

REPUBLICA DEL ECUADOR

SECRETARIA DEL CONSEJO
DE SEGURIDAD NACIONAL

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS
NACIONALES



“LA INTERNACIONALIZACION DE LA JUSTICIA Y
LOS DERECHOS HUMANOS”

TESIS PRESENTADA COMO REQUISITO PARA OPTAR
EL TITULO DE MASTER EN SEGURIDAD Y
DESARROLLO

AUTORA: DRA. CONSUELO DEL ROCIO SILVA MARTINEZ

DIRECTORA DE TESIS: SRA. DRA. MAGDALENA GRANIZO M.

QUITO, ABRIL DEL 2000

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I LOS DERECHOS HUMANOS

1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS	1
1.1. Los Derechos Humanos en la Antigüedad	1
1.2. Los Derechos Humanos en la Edad Media	5
1.3. Los Derechos Humanos en los Siglos XIV y XV	12
1.4. Los Derechos Humanos en los tiempos modernos	13
2.- LAS DECLARACIONES DE DERECHOS	17
3.- LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS	22
4.- EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	24
4.1. Primera Generación: Derechos Civiles y Políticos	25
4.2. Segunda Generación: Derechos Sociales, Económicos y Culturales	28
4.3. Tercera Generación: Derechos Colectivos y de los Pueblos	30

CAPITULO II SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS

GENERALIDADES	32
1.- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS	35
1.1. La Comisión de Derechos Humanos	38
1.2. La Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías	38
1.3. El Centro de Derechos Humanos	39
1.4. El Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	40
1.5. La Organización Internacional del Trabajo	40
2.- EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN	42
2.1. La Comisión Europea de Derechos Humanos	43
2.2. El Comité de Ministros	44

2.3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos	44
3.- EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION	45
3.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos	47
3.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos	48
4.- EL SISTEMA AFRICANO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS	49
5.- LA LIGA DE ESTADOS ARABES	53
6.- LOS PAISES SOCIALISTAS Y LOS DERECHOS HUMANOS	55
7.- ASIA Y LOS DERECHOS HUMANOS	58

CAPITULO III

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ECUADOR

GENERALIDADES	61
1.- Período de 1830 – 1895	63
2.- Período de 1895 – 1944	67
3.- Período de 1945 – 1971	70
4.- Período de 1972 – 1976 Dictaduras	75
5.- Período de 1976 a 1979, Preparación para el advenimiento del Régimen Constitucional	76
6.- Constitución de 1998	77

CAPITULO IV

LA VIOLACION DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTADOS COMO CRIMEN INTERNACIONAL

1.- EVOLUCION DEL CONCEPTO DE CRIMEN INTERNACIONAL	92
1.1. Desarrollo progresivo del concepto de crimen internacional	93
1.2. El proyecto de Código de delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad	96
1.3. El proyecto de codificación sobre la responsabilidad internacional de los Estados	97
1.4. El Crimen Internacional	98
2.- CASOS PARTICULARES DE CRIMENES INTERNACIONALES, CONTEMPLADOS	

EN EL PROYECTO DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS	102
2.1. La Esclavitud como crimen internacional del Estado	102
2.2. El Genocidio como crimen internacional	106
2.3. El Apartheid como crimen internacional	110
3.- OTROS CRIMENES INTERNACIONALES NO CONTEMPLADOS EN EL PROYECTO DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO	114
3.1. La Tortura como crimen internacional del Estado	115
3.2. La Desaparición forzosa o involuntaria de personas, considerados como crimen internacional	118
3.3. Las Ejecuciones sumarias y arbitrarias o extrajudiciales, como crimen Internacional de Estado	120
3.4. La prohibición de los homicidios arbitrarios a los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley	123
3.5. Crímenes de Guerra, Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio	125

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES	128
RECOMENDACIONES	143

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Cuando el mundo se encuentra en los albores del tercer milenio, podemos extraer útiles lecciones revisando el pasado y considerando el futuro. El siglo XX vio enormes progresos en la civilización y fantásticos avances en la ciencia, la tecnología y las fuerzas productivas. Sin embargo, ha estado plagado de guerras y lleno de inseguridad, se dieron dos guerras mundiales, y un sinnúmero de conflictos y guerras locales, el mundo ha cambiado en forma dramática, cada vez más se va perdiendo el concepto de fronteras físicas, para dar paso a una nueva forma de modernidad, que es la globalización.

Los horrores de la Segunda Guerra Mundial, que tuvo lugar a escala planetaria, mostró la desgracia y el drama, donde se registraron violaciones de los Derechos Humanos a escala desconocida y se evidenció que tales crímenes pueden ser cometidos contra la humanidad, contra un pueblo, una raza o una confesión religiosa; permitió que despertara la conciencia de la humanidad, tomando como referencia la relación existente entre el respeto a la dignidad humana y la paz, lo cual ocasionó un salto determinante en el seno de la recién creada Organización de las Naciones Unidas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, representa la máxima manifestación de la voluntad de todos los pueblos del mundo, para el reconocimiento y vigencia de los derechos fundamentales de los seres humanos. Marca un hito dentro de la historia de la humanidad, porque, es un sistema de principios fundamentales de la conducta humana, que ha sido libre y expresamente aceptado por todos.

El presente trabajo, permite demostrar cómo los Derechos Humanos han ido evolucionando, hasta insertarse en las legislaciones de los Estados, los cuales son responsables directos de la promoción y protección de los mismos, y tienen que asumir las consecuencias de dicha responsabilidad internacional, cuando en su territorio se han violado los derechos fundamentales.

Bien puede afirmarse que la historia de la especie humana es el resultado de un largo camino, muchas veces trágico, de la lucha de hombres y mujeres por lograr el pleno disfrute de sus derechos fundamentales, de aquellos que les corresponde por el simple hecho de ser personas y pertenecer a la gran familia humana. Su concepto, alcance y protección se ha ido ampliando cada vez más, como resultado de esa aspiración

universal que, en diferentes épocas y latitudes, ha conducido a los pueblos de la Tierra a participar en la maravillosa aventura de lograr su pleno reconocimiento y respeto.

La evolución de los derechos humanos expuesta en el *Capítulo I*, simboliza la marcha de la humanidad hacia la conquista de dos sublimes anhelos: la justicia y la libertad, cuya proclamación representa la más grandiosa victoria de los últimos tiempos. Su trayectoria histórica, podemos identificarla en tres etapas fundamentales:

- *La primera etapa*, significa la lucha de los individuos por consagrar los derechos y libertades fundamentales por medio de leyes; comprende, desde las primeras manifestaciones contiguas de legislación sobre esos derechos, Código de Manu, Leyes de Solón, los Diez Mandamientos, hasta la época clásica del Derechos Natural en el siglo XVIII, que determinaron los cuerpos legislativos de la libertad;
- *La segunda etapa*, es la constitucional, que comprende desde el siglo XVIII, hasta los años anteriores a la Primera Guerra Mundial, donde aparece la figura del juez como protector de los derechos individuales y además representando a la entidad encargada de reconocer y asegurar la primacía de la Constitución sobre las Leyes, y,
- *La tercera etapa*, que considera a los derechos fundamentales como objeto de legislación internacional, que comprende desde la Primera Guerra Mundial, hasta los tiempos actuales, en que se va perfeccionando poco a poco el sistema de protección internacional de los “Derechos Humanos”, y en ella la garantía suprema y definitiva de tales derechos y las instituciones encargadas de prevenir y proteger tales derechos.

La historia de la civilización tiene características acumulativas, y por ella al cometer excesos, admitir su ejecución o tolerar injusticias por mínimas que sea, es cometer mayores injusticias. Estas injusticias y violaciones de los derechos humanos fueron admitidas, toleradas, encubiertas o ejecutadas por muchos cientos de años y por último ferozmente multiplicadas en el siglo XX.

Cuando se habla de Sistemas Internacionales de protección a los derechos humanos, nos viene a la mente el concepto de violación de éstos derechos, puesto que, a partir de ello, se configura la responsabilidad internacional exigible en un momento y en un lugar determinado, como se especifica en el *Capítulo II*. ¿Quién viola los derechos humanos?. Es la pregunta a la cual se intenta responder mediante la formulación y puesta en marcha de los sistemas de protección; pero, de acuerdo a la normativa

internacional vigente, sólo los Estados en su calidad de sujetos del Derecho Internacional, violan los derechos humanos, son quienes negocian, suscriben y ratifican los instrumentos jurídicos, por medio de los cuales se reconocen tales derechos, además porque tan sólo las violaciones de derechos humanos imputables a agentes estatales generan responsabilidad jurídica internacional.

Las organizaciones que promocionan y protegen los derechos humanos, se los encuentra a nivel universal, al amparo de la Organización de Naciones Unidas, a nivel regional, al amparo de la Organización de Estados Americanos, para el caso Americano, la Unión Europea, la Unión Africana, etc. y a nivel nacional, en donde el Ecuador ha ratificado y es miembro de casi todas las organizaciones de Derechos Humanos, y se ha comprometido a velar por su vigencia y protección.

Las personas, somos seres sociables que estamos condicionados por las dimensiones de tiempo y espacio, los sentidos de ubicación y pertenencia son imprescindibles para nuestro equilibrio psicológico; los seres humanos, conformamos diferentes grupos sociales de progresiva complejidad: la familia, la comunidad, la ciudad, el país, la identidad real o percibida de intereses, que es el fundamento de la organización, que es la causa y efecto del extraordinario desarrollo de la humanidad.

En el *Capítulo III*, se hace un análisis de las diferentes Constituciones promulgadas en el país, y la evolución de los derechos humanos incluidas en las mismas, tomando como punto de partida la Constitución de 1812, que, si bien tuvo una duración efímera, incluyó los primeros derechos y libertades de los ciudadanos.

Se continúa con el análisis hasta llegar a la Constitución actual, en la cual se puede evidenciar el avance significativo que ha habido en este campo, pues ciertamente, ha ido a la par con los acontecimientos suscitados en el mundo, incorporando en su legislación interna, cada vez, y en mayor proporción, disposiciones jurídicas, emanadas de los organismos internacionales, y creando instituciones especializadas para la protección y promoción de los derechos humanos, establecidos en los diferentes Convenios y Pactos, plenamente reconocidos en la normativa jurídica internacional.

El Derecho Internacional, admite el postulado básico de que, ante la violación de una obligación internacional, el sujeto causante debe reparar el daño ocasionado mediante

acción ilícita, por medio de un acto que tenderá a ser proporcional al daño sufrido, ya sea éste de carácter material o moral. Este principio fundamental, basado en que todo acto ilícito comporta la obligación de reparar, es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales, tal como se analiza en el Capítulo IV.

Existen violaciones a los derechos humanos fundamentales que han sido considerados crímenes internacionales, como:

- *Crímenes de guerra*; entre los que se puede identificar a: homicidios intencionales de personas protegidas, detención ilegal y deportación o traslado ilegal de civiles. Los Estados parte de los Convenios, deben establecer sanciones penales efectivas en su legislación. Para éstos crímenes deben buscar a las personas que han cometido u ordenado y deben hacer comparecer a los presuntos culpables, independientemente de su nacionalidad, ante sus propios tribunales, o, entregarlos para que los juzguen en otro Estado Parte.
- *Crímenes de lesa humanidad*; que pueden ser cometidos tanto en tiempo de paz como de guerra, figuran; el asesinato, el exterminio, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil; se incluye la práctica sistemática de las desapariciones forzadas, como las ejecuciones extrajudiciales.
- *El Genocidio*; constituido por actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, lo cual incluye la matanza de miembros de grupos, y causar lesión grave a la integridad física o mental.

Estos crímenes son imprescriptibles; los presuntos responsables, no pueden pedir asilo en otro país; otros Estados, pueden pedir que los deporten o extraditen, a fin de llevarlos ante los tribunales, si están fuera del país donde cometieron el crimen, con independencia de la nacionalidad de los responsables o de sus víctimas, esta normativa jurídica fue aplicada para juzgar al Gral. Augusto Pinochet.

Finalmente, en el Capítulo V, se hace referencia a los crímenes cometidos por parte de la Fuerza Pública y que el Estado que tenido que asumir su responsabilidad internacional, demostrando que la justicia ha trascendido las fronteras nacionales.

CAPITULO I

LOS DERECHOS HUMANOS

1.- EVOLUCION HISTORICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La historia de la especie humana es el resultado de un largo camino, muchas veces trágico, de la lucha de hombres y mujeres por lograr el pleno disfrute de sus derechos fundamentales, de aquellos que nos corresponde por el simple hecho de ser personas, miembros de la gran familia humana, y que hoy son conocidos como "*Derechos Humanos*". Su conceptualización, alcance y protección se ha ido ampliando cada vez más, y se ha dado como respuesta a una aspiración de carácter universal que, en diferentes épocas y latitudes han conducido a todos los pueblos de la tierra a participar en la maravillosa aventura del espíritu para lograr su reconocimiento y respeto.

