador el 12 de agosto de 1977. Artículo 4.2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966, ratificada por el Ecuador el 6 de marzo de 1969.

y, como expresó el Tribunal para la antigua Yugoslavia en el caso Tadic, “[...] el régimen de protección establecido bajo el Artículo común 3 aplicable a los conflictos armados de carácter internacional, como el reflejo de consideraciones elementales de humanidad, y que es aplicable a los conflictos armados en general”⁴⁶.

Una vez analizados cada uno de los componentes que podrían sustentar que el núcleo duro de las normas de DIH deben tener un tratamiento de normas *ius cogens* a nivel internacional, podemos rescatar las palabras de Araceli Mangas al establecer:

Si las normas humanitarias gozan de la aceptación general, son obligaciones no sinalagmáticas, ni su violación ni su denuncia exime de seguir respetándolas, si son normas generales que producen obligaciones erga omnes, si los sujetos beneficiarios no pueden renunciar a los derechos que tutelan, si el Estado no puede exonerarse ni encontrar causa que excluya su ilicitud, tantas salvaguardias significan claramente que nos encontramos ante normas de *ius cogens*.⁴⁷

Sin embargo, no todas las normas recogidas en el DIH constituyen normas *ius cogens*. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 2019 expidió su “Cuarto informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) presentado por Dire Tladi, Relator Especial”; en este documento la Comisión enlista las normas imperativas que ha reconocido, y dentro de estas se encuentran las normas básicas del derecho internacional humanitario. Sin embargo, la Comisión no se adentra en definir cuáles serían estas normas al manifestar que no se pretende determinar un alcance de estos principios.

Si se concluye entonces, que los principios básicos del DIH se tratan de normas *ius cogens* para el derecho internacional, estas tampoco podrían vulnerarse por normas nacionales de ningún país, tampoco del Ecuador. Por lo tanto, la única jerarquía que se podría otorgarles es una constitucional. La única posibilidad de dotar a estas normas básicas de DIH de rango supranacional, es integrándolas al bloque de constitucionalidad. Sobre la base de este análisis, la Corte Constitucional colombiana utilizó la sentencia C 574-92 como base para la incorporación del DIH en el bloque de constitucionalidad colombiano en el año 1995.

3.2.2 El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de Derechos Humanos

⁴⁶ Caso No IT-94-1-T, Fiscal vs. Tadic, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia, 7 de mayo de 1997, párr. 609, (traducido por la autora).

⁴⁷ Araceli Mangas, *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario* (Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999), 150.

Las Cartas Magnas de Colombia y de Ecuador, recogen en sus respectivos bloques de constitucionalidad los tratados internacionales de derechos humanos. Sin embargo, la Corte Constitucional Colombiana ha ido más allá, al abarcar dentro de su bloque al DIH por compartir el núcleo fundamental del DIDH, la protección a la dignidad humana. Por ello, se analizará este argumento de la jurisprudencia constitucional colombiana sustentada con doctrina especializada, con el fin de proponer la posibilidad de un análisis similar en Ecuador.

Las divergencias entre el DIH y el DIDH son bastante claras. Comenzando por su objetivo, se puede establecer que los Derechos Humanos buscan garantizar el desarrollo del individuo para que este pueda alcanzar sus objetivos de índole social, económica y política⁴⁸; mientras que, el DIH tiene un propósito proteccionista relativo a situaciones de conflicto armado “que busca preservar a la persona humana, más que proporcionarle mejores condiciones de vida”⁴⁹. El segundo aspecto de divergencia está en su posible suspensión, siendo las normas del DIDH disponibles a ciertas suspensiones (como, por ejemplo, en estados de excepción), mientras que las normas del DIH no se encuentran sujetas a suspensión alguna⁵⁰. Una tercera diferencia que se puede rescatar entre estos dos ordenamientos son sus instituciones garantes. Por una parte, el DIH es apoyado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, CICR), mientras que, el DIDH es respaldado por las Naciones Unidas y sus diversos comités y organismos institucionales⁵¹. Así también, al referirse a los sujetos de protección de ambos sistemas, en el DIH se “pretende proteger tanto a quienes no participan en el conflicto como los bienes que no constituyen objetivo militar y a los contendientes para limitar los medios y métodos de combate”⁵²; mientras que, los sujetos objeto de protección del DIDH son todas las personas humanas sin distinción. Finalmente, es importante destacar que mientras en el régimen de derechos humanos, los Estados son los únicos obligados, en el DIH todas las partes deberán asumir las obligaciones que manda este ordenamiento, eso incluye entonces a los grupos armados⁵³.