1.1 LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ANTIGÜEDAD

El hombre, desde tiempos muy remotos, ha venido luchando por el respeto de sus derechos y de sus libertades. El antiquísimo *CODIGO DE MANU*, o también denominado Código de las diez libertades humanas esenciales y controles o virtudes necesarias para la vida buena, consagra algunos de los derechos que hoy son establecidos en las legislaciones modernas. Este código comprende cinco libertades o seguridades sociales y cinco posesiones o virtudes individuales que son las que identifican al hombre en su concepción más amplia.

Las libertades o seguridades sociales son:

- Liberación de la violencia,
- Liberación de la miseria,
- Liberación de la explotación,
- Liberación de la violencia o deshonra, y
- Liberación de la muerte y de enfermedades tempranas.

Las cinco posesiones o virtudes individuales son:

- Ausencia de intolerancia,
- La compasión o sentimiento por el prójimo,
- La sabiduría
- La libertad de pensamiento y de conciencia, y
- La liberación del miedo y de la insatisfacción o desesperación.

Estos enunciados revelan su carácter cultural; es una manera de concebir el mundo, la vida y las acciones humanas muy diferentes de la que inspira la Declaración universal de los derechos humanos.

En *CHINA*, uno de sus representantes más importantes, Confucio, en el año 500 A.C. advierte que los príncipes se hallan en el deber de no oprimir a su pueblo, y que los integrantes de éste tienen el derecho de rebelarse contra la opresión, lamentablemente en la actualidad no sucede así, el país ha olvidado estas enseñanzas volviéndose uno de los países que más violaciones de Derechos Humanos han tenido, a más de los gobiernos autoritarios y opresores.

Los *HEBREOS*.- Pueblo que sufrió persecuciones y discriminaciones durante toda la historia, la Ley mosaica con los Diez Mandamientos, constituye además de preceptos religiosos, un verdadero código de ética y comportamiento social, su estricto cumplimiento es la idéntica vigencia de los derechos humanos. La Biblia tiene un contenido esencialmente humanista dentro de un marco lógico, indudablemente, que se internó en la cultura griega, romana y se consolidó finalmente con el cristianismo.

Las enseñanzas de la Biblia no fueron comprendidas en esa época y menos aplicadas en lo que se relaciona a la condición humana. Los hebreos respetaban a los extranjeros, pero durante los periodos de guerra, el trato con el enemigo y con el vencido eran inclementes y muy crueles, sin perjuicio de la invocación a la paz perpetua que debería existir entre los pueblos preconizada por los profetas, este pueblo sufrió persecuciones muy fuertes, y además tuvieron las mayores expresiones de discriminación e intolerancia.

Los *GRIEGOS*.- Dueños de una concepción completamente nueva, señalaron la finalidad del espíritu humano, la diferencia fundamental con los demás pueblos ha sido la concepción del humanismo y la inteligencia racional, consideraban a las cosas como son y para ello se valieron de la razón, que es lo que hace que los hombres se consideren semejantes entre sí, sumaron a los hechos, sus razones, su justificación racional y finalmente agregaron la concepción de la libertad política, que esta no significaba autogobierno, sino el hábito de vivir con arreglo a las leyes de la polis, esto es un hecho trascendental que ha servido de base de estado de derecho democrático. Homero decía “Zeus despoja al hombre de la mitad de su hombría si llega para él, el día de la servidumbre”¹. El sistema democrático carecía de gobierno representativo, pues ellos no delegaban el poder, la democracia de los griegos era tan especial que muchos niegan su existencia, las mujeres, los extranjeros residentes y los esclavos, no participaban en la democracia, sólo participaban los ciudadanos, o por lo menos que el padre era ciudadano, por lo tanto la participación en la polis no dependía de la ubicación en un territorio determinado, sino de la pertenencia familiar.

Los griegos no adoptaron un criterio estricto para la protección de los derechos humanos, fueron limitados a la participación en la polis y exentos de los requisitos de la generalidad y de la universalidad, pero sin la unión y descubrimiento de la razón, el imperio de la Ley y la libertad política hubiera sido imposible el desarrollo y afianzamiento posterior de los derechos humanos. No respetaban los derechos humanos del vencido, su actividad era netamente colonialista, por lo que su empleo habitual era la tortura como método político y judicial.

Los *ROMANOS*.- El orden romano estaba fundado en la esclavitud, mano de obra esencial para promover el desarrollo económico, aportaron con dos conceptos fundamentales: el derecho como herramienta institucional y un nuevo y extensivo sentido de civilidad. La civitas romana se internó en el mundo, en un ámbito político y geográfico universal nunca repetido en la historia, se destacaron por el incumplimiento institucionalizado de los derechos humanos. Desde la esclavitud, hasta la impunidad de los grupos privilegiados

¹ TRAVIEZO, Juan A. *Evolución Histórica de los Derechos Humanos*, Editorial Heliasta, pág. 29, Buenos Aires 1993

de la sociedad (patricios), pasando por la inmunidad y discriminación de los plebeyos, el derecho romano, siempre tuvo un componente de desigualdad sólo disminuido en el *ius civile*, éste referido a las relaciones jurídicas entre personas de status social y político, la excepción fue el derecho de gentes, que sobre la base del derecho natural agregó una cuota de humanidad.

Los plebeyos, no disponían de status social, fueron conquistando sus derechos dirigidos hacia la igualdad con los patricios, reclamaron la Ley agraria, que permitiera equiparar con los patricios el reparto de las tierras confiscadas en las guerras, posteriormente su acción consistió en obtener la positivización, es decir en leyes escritas de aplicación igual para patricios y para plebeyos, y consiguieron que las normas jurídicas constaran en un cuerpo unificado, en la Ley de las Doce Tablas, luego reclamaron la libertad de matrimonio sin discriminaciones, y su logro más grande fue la incorporación en el Consulado y Pontificado, con lo que obtuvieron igualdad civil, política y religiosa. La época de la República fue la de mayores aportes al desarrollo de los principios de los derechos humanos, durante el Imperio, la voluntad del Príncipe fue la única norma dentro de un Estado totalitario, burocrático y hipertrofiado que se fue degradando en un proceso incesante hacia la decadencia. La tortura era admitida e institucionalizada, el crimen político de igual manera, bajo la expresión "crimen *magestatis*" a través de él, se instauró en el mundo la doctrina de seguridad del Estado que era la seguridad de gobierno del príncipe. El aporte de los romanos a los derechos humanos, fue el de la técnica jurídica para su protección.

El *CRISTIANISMO*.- Los principios de igualdad y fraternidad preconizados por la doctrina cristiana, fueron la antítesis de la sociedad, al predicar, decían que no había diferencias entre amos y esclavos, si las había, significaba alterar las reglas, no sólo morales sino también económicas, la igualdad entre los seres humanos tenía un costo que superaban los principios. La religión cristiana expresó principios que habían sido tímidamente esbozados por la filosofía griega. La contribución del cristianismo a los derechos humanos produjo en el mundo una transformación que no se ha podido superar hasta el momento. La doctrina cristiana era absolutamente universal y sus principios eran entendidos con simpleza en todos los rincones, sin necesidad de

formación filosófica, lo expuesto en el evangelio, era y es un código de derechos humanos que los internacionalizaron y generalizaron sin discriminaciones. Los esfuerzos, persecuciones y el establecimiento del cristianismo en el mundo, fueron esenciales para los derechos humanos, en lo que se refiere al principio antropológico que hace hermanos a los hombres por haber sido creados a imagen y semejanza de Dios, lamentablemente la hermandad que la fe obliga a los cristianos, fue olvidada y aún más destruida.

Los *BARBAROS*.- Las tribus bárbaras eran generalmente de origen germánico, tienen aspectos muy interesantes para la historia de los derechos humanos, su sistema judicial se presentó como una organización familiar de clanes que institucionalizaba la "vendeta", pero lo más original era "el precio de la sangre", por el que el autor de un delito podía redimirse pagando a la familia una indemnización, práctica que subsistió durante la Edad Media pero denominándose componenda, que consistía en una especie de juego de estructura binaria, que concluía con la victoria o fracaso, sin importar la verdad de los hechos, la tortura persistía pero sólo para los esclavos, la Ley burgunda, la Ley sálica y las ordalías, que eran sistemas de pruebas que se ejecutaban por medio del agua o del fuego, y eran condenadas por el papado a las prácticas consideradas como supersticiosas.

1.2 LOS DERECHOS HUMANOS EN LA EDAD MEDIA

Un prejuicio habitual consiste en atribuir a la Edad Media todos los males de la época contemporánea, críticas simétricas llevan a la nostalgia de que todo tiempo pasado fue mejor y el de la Edad Media especialmente. Para los derechos humanos el problema es si se puede considerar algún progreso, es evidente que hasta el siglo XVII, sólo se ha podido observar procesos embrionarios, sin la existencia de un Estado con personas que pueda resolver sus diferencias entre sí. El gran cambio se produjo con la aparición del Estado hacia el Siglo XVI, que se impuso como poder exterior para ejercer el poder político y luego el judicial, la génesis de los derechos humanos de esta época es la génesis del estado, el ser humano se impuso al Estado con todas sus potencialidades y atribuciones, delegando cada día más funciones, para finalmente quedar atrapado en la telaraña de su burocracia.

La sociedad de la Edad Media se basaba en la desigualdad, un reducido grupo de personas se arrogaban todos los derechos y con mínimas obligaciones, mientras el resto estuvo sometido a una nueva forma de esclavitud, tanto o más perversa que la anterior, denominada "servidumbre". La sociedad estaba estructurada en forma vertical con tres grupos de personas: los clérigos que formaban parte de una iglesia cada día más presente y protagónica; los señores feudales, condes o duques, que obedecían al rey pero no cumplían sus mandatos; y, la clase servil que se encargaba de producir todo lo que los demás consumían. Todo esto significó una antítesis de los derechos humanos y quizá el único mérito que le podemos atribuir, en esta época, es el grandioso efecto constitutivo de la estructura estatal, sin la cual no hay monopolio de la justicia, del poder e incluso del establecimiento de la sanción, fuera del orden personal del rey o del señor feudal.

La *DOCTRINA MUSULMANA* y los *DERECHOS HUMANOS*.- La religión musulmana predicada por Mahoma hacia el año 600 es una mezcla entre la religión judía y la cristiana, la doctrina está expuesta en el Corán, que no sólo es un texto religioso de igual naturaleza que la Biblia o el Evangelio, sino también un código que contiene la ley civil: se ha dicho que es la ley del juez y del sacerdote. La religión islámica o musulmana, se extendió con rapidez por el mundo, especialmente en Africa y Asia, en las primeras épocas, posteriormente, entro en Europa y fue la causa de las guerras más importantes de la Edad Media, Las Cruzadas. Las normas religiosas y civiles del Corán son diametralmente distintas a las conocidas en el mundo occidental, el derecho de propiedad, la consideración acerca del capital y sus intereses, la situación de la mujer y la concepción de la religión como expresión total de la vida; hacen que el establecimiento de los derechos humanos se encuentre en una situación bastante atrasada, porque uno de los elementos de los derechos humanos es la tolerancia, que implica admitir el derecho, la libertad de los demás para todas las actividades humanas, la Doctrina musulmana, no es tolerante y pretende ocupar totalitariamente todos los aspectos de la vida. Las luchas religiosas han ocupado gran parte de la Edad Media y reflejaron la no transacción de los musulmanes con el resto del mundo, en su concepción espiritual y material de la vida. Hay que reconocer que la filosofía del Islam ha planteado un nuevo

esquema que indirectamente sirvió para el establecimiento de los derechos humanos.

Las *CIUDADES y la GENESIS DE LOS DERECHOS HUMANOS – Los FUEROS*.- La relación de los señores feudales y los siervos fue cambiando como resultado de las Cruzadas, ante el debilitamiento de los señores feudales favoreciendo a los siervos, hecho que constituyó la génesis de los derechos humanos. El señor feudal administraba, cobraba impuestos, impartía justicia y ejercía la totalidad del poder hasta el siglo XI, en donde se formaron ligas o grupos tendientes a acortar los derechos del señor feudal, esto provocó motines y levantamientos sangrientamente reprimidos, pero surgió un aspecto positivo en el crecimiento de los derechos humanos, y constituyó el establecimiento de concesiones y exenciones formulado convencionalmente en los fueros, estos eran otorgados por el Rey de Francia, donde además se permitió el establecimiento de un verdadero autogobierno en las comunas, municipalidades o ciudades libres, que tenían amplios derechos, monopolizaban la coerción, ejercían la justicia y deliberaban a través de regidores, alcaldes, alguaciles, etc. y en algunos casos se llegó a establecer relaciones de servidumbre con otras ciudades o personas, adquiriendo las prerrogativas del señor feudal. En España, el sistema de protección de los derechos humanos comenzó con la Constitución de asambleas representativas denominadas Cortes, que estaban integradas por el clero, los hombres ricos, los hidalgos y las ciudades. El Rey no podía fijar impuestos o leyes sin consentimiento de las Cortes.

La *JUSTICIA DE ARAGON y "GREUGES"*.- El Fuero Juzgo establecía: "Rey serás si facieres justicia; et si non la facieres, non serás rey"². En Aragón, Valencia y Cataluña había un principio de juridicidad en la institución del Justiciazgo y en las "greuges" o reclamaciones de agravio, que podían presentarse ante la Corte de Justicia, aunque fuera contra el rey o sus funcionarios. Estas instituciones eran garantías para la defensa de los derechos humanos, lógicamente, ajustados a la época. El Justicia de Aragón llegó a tener mayores facultades que el Rey, sus funciones se ejercían por dos

² TRAVIESO, Juan Antonio, *Evolución Histórica de los Derechos Humanos y Garantías*, Edit. Heliasta. pág. 44 Buenos Aires – Argentina 1993

procedimientos; la firma del derecho y el fuero de Manifestación, que se podía reclamar la entrega de cualquier persona que estuviera presa arbitrariamente, el recurso de los greuges, o reclamación de agravio, era de tal magnitud que su excepción era admitida contra decisiones del rey o de sus oficiales y en caso que el rey suspendiera sus efectos, el Justicia tenía facultades para detener la orden real. El desarrollo de los derechos en Aragón alcanzó tal amplitud que en 1549, las Cortes le decían al rey: “Siempre hemos oído decir que consideraba la gran esterilidad de esta tierra y la pobreza de este reino, si no fuese por sus libertades, las gentes se irían a habitar a otros reinos y tierras más fructíferas”³.

Los *FUEROS EN ARAGON, CASTILLA, LEON y CUENCA*.- El sistema de los fueros, consistía en una petición de amparo dirigida a la Justicia de Aragón bajo cuya dependencia se hallaba la “cárcel de los manifestados”, dependencia en la que se desarrollaba una verdadera jurisdicción sobre los derechos humanos. En Aragón se avanzó un paso más con el establecimiento del Justicia Mayor, que era un Magistrado con derecho de amparo sobre las personas, que podía ejercer su protección ante violencias ejercidas por cualquier otro magistrado con facultades para revocar las sentencias. Los fueros establecieron los derechos humanos, en los de León y Cuenca, se había eximido de penas y de indemnizaciones a aquellos que al oponerse al allanamiento de sus casas mataran a los agresores. El fuero de León, prohibía la privación de la libertad sin orden de juez competente y el de Aragón establecía los principios de protección de los derechos humanos anteriores a la Carta Magna de Juan sin Tierra de 1215.

La diferencia entre del derecho floral español y la Carta Magna Inglesa, es que los derechos de propiedad, de inviolabilidad de domicilio, las garantías procesales y la libertad personal se establecían para todos los hombres del reino y no para un grupo de ellos como lo establece la Carta Inglesa de 1215, el amparo se concedía a los judíos y musulmanes que era un grupo minoritario.

Este proceso constitutivo de los derechos humanos establecido en las culturas hispánicas, francesa y anglosajona, tuvo el aporte del derecho romano renacido, del derecho canónico y los aportes de los germánicos. La influencia

³ TRAVIEZO, *Ibidem*.

se extendió no sólo al ámbito personal, sino también a la doctrina constitucional del poder, a la formación de la voluntad popular por medio de la participación, al ejercicio del autogobierno y por lo tanto a la Constitución fundacional, los dos ejes que en el futuro habrían de ser las bases para los derechos humanos: *la democracia y la autodeterminación*. Mientras se producían estos cambios externos, se iba gestando el concepto de poder estatal, con monopolio de las sanciones y la exigencia del delito como infracción a este orden estatal.

Las violaciones de los derechos humanos en estos siglos giraba en torno a las confiscaciones, es decir, el soberano, gracias al monopolio judicial que detentaba, se adueñaba de los bienes, del trabajo, de las propiedades, etc. Y el que se opusiera a esos propósitos ponía en peligro su vida, el hombre medieval debió enfrentar muchas complicaciones, pero, a través del poder de su imaginación, fue conquistando y construyendo con precio de sangre, uno a uno sus derechos, que son inalienables por el sólo hecho de ser persona humana.

EL RENACIMIENTO DEL DERECHO ROMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS.- En los siglos XI y XII se produce el renacimiento del Derecho Romano, que fue uno de los instrumentos utilizado por los reyes, e hizo que el argumento de la autoridad real se hallara justificado por principios jurídicos que en algunos casos humanizaron la solución, éste en ningún momento había muerto, estaba en vida latente y su existencia dependía de la recuperación de los instrumentos que estaban institucionalizado en: el Corpus Juris⁴, el Digesto, etc.

En los textos del Corpus Juris resurgía la tortura como una de las piezas maestras del sistema inquisitorio. La confesión, tenía fuerza probatoria suprema, el juez no debía descartar la confesión de hechos imposibles, la tortura era medio habitual para obtener la confesión, y se ejecutaba a través de diferentes formas: potro, pequeño caballete, pelota, cobertor, prueba de agua (especialmente para los juicios de brujería). En Francia, la tortura se institucionalizó en las Ordenanzas de 1498 y de 1539, a pesar de lo cual se produjeron algunas decisiones judiciales en las que se rehusaban tomar en

⁴ Eran textos donde estaban plenamente identificadas las formas a ser utilizadas por el rey o juez para obtener confesiones.

cuenta las confesiones obtenidas por la tortura. La humanización de los procesos y las garantías procesales penales, surgieron en el siglo XVII y XIX. Hasta aquel momento, el derecho natural actuó como gran moderador y protector del proyecto de los derechos humanos.

El DERECHO CANONICO Y LOS DERECHOS HUMANOS.- Es necesario primero analizar la influencia de la Iglesia Católica en la Edad Media, ésta se extendió en una mutua confusión entre el poder religioso y el secular, y se centralizó en la institución del papado que ejerció y ejerce el gobierno de la Iglesia, hasta la actualidad. El cristianismo tuvo una considerable influencia en la génesis y establecimiento de los derechos humanos. La base para la aplicación de los principios de defensa de la persona humana, fue sin duda el *derecho natural*, adaptado por las influencias de los griegos, el pragmatismo romano y las enseñanzas del Evangelio, todos actuando en forma conjunta y concertadamente.

La acción de la iglesia en los derechos humanos en la época escolástica, se refleja en dos ámbitos: el primero es del derecho natural y con fundamento en éste la consideración sobre la justicia o injusticia de las guerras. Los Padres de la Iglesia, consideraban a la ley natural superior a la ley humana, y en el sistema tomista, la ley, el derecho y la moral permanecen indivisos, criterio que se ha mantenido hasta la actualidad; el segundo ha sido el tema de la llamada guerra justa, tomando en consideración que la guerra constituye la máxima violación de los derechos humanos, y generalmente el no respeto de los mismos, pero se ha esgrimido los argumentos de la guerra justa para legitimar las peores atrocidades en los conflictos bélicos.

La INQUISICION Y LOS DERECHOS HUMANOS.- A principios del siglo XIII, la Iglesia tuvo que enfrentarse ante distintos puntos de vista con respecto al dogma, denominados herejías⁵, éstas eran muy frecuentes en la Edad Media, tuvieron sus efectos más notables en Francia y en España, hasta ese momento la lucha contra la herejía no tenía un marco institucional, la idea de la convivencia entre personas de diferentes creencias era imposible, las

⁵ Se ha definido como un crimen de lesa majestad divina, que consiste en el rechazo consciente de un dogma, o en la firme adhesión a una secta, cuyas doctrinas han sido condenadas por la Iglesia como contrarias a la fe.

posiciones entre la Iglesia y los herejes eran mutuamente excluyentes, la sociedad medieval sólo admitía ortodoxamente la unidad y la homogeneidad. La inquisición cuya denominación completa es “inquisitio haereticae pravitatis”⁶ se desarrolló con más intensidad en Francia y España, con características propias para cada país, por la politización y sus objetivos nacionales internos, pero sus metodologías eran similares. No había ningún procedimiento de defensa y se usaba la tortura para obligar a confesar al acusado, las torturas que se aplicaban era: el hambre, el aplastamiento de dedos en un torno y obligación de beber grandes cantidades de agua, luego de la confesión se dictaba la respectiva sentencia, pero en caso de que el acusado no se arrepintiera o incurriera en nuevas herejías, la condena era la hoguera y lo quemaban vivo. Todas las torturas y ejecuciones eran realizadas por laicos.

Los excesos de la inquisición en Francia, fueron igualados en España, allí fue el medio más eficaz para asegurar la autoridad y la unidad del reino, en España se desarrolló y se estableció unido al poder real durante el reinado de los Reyes católicos Isabel y Fernando de Aragón, que le institucionalizaron denominándole Santo Oficio. La polémica sobre la utilización de éste método todavía permanece, la tragedia de la inquisición siempre estará presente, porque fue considerada como una institución vital, porque los reyes se aprovecharon de dichas creencias para consolidar o acrecentar su poder, pero el retroceso ha sido inevitable, la humanidad comenzó a considerar que “el fin justifica los medios”⁷.

La historia de la civilización tiene características acumulativas, y por ella al cometer nuevos excesos, admitir su ejecución o tolerar injusticias por mínimas que sean, es cometer mayores injusticias. Estas injusticias y violaciones de los derechos humanos fueron admitidas, toleradas, encubiertas o ejecutadas por muchos cientos de años y por último ferozmente multiplicadas en el siglo XX.

La *CARTA MAGNA DE 1215, ESTATUTO DE OXFORD. PARLAMENTO Y DERECHOS HUMANOS*.- En 1215, sucedió la rebelión de los señores, que los llevó a ocupar Londres, con el propósito de obtener garantías y derechos, por lo

⁶ *Inquisición de la perversidad herética*

⁷ *MAQUIAVELO, Nicolás, B. “El Príncipe”*

que Juan sin Tierra pactó con los amotinados y juró la Carta Magna. Esta ha sido calificada como uno de los instrumentos jurídicos más importantes para el establecimiento de los derechos humanos, en sus normas establecían serias limitaciones al poder real. La Carta Magna estableció el principio de que la pena es el resultado de una ley anterior y fundamentada a una sentencia dictada en forma legal, los hombres libres no podían ser detenidos sino en cumplimiento de normas y sentencias, se consagró la libertad de la Iglesia, la libertad personal, el derecho de propiedad y las garantías procesales, para el cumplimiento de esto, se constituyó una especie de comisión fiscalizadora, que tenían la atribución de velar lo expuesto.

La Carta Magna señaló el fin de una época y el principio de otra, los siglos posteriores, los de la Europa de fines del siglo XV, del Renacimiento y de los viajes y descubrimientos abrieron nuevos espacios en el plano científico y artístico; todo dentro de una combinación de excesos, destrucciones y construcciones de nuevos derechos humanos, cada vez más extensibles a la mayor cantidad de personas.

1.3 LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS SIGLOS XIV Y XV

Los *DERECHOS HUMANOS EN LOS SIGLOS XIV Y XV*.- La guerra de los cien años fue el conflicto europeo más grave entre Francia e Inglaterra, concluyó en 1453, cuando en el mundo se estaba produciendo cambios profundos en las ciencias, las artes y se empezaba a develar la geografía con los descubrimientos. Alemania se había desmembrado, lo propio sucedía en Italia, era un mundo conflictivo, los hombres de la época no advirtieron que terminaba la Edad Media, en materia de derechos humanos, todavía no se había consolidado el principio de la tolerancia religiosa y ello provocó los procesos de reforma, contrareforma, con luchas religiosas que traslucían violaciones profundas de los derechos de pensamiento y conciencia.

Los tiempos modernos, no sólo se limitaron a desarrollar las artes, las ciencias, sino también ampliar el horizonte del ser humano; y además a extender universalmente los derechos, pero paradójicamente también a cometer

constantes violaciones a estos, cada vez más atroces, y dando justificaciones cada vez más sofisticadas y explícitas.

1.4 LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS TIEMPOS MODERNOS

Abarca el período comprendido desde el siglo XV hasta el XVIII, es decir, desde la caída de Constantinopla hasta la toma de la Bastilla, en la Revolución Francesa. El hombre común se dio cuenta de que algo nuevo estaba pasando, cuando comenzó a adquirir bienes y a tener el control económico, luego conquistó sus derechos y libertades pero todavía eran limitadas. Los tiempos modernos fueron tiempos de cambios profundos para los derechos humanos, desde el punto de vista filosófico, jurídico, político, social, cultural, etc. Filosóficamente, los derechos humanos pasaron de la metafísica a la realidad, lo que se ha denominado derecho natural racionalista, con una nueva religión adoradora de la diosa razón.

Otros cambios fueron la secularización, luego de las luchas religiosas con una tolerancia lentamente instalada en la sociedad; los cambios de la positivización, con una pretensión de que para los derechos humanos surgieran declaraciones expresas, como para no olvidarlos, y finalmente el cambio sustancial en las garantías penales y procesales. Además de los cambios en la esfera individual, en ésta época nació el Estado receptor de los derechos humanos. Este Estado requirió reglas, algunas de las cuales ya estaban formuladas, pero que significaron la conquista de los derechos del pueblo, es decir la participación individual en el Estado, por medio de la participación popular, base de la democracia sin la cual no hay derechos humanos. Estos cambios, fueron costosos y se pagaron con sangre y vidas, y de ello se desprende un principio aplicable a todas las épocas; el tránsito a la modernidad siempre es doloroso.