⁴⁸ Ver Christophe Swinarski, “Las relaciones entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Estudios básicos de derechos humanos* 2 (1995), 177-178.

⁴⁹ Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú y Comité Internacional de la Cruz Roja, 2004), 78.

⁵⁰ Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú y Comité Internacional de la Cruz Roja, 2004), 79.

⁵¹ Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú y Comité Internacional de la Cruz Roja, 2004), 79.

⁵² Andrea Lamy “Diferencias teórico prácticas entre los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”, *Revista Via Iuris* 8 (2010), 93-122.

⁵³ Ver Nils Melzer, *International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction*, (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2016) 17.

Debido principalmente a estas diferencias y a otras más, surgió un movimiento ideológico denominado “los separatistas” que sostenían que era imposible “incluir dentro del mismo molde, las normas procedentes del derecho de la guerra y aquellas que deberían fundamentar la normativa de la paz”⁵⁴, por ello, sostuvieron que era indispensable mantener alejados a los dos ordenamientos y, por ende, darles un tratamiento jurídico distinto.

Sin embargo, en la práctica, se ha visto que estos dos sistemas más que oponerse, convergen. Es así como, el Tribunal para la ex Yugoslavia sostuvo que la esencia del *corpus* del DIH y la del DIDH se subsume a proteger la dignidad humana y que esta es la *raison d’être* de ambos ordenamientos⁵⁵. Así también, importante doctrina de la CICR, manifiestan que “ambas ramas tienen como denominador común el principio de humanidad⁵⁶” y, por lo tanto, “[...] no cabe duda, que la relación entre [el DIH y el DIDH] es más bien de complementariedad, [...] ampliándose el margen de protección en beneficio de la persona humana”⁵⁷.

Por su parte, los órganos supranacionales de DIH y de DIDH han colaborado en esta complementariedad entre los dos ordenamientos. Por ejemplo, la Corte IDH, en el Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, los accionantes aludieron responsabilidad internacional del Estado por múltiples abusos de toda índole cometidos por parte de agentes paramilitares a los pobladores de Mapiripán. La Corte en dicho caso, expresó:

“[L]a Corte no puede obviar la existencia de deberes generales y especiales de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del Derecho Internacional Humanitario [...] [...] Las obligaciones derivadas de dicha normativa internacional deben ser tomadas en cuenta, según lo dispuesto en el artículo 29.b) de la Convención [...]. [...] Si bien es claro que la atribución de responsabilidad internacional bajo las normas de Derecho Internacional Humanitario no puede ser declarada, como tal, por este Tribunal, dichas normas son útiles para la interpretación de la Convención”⁵⁸.

⁵⁴ Ver Swinarski, Christophe. “Las relaciones entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos. En Estudios básicos de derechos humanos II. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995, pp.176.

⁵⁵ Caso n. IT-95-17/I-T, Fiscal vs. Furundzija, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia, 10 de diciembre de 1998, párr. 183.

⁵⁶ Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú y Comité Internacional de la Cruz Roja, 2004), 73.

⁵⁷ Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú y Comité Internacional de la Cruz Roja, 2004), 73.

⁵⁸ Serie C No. 134, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de septiembre de 2006, párr. 114-115.

Incluso en el Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, la Corte IDH habló de una “equivalencia entre el contenido del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables”⁵⁹. Esta última afirmación no se limita a la complementariedad entre el DIDH y el DIH, sino, incluso en ciertos casos, a su equivalencia.

Estos son dos de los tantos casos (*Masacres de Ituango vs Colombia*⁶⁰, *Masacre de las Dos Erres vs Guatemala*⁶¹, entre otros) en donde la Corte IDH ha resaltado la convergencia del DIH y el DIDH, demostrando que, en la práctica, incluso reconociendo las diferencias anteriormente explicadas, se debe entender ambos ordenamientos sobre un mismo cimiento: la dignidad humana.

Se puede establecer entonces, que, tanto la doctrina especializada, la jurisprudencia de órganos supranacionales y la Corte Constitucional Colombiana convergen en la misma interpretación: tanto el DIH y el DIDH son dos ordenamientos jurídicos que comparten un núcleo fundamental de protección y garantía de derechos que es imposible negar a la hora de aplicar o interpretar cualquier tipo de norma que contenga derechos.