El derecho natural es tal vez la base de todo pensamiento político occidental, puesto que en torno a él surgen y operan las tres grandes formas de dominación política: la ciudad-Estado de la Antigüedad, la comunidad internacional del Medioevo y el Estado nacional del Renacimiento hasta hoy. Marsilio de Padua decía que “según Aristóteles el derecho natural no es más

que esa parte del derecho positivo que se reconoce y se observa en cualquier lugar”⁸ algo así como ese fondo común de las leyes humanas que parece ser eterno tan sólo porque dura largo tiempo y que rige en muchos países. Como realidad material o como metáfora, esa normatividad esencial profunda que se confunde con la racionalidad propia de la especie humana, es una invención estoica que no sólo inspira las doctrinas contractualistas, sino que alienta detrás de las más recientes formulaciones del “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Las primeras palabras de la Declaración Universal de 1948 tiene un fuerte sabor a jusnaturalista, el Art. 1 dice: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, se evidencia la resonancia del cosmopolitismo clásico y del contractualismo moderno, porque la libertad y la igualdad no son hechos sino ideales, no son realidades materiales sino valores éticos, no pertenecen al mundo del ser, sino al mundo del deber ser. Y el derecho natural es el conjunto de ideales o valores en la medida en que se coloca por encima de las leyes ordinarias y se convierte en el criterio de la justicia de estas normas y de todas las decisiones y actuaciones de los gobernantes.

El carácter revolucionario del derecho natural se pone de manifiesto en las guerras de la religión, los conflictos armados provocados por la Reforma protestante y la violenta represión con la cual intentaron sofocar la Iglesia católica y las monarquías absolutas, ante la intolerancia y la persecución desatadas por la religión oficial, las nuevas iglesias y sectas protestantes encontraron en el viejo discurso jusnaturalista un conjunto de recursos dialécticos para defender su derecho a existir y practicar sus creencias sin restricciones.

Los opositores de la ortodoxia católica y del absolutismo, produjeron una vasta literatura panfletaria en la cual reivindicaban el derecho de resistencia a la opresión y la libertad de conciencia y religión como derechos naturales de todos

⁸ STRAUSS, Leo, *Persecución y arte de escribir y otros ensayos de filosofía política*, Ediciones Alfons el Magnànim, Valencia 1996, pag. 143

los individuos. Estos fueron los primeros derechos humanos específicamente proclamados y reclamados en la historia occidental. Esto no resulta superficial o de menor importancia porque corresponde a las minorías religiosas que eran perseguidas y que buscaban en los Estados nacionales europeos un lugar donde permanecer, en palabras Norberto Bobbio indicaba:

“La afirmación de los derechos humanos deriva de un cambio radical de perspectiva, característica de la formación del Estado moderno, en la representación de la relación política, es decir, en la relación Estado-ciudadano o soberano-súbdito; relación que es más observada cada vez más desde el punto de vista de los derechos de los ciudadanos y no de los súbditos, antes que desde el punto de vista de los poderes del soberano, en correspondencia con la visión individualista de la sociedad según la cual para comprender la sociedad hay que partir de la base, es decir de los individuos que la componen, en oposición a la tradicional concepción orgánica según la cual la sociedad como todo está antes que los individuos. El cambio de perspectiva, que se convierte desde entonces en irreversible, es provocado principalmente por las guerras de religión que se producen al inicio de la Edad Moderna, a través de las cuales se afirma el derecho de resistencia a la opresión, que presupone un derecho todavía más sustancial y originario, el derecho del individuo aislado a no ser oprimido, es decir a gozar de ciertas libertades fundamentales porque son naturales, y naturales porque pertenecen al hombre en cuanto tal y no dependen del beneplácito del soberano, siendo la principal la libertad religiosa”⁹

Un hecho de gran trascendencia fue la consolidación del Estado nacional, de los derechos humanos y de la democracia, la crítica del antiguo régimen y el diseño del nuevo orden no son factibles más que a partir de la distinción estratégica entre dos sistemas normativos, el derecho positivo y el derecho natural, de tal manera que el primero sólo resulta legítimo si acata los lineamientos del segundo, y cuando las Leyes escritas del Estado entran en contradicción con las Leyes no escritas de la humanidad, la obediencia cede su

⁹ BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*, pág. 96 y ss., Sistema Madrid 1991.

lugar a la resistencia e incluso a la rebelión de los pueblos, que puede llegar incluso hasta el tiranicidio si la eliminación física del gobernante es el único medio para establecer o restablecer el imperio del derecho natural, según se considere que el reino de la justicia se encuentre al comienzo o al final de la historia humana.

Es el punto de partida de la concepción revolucionaria que explica las experiencias de fundación nacional y reforma radical cumplidas en América del Norte en 1776 y Francia en 1789, sin las cuales no podríamos hablar actualmente de las libertades fundamentales.

El Estado y el derecho no son prolongaciones naturales de una sociedad orgánica sino construcciones artificiales de los individuos libres que acuerdan entre sí la mejor manera de estructurar y administrar su ineludible convivencia, su insociable sociabilidad.

El contrato social aparece como la piedra de toque en el tránsito del estado de naturaleza donde los individuos se devoran unos a otros según Hobbes o gozan de libertades idílicas según Locke y Rousseau, al Estado de sociedad, donde el Estado es el delegado o diputado de la sociedad para la conservación de las vidas y los derechos de todos, hay que imaginar el orden social como si se hubiera originado en el consenso general, como si en el principio todos hubiesen celebrado un contrato para poner fin a la guerra civil o para delegar sus libertades en una administración pública.

Resulta tan estrecha la relación entre la defensa del derecho de resistencia a la opresión y la adhesión a la teoría del contrato social que se ha llegado a afirmar que adquiere contornos rigurosos como la ocurrida la Noche de San Bartolomé, la infame masacre del 24 de agosto de 1572 en París, que señaló el comienzo de las guerras de religión en Francia y que permanece en la memoria humana como uno de los símbolos supremos de la barbarie en Nombre de Dios¹⁰.

¹⁰ BLOCH, Ernst, *Derecho natural y dignidad humana*, pág. 86, Editorial Aguilar, Madrid 1980.

2.- LAS DECLARACIONES DE DERECHOS

Aunque se considera que los documentos fundacionales de los derechos humanos son las que se proclaman en las décadas finales del siglo XVIII, casi todos pertenecen a la historia anglosajona. Hay que recordar la Carta Magna de 1215 que se habló muy brevemente en el numeral anterior, otorgada al rey Juan sin Tierra, ante la presión de los barones feudales y en la cual se incluye la primera versión de algunas garantías procesales muy apreciadas como el *Hábeas Corpus* y el juicio por jurados, y *la Petition of Rights* de 1628, el *Hábeas Corpus Act* de 1679 y *la Declaración of Rights* de 1689, que traducen el proceso de surgimiento y consolidación del régimen parlamentario británico en el terreno de las libertades ciudadanas, paralelamente, en la experiencia norteamericana, “la fundación de la colonia de Rhode Island por Roger Williams en 1636 como asilo de todos los perseguidos por sus creencias”, las constituciones y cartas de las otras doce colonias que se establecieron en los siguientes años, incluyen parecidas reivindicaciones de libertad religiosa y soberanía popular, y la Declaración de Derechos de Virginia en 1776, que según el jurista alemán Georg Jellinek, en una polémica tesis publicada en 1896, influyó tanto o más que la propia Declaración de Independencia en la proclama revolucionaria francesa de 1789.

Una declaración es la revelación de lo que ya existe, de lo que está ahí, en la conciencia individual o en la historia colectiva, como un valor intrínseco cuya sola exposición enriquece la vida o asegura el progreso. La promulgación solemne de los derechos de un pueblo o de la humanidad entera no es un simple gesto retórico, sin consecuencia materiales, toda codificación de libertad es sí misma un avance cualitativo por cuanto pone en evidencia las dos funciones del derecho: la instrumental y la simbólica, el derecho se propone no sólo inducir una conducta mediante la aplicación de una regla coactiva, sino además enjuiciar lo existente a partir de un valor ético; lo cual se logra casi siempre al conferir a la situación un carácter ritual o simbólico. Expedir una declaración de derechos implica cumplir dos propósitos a la vez: facilitar la expresión y actuación automáticas de los individuos y de la sociedad civil frente al Estado e incluso contra el Estado, que es la finalidad instrumental o pragmática de cualquier regulación sobre derechos subjetivos o grupales; y establecer una utopía normativa que sólo opere como

polo de atracción de las relaciones sociales, sino que también dramatice la distancia entre la realidad y la norma, entre la vida cotidiana y el horizonte valorativo, y tal es la finalidad simbólica o ritual de este tipo de legislación. Las declaraciones del siglo XVIII son una obra de arte para la prosperidad, los más altos principios y las más elevadas metas, de suerte que sirvieran de modelo obligado para las constituciones y leyes posteriores, y de inspiración permanente para gobernantes y gobernados.

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos, suscrita el 4 de julio de 1776, incluye la búsqueda de la felicidad como valor supremo de la nueva república, al lado de la vida y de la libertad, con lo cual se introduciría una idea inédita en el mundo¹¹. Y la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada el 26 de agosto de 1789, gira en torno a las grandes metas de la libertad, la igualdad y la fraternidad, que aún hoy, constituyen el más ambicioso de todos los proyectos políticos.

La Declaración consta de un preámbulo y diecisiete artículos, recoge cuatro derechos naturales e imprescriptibles, además de otras cinco garantías fundamentales y de cuatro principios básicos de organización constitucional. El preámbulo, en una fórmula célebre que no ha sido superada, sostiene: *“la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos”* y agrega que tales derechos son *“naturales, inalienables y sagrados”*, en un explícito reconocimiento de la estirpe jusnaturalista de sus autores. Los derechos naturales e imprescriptibles cuya conservación es la finalidad de toda asociación política, son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (Art. 2); las garantías fundamentales son la igualdad (Art. 1); la participación en la formación de la ley (Art. 6); el derecho al debido proceso judicial (Arts. 7, 8 y 9); la libertad religiosa (Art. 10); la libertad de expresión (Art. 11) y la participación en las contribuciones públicas (Art. 14). Y los principios básicos de organización constitucional conciernen a la soberanía nacional (Art. 3); la fuerza pública (Art.12); las contribuciones públicas (Art. 13) y la consagración normativa de los propios derechos humanos y de la separación de poderes (Art. 16); La fórmula empleada por la Declaración de 1789, también se ha convertido en la definición

¹¹ VALENCIA V, Hernando, *Los Derechos Humanos*, Editorial Acento, Madrid 1998, pág. 28

canónica de los dos grandes componentes de toda Constitución digna de su nombre *Bill of Rights* o parte dogmática y *Rule of Law* o parte orgánica, toda sociedad en la cual la garantía de estos derechos no está asegurada ni determinada la separación de poderes no tiene constitución.

En la Constitución norteamericana de 1787, se incorpora la libertad religiosa y separación entre la Iglesia y el Estado (Art. 1); libertad de expresión y derecho de reunión (Art. 1); derecho a portar armas (Art.2); garantías procesales (Arts. 4, 5, 6 y 7) y proscripción de castigos e inusuales (Art. 8). Es importante anotar que las enmiendas o cambios se hacen al final del texto o se insertan en él, el primero es típico de la tradición estadounidense, el instrumento original permanece incólume y se convierte en único, con lo cual aumenta su legitimidad inicial, en el segundo es característico de la tradición de los países latinoamericanos, el documento se modifica con las inserciones sucesivas de manera que su legitimidad inicial tiende a reducirse, por ello se desprende el prestigio mítico de la Constitución de los Estados Unidos como el más antiguo y duradero de los códigos políticos, pues consideran que la voluntad de sus fundadores no ha cambiado en más de doscientos años, pese a las veinticinco adiciones de que ha sido objeto la de Filadelfia de 1787, en contraste con la de Latinoamérica y de otras regiones del mundo, que resulta tan precario en la medida en que la codificación original desaparece y se convierte muchas veces en una mezcla irreconocible de influencias ideológicas y políticas, con el consiguiente déficit de legitimidad para los regímenes de dichas cartas.

La Asamblea General adoptó y proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948: *como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.* Votaron a favor de la Declaración 48 Estados; no hubo ningún voto en contra, y se abstuvieron ocho Estados. Era la primera vez que una comunidad organizada de

naciones había formulado una declaración de los derechos y libertades fundamentales del ser humano.

La Declaración consta de un preámbulo y 30 artículos en que se exponen los derechos humanos y las libertades fundamentales a que tienen derecho los hombres y mujeres de todo el mundo, sin discriminación alguna. El Art. 1, en que se enuncian los postulados filosóficos en que se basa la Declaración dice lo siguiente: *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.* El artículo define así los supuestos básicos de la Declaración: que el derecho a la libertad e igualdad es un derecho innato e inalienable de las personas; y que por su carácter de ser racional y moral el hombre difiere de otros seres de la Tierra y, en consecuencia, tiene ciertos derechos y libertades de que no disfrutaban otros seres.

En el Art. 2, se establece el principio básico de la igualdad y la no discriminación con respecto al disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

En el Art. 3, primer elemento fundamental de la Declaración, se proclama el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, derecho esencial para el disfrute de todos los demás derechos. Este artículo es el punto de partida para la serie de artículos, del 4 al 21 en que se enuncian otros derechos civiles y políticos, tales como el derecho a no estar sometido a esclavitud ni a servidumbre; el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho del ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica en todas partes; el derecho a un recurso judicial efectivo; el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado; el derecho a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial; el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad; el derecho de toda persona a no ser sujeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia; el derecho a la libertad de circulación y de residencia; el derecho de asilo; el derecho a la libertad

de circulación y de residencia; el derecho de asilo; el derecho a una nacionalidad; el derecho a casarse y fundar una familia; el derecho a la propiedad; la libertad de pensamiento, conciencia y religión; la libertad de opinión y expresión; el derecho de reunión y de asociación pacíficas; el derecho a participar en el gobierno del propio país y el derecho de igual acceso a las funciones públicas en su propio país.

El Art. 22, es otro elemento fundamental de la Declaración, es el punto de partida para los artículos 23 al 27, en que se exponen los derechos económicos, sociales y culturales que asisten a toda persona *como miembro de la sociedad*. Se califica a estos derechos de indispensables para la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad y señala que se han de realizar *mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional*. Al mismo tiempo destaca las limitaciones de esa realización, cuyo logro depende de los recursos de cada Estado. Entre los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en los artículos 22 al 27 se cuenta con el derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo, el derecho a un salario igual por un trabajo igual, el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre, el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure la salud y el bienestar, el derecho a la educación y el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad.

Los artículos finales, 28 al 30, reconocen que toda persona tiene derecho a un orden social e internacional en que se realicen plenamente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales enunciados en la Declaración y destaca los deberes y las responsabilidades de cada individuo para con su comunidad. En el Art. 29 se declara que *en ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática*. En ningún caso los derechos humanos y libertades fundamentales podrán ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. En el Art. 30 se destaca que la Declaración no confiere a ningún Estado, grupo o personas derecho alguno para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades

proclamados en este instrumento. La Declaración Universal ha sido desde 1948, y sigue siendo hasta ahora, la más importante y amplia de todas las declaraciones de las Naciones Unidas y la fuente que inspira los esfuerzos nacionales e internacionales por promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y ha sentado las bases filosóficas de muchos otros instrumentos internacionales obligatorios encaminados a proteger los derechos y libertades que proclama.

3.- LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares y alcanzan la categoría de universales, en su formulación, las libertades fundamentales se predicen en la humanidad, en la medida en que se deducen de la naturaleza humana y se codifican en declaraciones universales o proclamas revolucionarias. La moral cede el paso a lo político y lo universal desciende a lo nacional durante la segunda etapa de esta evolución, en que se dictan numerosas constituciones políticas en los Estados nacionales, que incluyen títulos o capítulos especiales sobre los derechos fundamentales, de conformidad con el precedente canónico sentado por la Revolución Francesa. Y la tercera etapa tras la Segunda Guerra Mundial y con el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas, los derechos humanos continúan siendo recogidos en instrumentos jurídicos de carácter positivo, pero ya no se trata sólo de constituciones y leyes nacionales sino también de declaraciones y convenciones internacionales.

La evolución de los derechos naturales universales a los derechos positivos particulares y de éstos a los derechos positivos universales entraña un debate terminológico que está lejos de concluir. En la actualidad, en lugar de derechos del hombre o libertades públicas, se ha impuesto la expresión de "*derechos humanos*", que "se basan en el respeto a la dignidad humana, representan las aspiraciones y conquistas más nobles de la humanidad y hacen referencia, de manera integral, a todos los aspectos de la vida humana, entendida en las condiciones históricas, sociales, políticas, económicas y culturales en que se

desenvuelve cada sociedad”¹², que se caracteriza por la pluralidad tanto de los derechos como de lo humanos, porque se entiende que la libertad es multiforme, que la diversidad es la característica distintiva y quizá constitutiva de la humanidad, y que la legitimidad misma de las libertades depende de su universalidad. Así lo han establecido en la Declaración de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos realizada en Viena en junio de 1993: "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí".

Cuando son incorporados a las Constituciones, éstas se conciben como la codificación del consenso o mejor como la cristalización del contrato social, puesto que, sus cláusulas contienen las bases del acuerdo sobre lo fundamental y permiten salir del estado de naturaleza, atravesar el umbral de la civilidad y entrar en el estado de sociedad, por ello se explica que la Constitución sea considerada como un tratado de paz ente gobernantes y gobernados, por medio del cual se pone fin a la guerra civil y se funda el orden político a través del imperio del derecho.

Mientras en el orden de la política el Estado nacional, es la medida de todas las cosas, los antiguos derechos se convierten en libertades constitucionales y se circunscriben casi por entero a los espacios donde ejerce su soberanía ese tipo de régimen, mas, cuando cobra vida, al menos parcialmente, el viejo proyecto de la comunidad de naciones, y se establecen las primeras instituciones intergubernamentales, que aparece en el período de entreguerras y sobre todo al concluir la Segunda Guerra Mundial, las libertades constitucionales vuelven a ser derechos naturales universales y se empiezan a codificar en tratados multilaterales que rigen más de las fronteras nacionales, en un ámbito externo común que es el escenarios propio de la humanidad, sin adjetivos de la familia humana sin apellidos.

La hegemonía de lo estatal-nacional, durante ciento cincuenta años que va desde 1789 hasta 1945, no fue tan absoluta porque ha tenido diferentes expresiones en la propia Revolución Francesa y sus secuelas: sobre la paz

¹² MINGA POR LA VIDA, *Memorias Segundo Taller sobre Reconceptualización y refundamentación de los derechos humanos. Quito, 16 de julio de 1994.*

perpetua, de 1795, en el internacionalismo asociado al socialismo europeo y en los orígenes del moderno derecho humanitario, hacia mediados del siglo XIX, sin embargo hay que esperar a los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 sobre derecho de la guerra, a la fallida Sociedad de las Naciones en 1919, al Pacto Briand-Kellog sobre proscripción de la guerra en 1928 y sobre todo a la Carta de las Naciones Unidas de 1946 y a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, para determinar una tercera etapa y la última fase de la evolución política y jurídica del discurso de los derechos humanos, Bobbio se pregunta: *“Así como las declaraciones nacionales [de derechos] fueron el presupuesto necesario para el nacimiento de las democracias modernas, ¿la Declaración Universal de Derechos Humanos no es por fuerza el presupuesto de la democratización del sistema internacional, del cual depende el final del sistema tradicional del equilibrio, en el cual la paz, es siempre una tregua entre dos guerras, y el comienzo de una de paz estable que no tenga nunca más la guerra como alternativa?”*¹³.

La calidad humana se llama dignidad y entraña la defensa de la igualdad en el corazón de la diversidad, la reivindicación de la libertad frente a la muerte y la búsqueda de la justicia a pesar del caos, pero a diferencia de las religiones y las filosofías, la utopía de los derechos humanos se ocupa del aquí y del ahora, de cada individuo y de cada derecho como si fueran únicos, sin sacrificar a unos para proteger a otros, con la sola certidumbre de quien salva una vida, salva al mundo.

4.- EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La paz como meta de las relaciones internacionales y sus corolarios como la cooperación, la solidaridad y el desarrollo, se incorporan al derecho público externo muy tardíamente, en el período entreguerras y después de la Segunda Guerra Mundial, el reconocimiento y la protección de la persona humana por el derecho de gentes experimenta una involución, que desafía toda lógica, al producirse la sustitución de la guerra por la paz en tanto categoría central de la legislación internacional, mientras el antiguo *jus gentium* reconocía la centralidad del conflicto armado como lenguaje corriente entre las naciones e intentaba someterlo a una determinada disciplina, el moderno *jus gentium*, con su vocación

¹³ BOBBIO, *Ibidem*

por la paz y el desarrollo, no ha querido o no ha podido proscribir el arma total, se ha utilizado al derecho para servicio de los peores intereses hegemónicos y ha delegado la protección humanitaria en una rama separada, especializada en la teoría pero segregada en la práctica, del derecho internacional resulta imponente frente a la realidad de la injusticia planetaria. Se diría que el derecho internacional está dedicado a la legitimación del reparto de mundo por las grandes potencias y a la reproducción de la organización mundial surgida de la segunda postguerra, con pretexto de la seguridad, que es el valor supremo del sistema.

Así lo confirma la práctica, el derecho internacional se reduce las más veces al derecho de los tratados y de la organización mundial, como si el Estado nacional fuera el único sujeto del *jus gentium* o como si su soberanía resultase intangible, sobre todo cuando lo que está en juego es la condición de los miembros de la familia humana dentro o fuera de sus patrias, la persona tiene un estatus internacional precario al menos desde el punto de vista de la tradición jurídica dominante, por cuanto, su protección se cumple de manera residual o marginal, pero se debe tomar en consideración que el nuevo derecho internacional de la persona humana tiene que ser plenamente concebido con sus tres ramas: el derecho de los derechos humanos, el derecho de los conflictos armados y el derecho de los refugiados y apátridas, alguno de los cuales se cumple adecuadamente, cuando hablamos de los primeros encontramos las tres generaciones que son:

4.1 PRIMERA GENERACION: *DERECHOS CIVILES Y POLITICOS*

El concepto de generación, cuando se aplica a los derechos humanos, responde a dos criterios: uno histórico y otro temático, que se combinan entre sí, y se explica porque aparecen en grupos en distintos momentos de la historia contemporánea y de tal manera que cada generación incluya derechos de una misma clase. Estos aparecen en la época de las revoluciones burguesas y las guerras de independencia en Europa e Hispanoamérica, se encuentran en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y regionales como la Convención Europea de 1950 y la Convención Americana de 1969, sus principales características es: se tratan

de derechos antiguos o clásicos, cuyos orígenes se remontan a los primeros antecedentes documentales; su titularidad y ejercicio suelen ser individuales; la mayoría de ellos corresponden a las llamadas libertades negativas, de resistencia o de oposición que se definen ante todo por la actitud muchas veces abstencionista del Estado; son exigibles de manera coactiva, significa que tienen prioridad; son los únicos respecto de los cuales algunos instrumentos internacionales disponen de mecanismos de protección judicial o cuasi judicial, y en ellos se concentra la actividad internacional de derechos humanos y las ONG en particular, también reciben el nombre de fundamentales, los derechos de la primera generación esta integrada por los derechos civiles y políticos, se sigue el orden de la Declaración Universal de 1948, que es el instrumento constitucional de la misma:

1. Derecho a la libertad.
2. Derecho a la igualdad.
3. Derecho a la dignidad.
4. Derecho a la vida y a la seguridad personal.
5. Derecho a no ser torturado ni sometido a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes.
6. Derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o tráfico de seres humanos.
7. Derecho a personalidad jurídica.
8. Derecho a la justicia.
9. Hábeas corpus o derecho a no ser arbitrariamente arrestado o detenido.
10. Derecho de defensa o garantía de debido proceso judicial.
11. Presunción de inocencia.
12. Derecho a la intimidad o privacidad.
13. Libertad de circulación y de domicilio.
14. Derecho de asilo
15. Derecho de nacionalidad.
16. Derecho de matrimonio y a la familia.
17. Derecho de propiedad privada.
18. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
19. Libertad de opinión y de expresión.
20. Derecho de reunión y de asociación.

21. Derecho de participación (sufragio y acceso a la función pública).

Estas garantías forman el núcleo de la primera generación. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluye el derecho a la libre determinación de los pueblos, los derechos de los detenidos y condenados, los derechos de los niños y niñas y los derechos de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas. Y la convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica, adoptado por la Organización de Estados Americanos, añade el derecho a la integridad personal, el derecho a la rectificación o respuesta y el derecho al nombre.

Lo importante es advertir que las libertades civiles y políticas son las que hacen posible la vida en sociedad y su vigencia efectiva establece la diferencia entre la barbarie y la civilización, de ahí que se consideren coactivamente exigibles de todo Estado que pretenda formar parte de la comunidad internacional, y que se haya convertido durante las últimas décadas en materia litigiosa de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales especializadas en derechos humanos dentro y fuera de los países. También forman parte de este grupo, las garantías contenidas en una serie de instrumentos internacionales y regionales de carácter especializado que se han expedido desde mediados de siglo para la protección de ciertas poblaciones vulnerables o para la represión de ciertas prácticas repudiables.

En el ámbito mundial, pueden mencionarse la Convención sobre prevención y sanción del delito de genocidio de 1948, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, la Convención sobre represión y castigo del crimen del apartheid de 1973, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, y la Convención sobre los derechos del niño de 1991. Y en el ámbito interamericano la Convención Americana sobre la tortura de 1985, el Protocolo facultativo a la abolición de la pena de muerte de 1990, la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas de 1994 y la convención Interamericana sobre la violencia contra la mujer.