A pesar de las diferencias evidentes entre los ordenamientos jurídicos colombiano y ecuatoriano, como por ejemplo con la regulación del estado de excepción (que podría marcar una posible diferencia en el mandato expreso de la Constitución colombiana sobre el DIH), el Ecuador no podría negar la complementariedad de los dos sistemas, ni tampoco, el fundamento que ambos comparten. Así también, los principios básicos del DIH, al ser normas *ius cogens*, deben gozar de jerarquía constitucional debido a su imposibilidad de ser vulnerados. Por lo tanto, manteniendo coherencia constitucional, el DIH debería gozar de supremacía nacional para proteger de la manera más apta la dignidad humana. No habría razón para rechazar este argumento de la Corte Colombiana.

4. El bloque de constitucionalidad ecuatoriano y el Derecho Internacional Humanitario

⁵⁹ Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de Fondo, 25 de noviembre de 2000, párr. 209.

⁶⁰ Ver Serie C No. 148, *Caso de las Masacres de Ituango vs Colombia*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 36, 208, 409.

⁶¹ Ver Serie C No. 211, *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs Guatemala*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas 24 de noviembre de 2009, párr. 25, 82, 250.

El DIH en el Ecuador es sumamente importante debido a múltiples problemáticas que afronta el país, especialmente en su frontera norte con Colombia, sin embargo, el debate que se observó en Colombia en los años 90 sobre la incorporación del DIH en el bloque de constitucionalidad, no se ha dado en el Ecuador. Pese a que ha habido múltiples sentencias que han abordado el DIH no se ha configurado una discusión acerca de la integración de este derecho en el bloque de constitucionalidad.

Con el objetivo de desarrollar este debate, es importante comprender el tratamiento constitucional y jurisprudencial que se le presta a esta figura del derecho constitucional. Ello, en aras de comprender si existe en efecto una misma situación jurídica entre Colombia y Ecuador, para poder concluir una posible propuesta para el Ecuador en materia de DIH. En la presente sección se transmitirá a breves rasgos el contenido que la Corte Constitucional y la Carta Magna han querido dotar al bloque.

3.1. Tratamiento constitucional y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad ecuatoriano

En el Ecuador, el artículo 11 de la Constitución, que regula los principios para el ejercicio de los derechos, establece en su numeral tercero que “los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por cualquier servidor público [...]”⁶². Dicho artículo, otorga la misma consecuencia (inmediata y directa aplicación) a los instrumentos de DDHH y a la Constitución, sin embargo, no sería por sí sola suficiente para pensar que estos instrumentos forman parte del bloque de constitucionalidad. Son los artículos 424 y 426 los que, mediante mandato expreso constitucional realizan esta integración.

El 424 de la Carta Magna, establece que “la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”⁶³. Al parecer, esta norma determina de manera clara y específica el contenido del bloque de constitucionalidad: la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado. Sin embargo, el artículo 426 del mismo cuerpo establece que las autoridades judiciales, administrativas o institucionales deberán aplicar directamente

⁶² Artículo 11, Constitución del Ecuador, 2008.

⁶³ Artículo 124, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

las normas constitucionales y aquellas previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos que sean más favorables a aquellas previstas en la Constitución⁶⁴.

Por lo tanto, los tratados internacionales de derechos humanos no son los únicos que gozan de jerarquía constitucional, sino también, todos los instrumentos internacionales de derechos humanos. Han sido varias las decisiones del órgano constitucional, que han estudiado el contenido del bloque de constitucionalidad, por lo que han incluido en sus fallos diversos instrumentos de derechos humanos. Es menester entonces, recabar algunas de las sentencias de carácter vinculante de la Corte para comprender el alcance que esta le ha dado a nivel jurisprudencial al bloque de constitucionalidad. Pese a que ninguna de las siguientes sentencias se enfoca en la interpretación o aplicación del DIH, son oportunas para entender el razonamiento constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador.