4.2 SEGUNDA GENERACION; *DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES.*

Los derechos sociales, económicos y culturales, resultan de las revoluciones nacionalistas y socialistas que reemplazaron el Estado gendarme por el Estado de bienestar y sancionaron la irrupción de las masas en la sociedad contemporánea, estos están asociados a un conjunto de fenómenos y procesos de modernización social, económica, política y cultural que viven muchos países occidentales y algunos orientales, a partir de las primeras décadas de este siglo, entre ellos: la revolución mexicana de 1910, la revolución soviética de 1917, la revolución alemana de 1919; la república española de 1927, la gran depresión o quiebra del capitalismo norteamericano de 1929, y de manera general la insurgencia del socialismo en Europa y la crisis del capitalismo en la mayor parte del mundo, que vienen acompañadas de profundas agitaciones sociales e intelectuales y desembocan en una nueva configuración de los regímenes políticos y sus instituciones jurídicas. Hay que indicar que las nuevas libertades sociales no resultan exclusivamente de la operación de un solo factor como la acción reivindicativa de los sindicatos obreros y los partidos izquierdistas o la visión estratégica de los gobernantes y los empresarios, sino más bien del compromiso forzado entre unos y otros ante el empuje de la crisis, al igual que de la influencia ambiental de las ideas socialistas y socialdemócratas.

En la actualidad, los instrumentos pertinentes en lo internacional son: la Declaración Universal de 1948 en siete de sus artículos finales y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en lo regional la Carta Social Europea de 1961 y el Protocolo de San Salvador de 1988, adicional a la Convención Americana. En contraste con los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales presentan las siguientes características: son moderados en su concepción y formulación, su ejercicio es en último término individual, pero su titularidad oscila entre lo individual y lo colectivo, como en el caso de los derechos de la familia; forman las llamadas libertades positivas o de participación o poderes, pues su práctica reclama la acción material del Estado; son de realización progresiva, ya que su ejercicio depende de la disponibilidad de recursos

estatales y societarios; no pueden ser exigidos por la vía judicial; y no pertenecen a la agenda contenciosa de la comunidad humanitaria sino a la gestión de las ONG de cooperación y desarrollo, éstos derechos son:

1. Derecho al trabajo.
2. Derecho a condiciones de equidad, dignidad, seguridad e higiene en el trabajo.
3. Derecho de asociación sindical, de huelga y de negociación colectiva.
4. Derechos a la protección especial de las madres trabajadoras y los menores trabajadores.
5. Derecho a la seguridad social.
6. Derecho a la calidad de vida.
7. Derecho a la salud.
8. Derecho a la educación.
9. Derecho a la cultura, el arte y la ciencia.

Además, a este grupo pertenecen: la Declaración Universal, el derecho a un orden social (e internacional) propicio para la práctica de todas las libertades; según la Carta Social Europea, el derecho a la orientación y a la formación profesionales, el derecho a la asistencia médica, el derecho a los servicios sociales y el derecho a la protección especial de los minusválidos y de los trabajadores extranjeros; y según el Protocolo de San Salvador, el derecho al medio ambiente sano, el derecho a la alimentación y el derecho a la protección especial de los ancianos. Pero la sola idea de derechos sociales supone la existencia de un Estado benefactor o intervencionista que reconozca obligaciones de contenido económico a favor de los particulares en general y de ciertos grupos en especial, y cumpla con ellas.

Si hay prosperidad económica y un Estado de derecho de carácter democrático, el proceso político facilitará el cumplimiento de las promesas implícitas en las libertades socioeconómicas; si hay, por el contrario como ocurre por desgracia en las dos terceras partes del planeta, injusticia socioeconómica, analfabetismo político y despotismo o corrupción estatal, la vida pública se degradará al punto de impedir o aplazar la satisfacción de los derechos sociales.

Se podría concluir diciendo que la primera generación de derechos demanda virtudes políticas tales como la imparcialidad, tolerancia y transparencia, mientras que la segunda generación exige virtudes sociales tales como; generosidad, equidad y solidaridad, la distancia entre las dos no es cuestión de presupuesto o de legalidad, sino también y sobre todo de humanidad y de moralidad.

4.3 TERCERA GENERACION: *DERECHOS COLECTIVOS Y DE LOS PUEBLOS*

Se trata de reivindicaciones muy recientes, que se remontan a la época de la guerra fría y de la descolonización africana, es verdad que desde la época de la primera postguerra mundial se habla ya de protección jurídica internacional de las minorías, y tiene que ver con las aspiraciones compartidas por las poblaciones más o menos definidas, por esta razón no existe instrumento internacional alguno que codifique los derechos de la tercera generación, las que promueven son las ONG.

Los derechos colectivos tienen las siguientes distinciones: son contemporáneos, ya lo dijimos no están codificados; tanto en su titularidad como su ejercicio son colectivos; se trata de libertades comunitarias o de solidaridad, que pretenden la protección de bienes comunes que a veces trascienden las fronteras nacionales y que exigen del Estado el cumplimiento de ciertas prestaciones; no son justiciables o exigibles a través de la justicia; no implican necesariamente obligaciones de contenido económico en cabeza del Estado; y su defensa se traduce casi por entero en presión política y discurso ideológico, con excepción de alguna actividad litigiosa observable en los campos de medio ambiente y de las minorías étnicas.

Si se cotejan la Declaración Universal de 1948, los dos Pactos Internacionales de 1966, la Carta Social Europea de 1961 y el Protocolo de San Salvador de 198, puede encontrarse los derechos de la tercera generación:

1. El Derecho a un orden internacional apto para los derechos humanos.

2. El Derecho a la libre determinación de los pueblos y a la libre disposición de sus riquezas y recursos naturales.
3. El Derecho de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a su cultura, a su religión y a su lengua.
4. El derecho de los trabajadores migrantes a trabajar en otros países bajo condiciones dignas y justas.
5. El derecho al medio ambiente sano.

Se ha empezado a proliferar los convenios y tratados sobre cuestiones ecológicas específicas, biodiversidad, cambio climático y la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, adoptada en Río de Janeiro en junio de 1992, puede ser vista como punto de partida de una codificación general del nuevo derecho ambiental internacional, lo importante es que toda la humanidad reconozca su deber de respetar todas las formas de vida sobre la Tierra, evitar al máximo la crueldad con los animales y utilizar los recursos naturales con responsabilidad y solidaridad. Se escuchan voces a favor de una cuarta generación de derechos que acojan los hipotéticos derechos de la naturaleza y sus especies no humanas, y los derechos de las generaciones futuras a disfrutar de una casa común en condiciones decorosas y productivas, pero esta muy lejos de ser una realidad.

Los procesos de globalización económica, tecnológica y cultural, que coexiste con los procesos de violencia política, étnica y religiosa en todo el planeta, confieren gran importancia práctica a los derechos colectivos y de los pueblos, visto como sociedad de masas, aldea global, universo virtual, guerra civil o caos funcional, el mundo del futuro será tanto de colectivos como de individuos, por lo que la dignificación de las poblaciones cobrará igual o mayor importancia que el de las personas.

CAPITULO II

SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS

Cuando se habla de sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, nos viene a la mente el concepto de violación de derechos humanos, puesto que, a partir de ello, se configura la responsabilidad internacional exigible en un momento y en un lugar determinados. ¿Quién viola los derechos humanos? Es la pregunta a la cual se intenta responder mediante la formulación y puesta en marcha de los sistemas de protección, pero, hasta hoy, la postura prevaleciente en la mayoría de los organismos y foros internacionales, tanto intergubernamentales y no gubernamentales (Amnistía Internacional) es que, sólo los *Estados* violan los derechos humanos. Esto se debe a tres razones fundamentales:

- 1.- Porque el Estado es quien negocia, suscribe y ratifica los instrumentos jurídicos por medio de los cuales se reconocen tales derechos,
- 2.- Porque únicamente el Estado puede ser considerado responsable legítimo de la salud pública de sus ciudadanos;
- 3.- Porque tan sólo las violaciones de derechos humanos imputables a agentes estatales generan responsabilidad jurídica internacional.

Pero se ha abierto el debate necesario en torno a la posibilidad de que, sujetos distintos al Estado, como los grupos guerrilleros en países que padecen conflictos armados internos de carácter crónico, puedan considerarse como responsables de violaciones de los derechos humanos de la población civil no combatiente; sin embargo, sería menester otorgar algún tipo de reconocimiento internacional a dichos sujetos no estatales para hacer efectiva su responsabilidad internacional, caso contrario, se hablará únicamente de infracciones graves al derecho humanitario y no de violaciones de los derechos humanos, porque los ejércitos irregulares o grupos subversivos carecen de personería jurídica internacional y constituyen un desafío para ciertos Estados, los cuales pueden reprimirlos por medios policiales y judiciales propios del constitucionalismo democrático.

Los horrores de la Segunda Guerra Mundial y la conciencia que despertaron sobre la relación existente entre el respeto a la dignidad humana y a la paz, permitió que los Gobiernos de Estados Unidos, del Reino Unido, de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, y, el gobierno provisional de Francia, (los vencedores de la guerra, los aliados), firmen, el 8 de agosto de 1945, un acuerdo mediante el cual crearon el *Tribunal Militar Internacional de Nuremberg*, en que aún no se firmaba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuya finalidad era el juzgamiento y sanción de criminales de guerra nazis. La jurisdicción de este tribunal recaía sobre personas naturales que, de manera individual, o como parte de una organización hubieren cometido los siguientes delitos:

- *Delitos contra la paz*: planificación, preparación, desencadenamiento o participación en una guerra agresiva o en una guerra que viole los tratados, acuerdos o compromisos internacionales, o la participación en un plan o conspiración.
- *Crímenes de Guerra*: aquellos que violaren leyes y costumbres de guerra, incluyen la muerte, la tortura o la captura de la población civil de los territorios ocupados para someterla a la esclavitud o con otros propósitos, el asesinato o la tortura de los prisioneros de guerra o de personas en alta mar, el asesinato de rehenes, la expropiación de la propiedad pública o privada, la destrucción de pueblos y ciudades, la devastación injustificada por necesidades militares y otros crímenes.
- *Crímenes de lesa humanidad*: el asesinato, la aniquilación, la subyugación, la deportación y otras crueldades perpetradas contra la población civil antes de la guerra o durante la misma; o, la persecución por razones políticas, religiosas o raciales, con la intención de cometer un delito, o, en relación con cualquier delito sujeto a la jurisdicción del Tribunal, sin considerar si esas acciones constituían o no, violación de la Ley en el país implicado.

La responsabilidad penal individual comprende tanto a la persona que planifica, instiga, ordena o ejecuta alguno de los actos delictivos. Aparece, además, una norma de suma importancia que establece que, el cargo oficial del acusado ya sea como Jefe de Estado o funcionario de gobierno no lo libera de responsabilidad ni atenúa la pena. Este Tribunal podía llegar a declarar a una organización a la que perteneciera como "*organización criminal*" y el ser miembro, era suficiente para ser juzgado por cortes nacionales. Sólo para este Tribunal se contemplaba la pena de muerte como sanción a los criminales de guerra, éste es el primer antecedente a nivel de la comunidad

internacional de juzgamiento de responsables de delitos muy graves, y ha ido abriendo paso a lo que actualmente es la legislación internacional, la creación del Tribunal de Nuremberg fija un precedente, y es el haber pasado por sobre el Principio de Irretroactividad de la Ley Penal, es decir, al haberse juzgado a los responsables de delitos de cuando fueron cometidos no se encontraban tipificados como tales, no obstante, la gravedad de estos delitos fue el sustento básico para argumentar la necesidad de romper con el principio de la irretroactividad de la Ley Penal.

Posterior a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó dos tribunales penales internacionales ad hoc, el 25 de mayo de 1993 para el Juzgamiento de personas responsables de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario, cometidos en el territorio de la ex-Yugoslavia, el Estatuto contempla que estarán sujetos a su jurisdicción las personas naturales responsables de los delitos bajo su competencia relacionados a:

- Genocidio,
- Graves violaciones a los Convenios de Ginebra (Derecho Internacional Humanitario),
- Violaciones a las Leyes o costumbres de guerra (armas venenosas),
- Delitos de lesa humanidad (muerte, exterminio, esclavitud, detención ilegal, tortura, violación, persecución por razones políticas, religiosas, raciales, y otros actos inhumanos).

El Tribunal tiene una determinada jurisdicción temporal y espacial, es decir sólo el territorio de la ex-Yugoslavia y se tomó como punto de inicio 1991, pero se ha demostrado, que ha sido utilizado el argumento de la inmunidad de funcionarios de Estado para encubrir la impunidad de los responsables de delitos contra los derechos humanos que ostentan el poder.

De igual manera el 8 de noviembre de 1994, se crea mediante resolución el Tribunal Penal Internacional para el Juzgamiento de personas responsables de Genocidio y otras graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidos en el territorio de Rwanda y por ciudadanos de Rwanda responsables de Genocidio y otras graves violaciones cometidas en el territorio de los Estados vecinos entre el 1 de enero

y el 31 de diciembre de 1994. Por cuanto los contenidos de esta normatividad son similares al Tribunal ad hoc de la ex-Yugoslavia, no se detallan los contenidos.