3.1.1. Sentencia No. 002-18-SIN-CC de la Corte Constitucional Ecuatoriana

En mayo de 2015, se presenta ante la Corte Constitucional diversas demandas de inconstitucionalidad en contra de los artículos 14,62,64,65,68,1,69 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar (en adelante Ley de Justicia Laboral). Esta acción es presentada por gremios sindicales, assembleístas, asociaciones de jubilados, entre otros. Los fundamentos de las demandas versaron sobre derechos al trabajo y a la seguridad social. En relación con el bloque de constitucionalidad, esta sentencia manifiesta expresamente que las obligaciones internacionales, como el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (referentes a la obligación de los Estados a tomar medidas para lograr, progresivamente, el ejercicio de los derechos) forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano en virtud del bloque de constitucionalidad⁶⁵. Más aún, sostiene que el ejercicio de los derechos constitucionales no puede ser disminuido sin razón justificada en la Constitución o en cualquier norma que forme parte de este bloque⁶⁶.

Esta sentencia, no solo incorpora de manera integral los tratados internacionales de derechos humanos, sino que sostiene que su posible suspensión no puede ser realizada por normativa de menor jerarquía. Este apartado es fundamental, puesto que la prevalencia de los derechos que forman parte del bloque de constitucionalidad no es discutible a nivel nacional.

⁶⁴ Artículo 426, Constitución del Ecuador, 2008.

⁶⁵ Sentencia No. 002-18-SIN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de marzo 2018, párr. 72.

⁶⁶ Sentencia No. 002-18-SIN-CC, párr. 73.

La relevancia de esta decisión para el DIH podría ser análoga, puesto que, en el caso de integración de estas normas en el bloque de constitucionalidad, su disminución únicamente podría suceder por normas de carácter constitucional.

3.1.2. Sentencia No. 184-18-SEP-CC de la Corte Constitucional Ecuatoriana

El defensor del pueblo, la directora nacional de protección de derechos humanos y de la naturaleza y el coordinador nacional de protección prioritaria, presentan ante la Corte Constitucional acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por los jueces de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha con respecto a una acción de protección. Los accionantes de dicha acción se fundamentaron en la negativa del funcionario del Registro Civil a inscribir a la niña Satya Amani reconociendo su filiación como hija de dos personas del mismo sexo.

Esta sentencia añade un elemento más al tema analizado, puesto que dota a los instrumentos internacionales de derechos humanos de una prevalencia (quizás supranacional) en razón de su favorabilidad. La sentencia establece que los instrumentos son “de aplicación directa, inmediata y **preferente**, en tanto su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de los derechos reconocidos” ⁶⁷(subrayado añadido). Es importante también destacar, que esta sentencia considera como instrumentos internacionales a jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), opiniones consultivas realizadas por la misma Corte, Observaciones Generales por Comités u organismos de las Naciones Unidas⁶⁸.

Por lo tanto, sostener que los tratados internacionales de derechos humanos son los únicos que están en la jerarquía constitucional, sería negar la presente jurisprudencia vinculante de la Corte⁶⁹ respecto al contenido del bloque de constitucionalidad. La consecuencia de esta sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana para el DIH sería que, si dichas normas llegasen a formar parte del bloque, ello implicaría que no solamente los tratados internacionales ratificados sobre este tema tendrían rango constitucional, sino que todos los instrumentos que se desprenden de estos (como, por ejemplo, la interpretación de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos realizados por las resoluciones de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja).

3.1.3. Sentencia No. 11-18-CN de la Corte Constitucional Ecuatoriana

⁶⁷ Sentencia No. 184-18-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de mayo de 2018, párr.58.

⁶⁸ Sentencia No. 184-18-SEP-CC, párr.60.

⁶⁹ Ver Artículo 436, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

El Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha elevó una Consulta de Norma a la Corte Constitucional del Ecuador, aludiendo una contradicción entre la Opinión Consultiva OC24/17 y el artículo 67 de la Constitución. La Corte IDH abordó la problemática de la Identidad de Género e Igualdad y no Discriminación a parejas del mismo sexo, concluyendo que “es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares [refiriéndose a parejas del mismo sexo] y protegerlos de acuerdo con la Convención⁷⁰; mientras que, la Constitución del Ecuador, en su artículo 67, segundo inciso, expresa que “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer [...]”⁷¹”.

La Corte manifiesta que la Opinión Consultiva OC24/17 es un instrumento internacional de derechos humanos, puesto que surge de la interpretación de la Corte IDH de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que forma parte del bloque de constitucionalidad por mandato expreso. Por lo tanto, sostiene que dicho instrumento goza de jerarquía constitucional. La Corte finalmente manifiesta que no hay contradicción entre el instrumento internacional y el artículo mencionado de la Carta Magna, sino que decide aplicar una interpretación evolutiva y garantista a este último⁷².