Las instituciones responsables del cumplimiento de los derechos humanos tienen habitualmente una o dos tareas que son: la *promoción de los derechos* humanos y la *protección* de los mismos, pero hay que reconocer que muy rara vez hacen las dos cosas simultáneamente. Lamentablemente, el término de “promoción” ha sido y es utilizado frecuentemente a actividades de índole comercial, en derechos humanos se entiende que la promoción implica una acción dirigida al futuro, mientras que la protección está encaminada a asegurar el cumplimiento de los derechos humanos fundamentales, según se establecen bajo las Leyes existentes, la institución para su protección da necesariamente lugar, hacia un futuro que perpetúa el pasado, se basa principalmente en procesos judiciales, mientras que la institución para la promoción hace uso de todas las técnicas legislativas existentes, incluidos estudios, investigaciones, informes y redacción de textos.

Existen organizaciones que promocionan y protegen los derechos humanos, a nivel universal, regional y nacional. A continuación los analizaremos:

1.- ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS

La Organización de Naciones Unidas, constituida al terminar la Segunda Guerra Mundial, sintió preocupación por los derechos humanos desde su comienzo, en la Carta adoptada en 1945, los Estados miembros se comprometieron a trabajar para lograr el respeto universal a los derechos humanos, hace referencia explícitamente al desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, tres años después, estos derechos se plasmaron en la *“Declaración Universal de los Derechos Humanos”*, adoptada sin votos en contra y proclamada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948. La adopción de la Declaración Universal fue un acontecimiento de gran importancia, porque reconocieron que todas las personas tienen derechos fundamentales, éstos tienen vigencia universal, por ello se deduce que todos los gobiernos deben proteger los derechos de las personas bajo su jurisdicción, y que una persona cuyos derechos hayan sido violados puede recurrir contra el gobierno responsable, además el que

los Estados adoptaran conjuntamente la Declaración Universal significa que las violaciones de derechos humanos, son una preocupación para todos los Estados, no sólo para aquellos en cuyos países se producen. La Declaración Universal establece que *“todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”* y que *“nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”*, ni *“podrá ser arbitrariamente detenido o preso ni desterrado”*, éstos derechos habían sido violados de forma generalizada durante la Segunda Guerra Mundial, y uno de los principales objetivos era el garantizar que nunca se volvieran a perpetrarse este tipo de atrocidades.

El mismo día en que se aprobó la Declaración Universal, la Asamblea General pidió a la comisión de Derechos Humanos que preparase, como cuestión prioritaria, un proyecto de pacto relativo a los derechos humanos y a la elaboración de medidas de aplicación. La Comisión examinó el proyecto de pacto en 1949 y se volvió a examinar los 18 primeros artículos. En 1950 la Asamblea General declaró que *el goce de las libertades cívicas y políticas y el de los derechos económicos, sociales y culturales están vinculados entre sí y se condicionan mutuamente*. La Asamblea decidió incluir en Pactos los derechos humanos y los derechos económicos, sociales y culturales, además del reconocimiento explícito de la igualdad de hombres y mujeres, el uno se refiere al *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, que reitera el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas y prohíbe especialmente, la privación arbitraria de la vida. Este es un tratado que obliga a los Estados que se convierten en parte de él, a respetar y garantizar los derechos; y, el *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Estos pactos debían contener el mayor número posible de disposiciones similares, incluyó un artículo muy importante en el que se dispusiera que *todos los pueblos tendrán el derecho a la libre determinación*, estos fueron aprobados el 16 de diciembre de 1966, que entraron en vigencia en 1977.

El primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prevé un mecanismo internacional para la tramitación de denuncias de particulares que afirmen haber sido víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en dicho Pacto. Las normas internacionales de protección de los derechos humanos se han ido fortaleciendo mediante la adopción de sucesivos instrumentos, que siempre produjeron intensos debates sobre si se debe o no,

incluirlos. Se han elaborado otros instrumentos internacionales sobre tipos específicos de violaciones a los derechos humanos o sobre circunstancias específicas, los mismos que la autora detalla a continuación, porque considera adecuado tomar como punto de partida el fin de la Segunda Guerra Mundial, ya que es entonces cuando se crean instrumentos y organismos que han influido de manera determinante en la aplicación de la justicia en los derechos humanos a nivel internacional:

- 26-JUN-1945, Firma de la Carta de la Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
- 21-JUN-1946, *Establecimiento de la Comisión de Derechos Humanos.*
- 9-DIC-1948, *Aprobación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.*
- 10-DIC-1948, *Aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.*
- 12-AGO-1949, *Convenio de Ginebra, víctimas de Conflictos Armados.*
- 4-NOV-1950, *Aprobación, por los miembros del Consejo de Europa, de la Convención para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convención Europea de Derechos Humanos).*
- 16-DIC-1966, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Protocolo Facultativo correspondiente, en el Pacto se dispone la creación del Comité de DD.HH.*
- 13-MAY-1968, *Conferencia Internacional de DD.HH. Proclamación de Teherán.*
- 26-NOV-1968, *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.*
- 22-NOV-1969, *Convención Americana sobre DD.HH.*
- 27-MAY-1970, *Comisión para examinar violaciones de DD.HH. y garantías fundamentales.*
- 9-DIC-1975, *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.*
- Junio de 1981, *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.*
- 18-DIC-1990, *Conferencia Mundial de Derechos Humanos.*
- 18-DIC-1992, *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.*

- 22-FEB-1993, *Tribunal ad hoc en la ex-Yugoslavia*.
- 14-JUN-1993, *Conferencia Mundial de DD.HH en Viena*.
- 25-JUN-1993, *Aprobación de la Declaración y Programa de Acción de Viena*.
- 8-NOV-1994, *Tribunal ad hoc para Rwanda*¹⁴.

A continuación, la autora analiza las principales organizaciones que son encargadas de velar por la vigencia de los derechos humanos, que forman el más extenso de los sistemas de protección, pues es el único que tiene jurisdicción sobre la casi totalidad de los países de la tierra, pero también el más primitivo, porque no ofrece las mismas garantías de acceso ni la misma fuerza decisoria que los organismos establecidos dentro del sistema europeo y americano.

1.1 La *Comisión de Derechos Humanos*. Tiene su sede en Ginebra, es una disposición emanada del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la Asamblea General, fue creada en 1946, la comisión tuvo un aporte significativo para el establecimiento de los dos Pactos Internacionales de derechos humanos, los *civiles y políticos* y los *económicos, sociales y culturales*, la Comisión tiene la condición de foro político, no puede imponer sanciones, sino adoptar recomendaciones cuyo cumplimiento queda a discreción de los Estados, pero es el principal espacio de carácter público en la esfera internacional, sus discusiones y pronunciamientos aún cuando no poseen más que fuerza moral, influyen de manera decisiva en el comportamiento de los Estados.

1.2 La *Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías*. Es un grupo de trabajo vinculado a la Comisión, fue creada en 1947, tanto la comisión como la subcomisión reciben quejas de los individuos, ONG y gobiernos relacionadas con violaciones de derechos humanos imputables a agentes estatales y las tramitan mediante dos procedimientos principales, el uno, de *carácter público*, y el otro, de *carácter confidencial*; pero en ambos casos, se documentan los hechos relativos a la arbitrariedad denunciada, se escuchan los argumentos de los gobiernos y de los damnificados, y se establece un pronunciamiento sobre si hay o no quebrantamiento de las normas internacionales, por parte del Estado en

¹⁴ Naciones Unidas y los Derechos Humanos, cronología período 1945 - 1995

cuestión. Al ser probada la responsabilidad internacional por violación de derechos humanos, existe un tratamiento específico: la declaración o el informe de la Comisión o de la Subcomisión, incluyen precisas recomendaciones al gobierno para que rectifique su conducta, sancione a los culpables, indemnice a las víctimas, y garantice sus obligaciones humanitarias.

Aunque, en teoría, algunas de las Convenciones especializadas de las Naciones Unidas prevén el recurso a la Corte Internacional de Justicia cuando se presentan discrepancias sobre su interpretación o aplicación, en la inmensa mayoría de los casos presentados ante la comisión o la subcomisión se emplean mecanismos extraconvencionales, los cuales pueden ser de tres clases:

- 1.- *Grupos de trabajo o equipos especializados*, que se encargan de algunos temas;
- 2.- *Relatores especiales o delegados de la Comisión* que se dividen en temáticos o por países según se ocupen de investigar a fondo el estado de ciertas prácticas violatorias más o menos generalizadas (ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, torturas) o la situación de países concretos, y
- 3.- *Las acciones urgentes o gestiones de emergencia*, en las cuales se sigue el ejemplo de las ONG para ofrecer una especie de recurso de amparo¹⁵ a las víctimas, en coyunturas excepcionales.

- 1.3 El *Centro de Derechos Humanos*. Es el equipo técnico y administrativo que apoya a la Comisión, como resultado de la Conferencia de Viena en 1993, se creó la figura del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, éste funcionario, que ostenta el rango de subsecretario general de la organización, dirige toda la burocracia internacional especializada en derechos humanos, tiene su sede en Ginebra, su trabajo es establecer una oficina en un país determinado en donde ocurran violaciones sistemáticas a los derechos humanos, se hace un seguimiento de la situación

¹⁵ *Recurso de amparo.- Es una garantía o recurso legal que puede ser utilizado por cualquier persona o por el /la representante de una comunidad, cuando consideren que se ha violado o podrían violarse uno o varios derechos.*

interna y se elaboran informes analíticos que contribuyan a la aplicación de las normas internacionales de protección.

- 1.4 El *Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Es el mecanismo previsto por el Protocolo Facultativo, de alto nivel moral y reconocida competencia en el campo de derechos humanos, que se encarga de conocer las denuncias por violaciones de sus cláusulas, tiene su sede en New York, está integrado por 18 expertos independientes y formula opiniones y recomendaciones.
- 1.5 *La Organización Internacional del Trabajo*. Desde la Constitución de la Organización como sus convenios y recomendaciones, ha asignado desde 1919, un lugar preferente a los derechos humanos, lo cual significa una auténtica declaración de los derechos de los trabajadores. Los principios generales establecidos en la Constitución de la OIT, disponen: *“existen condiciones laborales que significan injusticias, dificultades y privaciones para grandes cantidades de personas como para producir una inquietud tan acusada que ponga en peligro la paz y la armonía del mundo.*

Se precisa una urgente mejora de dichas condiciones de trabajo: por ejemplo, mediante la regulación del horario laboral, incluido el establecimiento de una jornada máxima diaria y semanal, la regulación de la fuerza de trabajo, la prevención del desempleo, el establecimiento de un salario suficiente para vivir, la protección del trabajador contra las enfermedades, accidentes y lesiones laborales, la protección de los niños, los jóvenes y las mujeres, las previsiones para la vejez y la incapacidad laboral, la protección de los intereses de los trabajadores cuando están empleados en países distintos del suyo, el reconocimiento del principio de igual remuneración por un trabajo de igual valor, el reconocimiento del principio de libertad de asociación, la organización de la educación profesional y técnicas y otras medidas”¹⁶.

Se puede identificar claramente a los derechos humanos, aún cuando no había sido proclamada la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de igual manera han sido recogidos en un cuerpo de normas con carácter

¹⁶ *Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*

jurídico descrito como “Código Internacional de Trabajo”, que ha sido una conquista para los trabajadores del mundo, además ha permitido la difusión de los derechos laborales y sindicales, que se ha extendido también a los derechos de las mujeres y de las minorías étnicas, su labor es parecida a la que realiza la UNESCO en materia de libertades culturales y educativas.

El sistema de protección de los derechos humanos, adolece de las mismas fallas estructurales del organismo central, es decir de la Organización de Naciones Unidas, dentro del cual se puede identificar el carácter; *institucionalista*, en vista de que los organismos de control y vigilancia de los derechos humanos están en manos de los mismos Estados que deben ser objeto de estudio y censura, y los individuos no pueden acceder directa y libremente a ellos; *la incoercibilidad de las decisiones*, pues no existe autoridad jurisdiccional capaz de imponer sus decisiones a los Estados miembros, y, el único organismo que puede hacer uso de la fuerza en la organización, el Consejo de Seguridad, está controlado de manera antidemocrática por las cinco potencias victoriosas de la Segunda Guerra Mundial.

Actualmente es muy cuestionada su conformación, puesto que no se distingue por su adhesión incondicional al derecho internacional de los derechos humanos, (Estados Unidos y China especialmente) de manera que el único foro planetario se limita a hacer pronunciamientos políticos que, por sí mismos, no tienen ninguna eficacia punitiva o retributiva, y especialmente se orientan hacia o a favor de los Estados donde están o pueden estar en peligro sus intereses “económicos”, más no de las personas, a menos que vengan acompañados de sanciones diplomáticas y comerciales de unos países por otros, y en tal caso no hay garantía de que dichas represalias, aun en la hipótesis de que sean merecidas o estén justificadas, provengan de un proceso legal y contribuyan a establecer o restablecer el imperio del derecho en la comunidad internacional.

Mientras no funcione un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente, independiente e imparcial, la posibilidad de exigir a los Estados y al personal que conforman la Fuerza Pública y Fuerzas de Seguridad, el respeto efectivo de las libertades fundamentales en el ámbito global dependerá de equilibrios estratégicos y tácticos entre bloques regionales y responderá a intereses de muy dudosa ortografía jurídica y moral.