El avance que presenta esta sentencia en relación con el bloque de constitucionalidad es que la Corte exhorta a los sistemas jurídicos nacionales su adecuación a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. Este deber que manifiesta la Corte, concede a las normas del bloque de constitucionalidad, no solo una jerarquía constitucional, sino una aplicación directa, visible e inmediata en el ordenamiento. Por ello, la Corte finalmente ordena al Registro Civil registrar el matrimonio de la pareja accionante. La importancia de esta sentencia en una posible integración del DIH en el bloque de constitucional ecuatoriano radica en el hecho de que, pese a que el Ecuador no sea parte de un conflicto armado en la actualidad, las normas de este derecho gozarán de una aplicación eficaz en el ordenamiento. Mandatos legales como los establecidos en los artículos 111 y 112 del Código Orgánico Integral Penal, establecen que las definiciones de sujetos protegidos deberán atender a las disposiciones de los instrumentos internacionales del DIH. Es decir, esta normativa acogió el espíritu del constituyente, al no limitar la protección de derechos y principios únicamente

⁷⁰ Opinión Consultiva OC-24/17 solicitada por la República de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2017, párr.191, 192.

⁷¹ Artículo 67, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁷² Sentencia No. 11-18-CN, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de junio de 2019.

consagrados en tratados internacionales⁷³. Como consecuencia del presente análisis, se puede sostener que una posible integración del DIH en el bloque de constitucionalidad es compatible tanto con el texto constitucional, como con la interpretación de la Corte Constitucional sobre dicha figura.

3.2. Aplicabilidad de la *ratio decidendi* colombiana en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano

Una vez explicado el enfoque constitucional y jurisprudencial que el Ecuador ha brindado al bloque de constitucionalidad, es necesario analizar la posibilidad de que el razonamiento de la Corte Constitucional colombiana de 1995 tenga alguna aplicación en el Ecuador. Sería un trabajo excesivo el analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana antes de 1995 y compararla con las sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana con respecto al contenido y enfoque que estas Cortes le dan al bloque de constitucionalidad. Por lo tanto, se analizará de manera objetiva el mandato constitucional expreso que realiza la Carta Magna colombiana de 1991 y la Constitución de 2008, con respecto al bloque de constitucionalidad y al DIH.

Como ya se ha mencionado en secciones anteriores, el artículo 93 de la Constitución Colombiana de 1991⁷⁴ incluye dentro de la figura del bloque de constitucionalidad a los tratados y convenios internacionales que reconozcan los DDHH que no puedan ser limitados en estados de excepción. Mientras que, en los artículos 424 y 426 de la Constitución Ecuatoriana de 2008⁷⁵, se desprende que son los instrumentos DDHH los que tendrán este rango constitucional. De esta breve comparación, se puede distinguir un aspecto sumamente importante, el Constituyente ecuatoriano le dio un contenido mucho más amplio a su bloque de constitucionalidad, ello, porque no solo que incluyó a todo instrumento de DDHH a más de los tratados internacionales, sino que, a diferencia de Colombia, no lo delimitó incluyendo exclusivamente a aquellos instrumentos que no puedan ser limitados en estado de excepción.

Continuando con esta comparación constitucional, es menester mencionar que, el artículo 214 de la Constitución Colombiana de 1991, contempla expresamente al DIH como reglas que se respetarán siempre en estados de excepción. La Constitución del Ecuador de 2008, en

⁷³ Ver: Artículos 11 y 112, Código Orgánico Integral Penal [COIP]. Suplemento 180, del 10 de febrero de 2014.

⁷⁴ Artículo 93, Constitución Política de Colombia, 1991: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

⁷⁵ Artículos 424 y 426, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

cambio, no hace mención expresa al DIH, sin embargo, en su artículo 165 especifica los derechos que pueden ser suspendidos en estado de excepción, y en ellos no incluye a ninguno del DIH⁷⁶. Además, en su artículo 80 determina que, las graves violaciones al DIH, como el genocidio, crímenes de guerra, crímenes de agresión a un Estado, entre otros, serán considerados delitos imprescriptibles. Esta diferencia es a primera vista, importante para nuestro análisis, puesto que, como se vio anteriormente, el límite que impone la Constitución Colombiana al contenido de su bloque de constitucionalidad se supedita a aquellas normas de tratados internacionales de DDHH que no puedan limitarse en estados de excepción; y, por mandato constitucional expreso las normas de DIH no pueden ser limitadas en estado de excepción.

De esta breve comparación constitucional, se puede desprender lo siguiente: el contenido del bloque de constitucionalidad ecuatoriano, que es dotado de contenido tanto por mandato expreso y sustentado por la Corte Constitucional en múltiples sentencias, es mucho más amplio que el bloque de Colombia, al incluir a todo instrumento de DDHH y al no tener delimitaciones específicas. Ello, subsana el contraste referente a que la Constitución Colombiana contempla expresamente al DIH como reglas que no pueden ser limitadas en estado de excepción, puesto que el Ecuador no contiene delimitaciones similares. De acuerdo con este análisis, la aplicabilidad del razonamiento de la Corte Constitucional Colombiana en 1992 y en 1995, es compatible con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, puesto que el mandato constitucional expreso de ambas constituciones con respecto al bloque de constitucionalidad, lo permiten.

6. Conclusiones

La relevancia del DIH en el Ecuador es innegable. El desbordamiento del CANI colombiano en territorio ecuatoriano es una problemática, entre muchas otras, que demuestra que, incluso si el Ecuador no es formalmente un Estado Parte en un conflicto armado, el DIH tiene una importancia trascendental para el país. Los esfuerzos del Ecuador por cumplir con los tratados internacionales que versan sobre esta materia son varios y diversos; sin embargo, carecen de la suficiencia esperada, pues mayoritariamente no se desarrollan en la práctica. Sobre la base de esto, surge la necesidad de encontrar un mecanismo jurídico idóneo para que

⁷⁶ Artículo 165, Constitución del Ecuador, 2008: Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.

el DIH adquiera una importancia de mucho mayor grado. Por ello, se plantea analizar si, la integración del DIH en el bloque de constitucionalidad, podría satisfacer este objetivo.

El país líder en adoptar este mecanismo jurídico fue Colombia en 1995. Por ello, se evaluaron los dos argumentos principales de la Corte Constitucional Colombiana para integrar al DIH en su bloque de constitucionalidad: el primero, el DIH como normas *ius cogens*, y el segundo, los ordenamientos de DIDH y DIH como complementarios. De estos se concluye que, los principios fundamentales consagrados en el DIH son normas *ius cogens*; por lo tanto, gozan de un tratamiento especial a nivel internacional y nacional, al no poder ser disminuidos ni transgredidos de forma alguna. Así también, se confirma que el DIDH y el DIH son ordenamientos internacionales que buscan el mismo fin: proteger la dignidad humana, sustentando su complementariedad.

La Constitución de Colombia de 1991 y la Constitución Ecuatoriana de 2008, contemplan al DIDH en su bloque de constitucionalidad. Ecuador aborda esta figura de una forma más amplia al incluir no solo a tratados internacionales sino a los instrumentos en general y, al no delimitar su jerarquía constitucional a aquellas normas de DDHH que no admiten suspensión, ni siquiera en estados de excepción, como ocurre en Colombia. Por lo tanto, se puede desprender que, es aplicable el razonamiento de la Corte Constitucional Colombiana a la noción del bloque de constitucionalidad ecuatoriano y a la posible integración del DIH en su contenido.

Sobre la base del derecho comparado, la doctrina especializada y el tratamiento constitucional y jurisprudencial, se puede establecer que un mecanismo idóneo para que el DIH pueda ser aplicado de manera directa y que los sujetos protegidos por este ordenamiento gocen de la máxima protección en casos de conflicto en el Ecuador, es si se lo considera parte del bloque de constitucionalidad. Ello, debido a que gozará de jerarquía constitucional y, por lo tanto, todo el ordenamiento nacional deberá adaptarse a dichas normas superiores. Además, al igual que en Colombia, las normas de DIH serán *per se* vinculantes y, por ende, no se necesitará de ratificación o formalidades expresas para adoptar cualquier norma garantista de derecho humanitario. Finalmente, su reconocimiento dentro del bloque abrirá las puertas para que la Corte Constitucional ecuatoriana tenga a su disposición un catálogo de derechos del DIH para fallar de una manera más proteccionista en posibles casos de violaciones contra personas y/o bienes protegidos por este ordenamiento.