2.- EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCION

Como si se tratase de dar la razón a Holderin cuando decía que allí donde está el peligro surge también la salvación, Europa ha sido escenario de la mayor catástrofe humanitaria de la historia, el holocausto judío bajo la dictadura Hitleriana durante la Segunda Guerra Mundial¹⁷, sin embargo, ha construido el más avanzado sistema de protección jurídica internacional de la persona humana. “La Convención de Roma de 1950, sobre la salvaguardia de los derechos del hombre y las libertades fundamentales representa el mayor avance realizado desde la aparición del Estado moderno para tutelar los derechos humanos en el plano internacional”¹⁸.

El Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales se firmó en Roma el 4 de noviembre de 1950, y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953, el Convenio está complementado por sus once Protocolos Modificatorios. Los derechos humanos (civiles y políticos), protegidos por el Convenio y los detallados en los Protocolos 1 y 4 abarcan: *la protección del bienestar físico* (derecho a la vida, prohibición de la tortura y del tratamiento o castigo inhumano o degradante, prohibición de la esclavitud, de la servidumbre y del trabajo forzado u obligatorio); *protección de la intimidad* (derecho a casarse, derecho al respeto de la vida privada y familiar, derecho al respeto del hogar y la correspondencia); *protección de la vida intelectual* (libertad de pensamiento, conciencia y religión, libertad de expresión, derecho a la educación, y derechos de los padres a la educación y enseñanza de sus hijos); *protección de la actividad política* (libertad de asamblea y asociación, elecciones libres); *protección de la actividad económica* (derecho a disfrutar cada uno de sus posesiones); al mismo tiempo prohíbe la discriminación por cualquier razón, en el ejercicio de los derechos protegidos. El derecho de solicitud individual constituye la mayor innovación introducida por el Convenio, puesto que no se trata de un mero derecho de petición, sino de un derecho genuino a iniciar el proceso ante un órgano judicial internacional, la originalidad del Convenio no reside en la lista de derechos que protege, reside indiscutiblemente en la parte institucional del Convenio y

¹⁷ *El cronista mayor del holocausto ha escrito "No obstante el horror de Hiroshima y Nagasaki, la vergüenza del Gulag, la inútil y sangrienta campaña de Vietnam, el autogenocidio de Camboya, los desaparecidos en Argentina y las muchas guerras atroces y estúpidas a que hemos venido asistiendo, el sistema nazi de campos de concentración continúa siendo un único en cuanto magnitud y calidad. En ningún otro tiempo y lugar se ha extinguido tantas vidas humanas en tan poco tiempo, ni con una combinación tan lúcida de ingenio tecnológico, fanatismo y crueldad".*

¹⁸ TRUYOL y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos, Tecnos, Madrid 1998, pag. 54.*

concretamente en el mecanismo para la supervisión internacional de la observancia de sus disposiciones.

La gran virtud de este sistema y que lo distingue del sistema mundial, tiene que ver con la legitimación, es decir, la posibilidad de invocar individualmente y poner en marcha los procedimientos de protección para todos los hombres y mujeres de Europa, además, se consideran incluidos no sólo los nacionales sino también los extranjeros residentes en los países de la Unión Europea, en la medida en que sean víctimas de un desafuero imputable a un Estado miembro. El Sistema europeo es el primero de los tres sistemas internacionales de control y vigilancia que se acerca al ideal kantiano del derecho de hospitalidad universal propio de la ciudadanía cosmopolita, pero no se hace mención de la asistencia legal que el sistema le pueda otorgar a las solicitudes individuales, en vista de que generan costos considerables, especialmente cuando la solicitud es presentada por las personas, ONGs, y grupos de particulares son consideradas admisibles.

Los países de la Unión Europea, tienen la obligación de rendir informes periódicos sobre su situación humanitaria, y están sujetos a la jurisdicción de la Comisión y Tribunal, los dos tienen su sede en Estrasburgo y están compuestos de tantos individuos cuantos son los Estados miembros de la Comunidad Europea. Para el cumplimiento y vigencia de los derechos existe: la Comisión Europea de los Derechos Humanos, un órgano de investigación y conciliación: el Comité de Ministros del Consejo de Europa, órgano de decisión política: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano de decisión judicial, y, el Secretario General del Consejo de Europa, órgano auxiliar del Convenio.

2.1 *LA COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS.* Su propósito es garantizar la observancia de los compromisos adquiridos. Ejerce funciones fiscales, es decir de investigación y acusación. El procedimiento suele ser el siguiente: una vez sustanciada la queja del particular, la ONG o el gobierno, contra un determinado Estado por violación de los instrumentos regionales, se escuchan los argumentos de las partes y se redacta un informe. La comisión tiene tres opciones: (1) si considera que está probada, en principio, la responsabilidad estatal, traslada el asunto al Tribunal para la iniciación del correspondiente juicio contencioso; (2), si encuentra que no dispone de todos

los elementos de análisis, envía el caso al Comité de Ministros del Consejo de Europa, el cual decide si hay o no lugar para pasar a la fase judicial; y, (3) si estima que existe una vía más practicable, propone una solución amistosa o arreglo extrajudicial a las partes.

2.2 *EL COMITÉ DE MINISTROS*. Actúa en nombre del Consejo de Europa, e interviene en la ejecución de las sentencias emitidas por el Tribunal, pero no es el responsable de la ejecución de las mismas, sino de supervisar su ejecución; le compete ejercer sus funciones si el caso ha sido investigado previamente por la Comisión, quien habría emitido un informe indicando el fracaso de su intento de alcanzar un arreglo amistoso y dando su opinión respecto a la supuesta violación del Convenio. A partir de la fecha de transmisión del informe de la Comisión al Comité de Ministros, deben transcurrir tres meses sin que el caso haya sido remitido al tribunal, en donde procede su análisis. Si el comité decide que no ha habido violación del Convenio, la absolución es definitiva, y no hay recurso de apelación. Si la decisión concluye que ha habido violación del Convenio, el Comité determina los plazos en los cuales el Estado implicado debe tomar las medidas requeridas para su decisión. El Comité está facultado a formular opiniones, sugerencias, o recomendaciones al Estado implicado si está directamente relacionado con la violación: pero, éstas opiniones, sugerencias o recomendaciones, no son de aplicación obligatoria.

2.3 *EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS*. Como ocurre, por desgracia, con todos los tribunales internacionales, es de jurisdicción voluntaria: es decir, sus sentencias no son obligatorias más que para aquellos Estados miembros que, de manera voluntaria y explícita, se someten a su autoridad: pero, en la práctica, todos los Estados que integran la Unión Europea, se han hecho parte del Estatuto del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, si bien, algunos de ellos, lo han hecho por períodos fijos o bajo condición de reciprocidad. Una vez iniciado el proceso ante el órgano judicial, las partes se obligan a cumplir su decisión como última palabra de las instituciones comunitarias. Se encuentra en marcha una enmienda del Convenio de Roma, por la cual la iniciativa procesal de los individuos se extiende al Tribunal y a toda la actuación judicial, y también otra, que de ser

ratificada, permitiría unificar todo el procedimiento europeo de protección de derechos humanos en el Tribunal, de tal manera que desaparecería la Comisión, se eliminaría la intervención del Comité de Ministros en estas materias y el órgano judicial tendría jurisdicción obligatoria. Con esta modificación, y con otras que están en estudio, como la de facultar al Tribunal para decretar medidas cautelares o providencias previas, o restablecer los derechos, el sistema europeo puede llegar a consolidarse como el paradigma de los mecanismos de control y vigilancia de los derechos humanos en el *jus gentium* del tiempo actual.

La Carta Social de Europa fue firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, pero entró en vigor el 26 de febrero de 1965. En sus diecinueve artículos se encuentra la lista de los derechos protegidos que atestiguan el deseo de los Estados miembros del consejo de Europa de mostrar su unidad política en el campo social, teniendo en cuenta sus disparidades económicas. Estos derechos son, ante todo, los objetivos de una política común a todos los Estados contratantes, no tienen carácter vinculante individual de cada Estado, sino que son vinculantes sólo como componentes de una política global en el terreno social, no constituye tan sólo una declaración de principios de una política social de protección del individuo, sino que les da una definición y un contenido.

3. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION

La Carta de la Organización de los Estados Americanos suscrita en la novena conferencia americana (Bogotá, mayo de 1948), contiene varias normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana. El Preámbulo afirma que *“la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones”*. Para cumplir con esta misión, varios de los principios que los Estados americanos reafirman se refieren a los derechos humanos, proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo. La solidaridad de los Estados Americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren de la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa. Se afirma que la justicia y la seguridad sociales son base de una paz duradera y que la educación

de los pueblos debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz y se impone a los Estados el deber de respetar los derechos de las personas. La Carta admitió que la normativa de los derechos humanos no es una materia reservada exclusivamente a la jurisdicción interna de los Estados y estableció la posibilidad de su regulación internacional, pero no se limitó a proclamar los derechos de la persona humana, sino que reconoció el deber del Estado de respetarlos.

La Carta de Bogotá significó una etapa en América hacia el reconocimiento internacional de los derechos humanos. La OEA, institucionalizada en 1948, fue la culminación de un proceso iniciado en 1889 con la primera Conferencia Interamericana, era la consagración de la organización internacional que los Estados Americanos había desarrollado para lograr una paz con justicia, el Sistema Interamericano se integraba al sistema universal de las Naciones Unidas como un organismo regional.

En Bogotá, pese a las hondas discrepancias sobre la forma de encarar la protección de los derechos del hombre, se aprobó la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, incluso meses antes de la aprobación de la Declaración Universal de los derechos del hombre por las Naciones Unidas, los derechos se concebían como atributos de la persona humana, correlacionados con los deberes, ya que el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos, los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático, se declaraba que la protección internacional de estos derechos debe ser la guía principal del derecho americano en evolución y que la especificación hecha por la Declaración, unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de cada Estado, establece el sistema inicial de protección que los Estados Americanos consideran adecuado a las circunstancias, sociales y jurídicas, reconociendo que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que las circunstancias sean propicias.

Poco se avanzó en los años siguientes. El derecho americano estaba madurando continuamente, y luego de muchos procesos, uno de los cuales incluyó la reforma a la Carta de la OEA, se incluyó la Declaración de los derechos económicos, sociales y culturales del hombre (Pacto de San José), lo que no

ocurrió con los derechos civiles y políticos, respecto de los cuales fue necesario encontrar su incorporación en la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre.

La concepción de los derechos de la persona humana afirmada en el Sistema interamericano, resulta de la idea del hombre como titular de los derechos inherentes a su propia naturaleza, anteriores al Estado y que no derivan de una atribución hecha por el orden jurídico, el derecho interno y el derecho internacional, no crean derecho sino que coadyuvan, cada una en su propia esfera y de manera concordante y armónica, para su declaración y protección, que es una concepción vinculada directamente con la democracia, como forma de Estado y como idea política filosófica. Los órganos de protección del Sistema Interamericano son los siguientes:

3.1 *LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.* Tiene su sede en Washington, donde funciona la Secretaría General de la Organización Regional, consta de 7 miembros elegidos para períodos de cuatro años por la Asamblea General, que representan de manera extraoficial a los principales sectores geográficos en que se divide el continente, fue creada en 1959, pero realmente comenzó a funcionar en 1967 como instancia de instrucción o investigación de las denuncias contra los Estados y de acusaciones ante la Corte, se pronuncia mediante informes acerca de los países o resoluciones sobre casos concretos, inicia sus investigaciones por iniciativa propia o a petición de los particulares, las ONGs o los gobiernos, como sucede también ante las Naciones Unidas y la Unión Europea.

Para actuar ante el sistema de derechos humanos de la OEA se requiere probar el agotamiento de todos los recursos internos disponibles sin haber obtenido justicia, es decir castigo a los responsables y reparación para las víctimas o sus familiares. Una vez recibido el trámite, el procedimiento es similar al que se sigue ante los foros europeo y mundial, la Comisión dicta una resolución en la cual determina, si existe o no responsabilidad estatal en la violación denunciada, si éste resulta afirmativo, se envía al Gobierno en cuestión, para que dé cumplimiento a la providencia, que habitualmente ordena sancionar a los funcionarios responsables de los abusos e

indemnizar a los perjudicados. La decisión de la Comisión es obligatoria, puesto que se trata de una medida de ejecución de la convención Americana de Derechos Humanos que, para estos efectos, es el instrumento constitucional del sistema, en el caso de que el Estado cuestionado no cumpla con su obligación, la Comisión puede optar por remitir el asunto a conocimiento de la Corte, en otros casos antes de la remisión de la resolución al Estado responsable, la Comisión tiene la facultad de proponer a las partes un arreglo extrajudicial de carácter económico, que suele inhibir la actuación judicial posterior.

- 3.2 *LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.* Tiene su sede en San José de Costa Rica, está formada por 7 jueces designados por la Asamblea General para períodos de seis años, en representación extraoficial de las regiones de América, su jurisdicción es voluntaria, pues requiere la adhesión de cada Estado de la organización. Las decisiones de este tribunal se denominan “opiniones”, como en la tradición judicial norteamericana y pueden versar sobre asuntos contenciosos, en los cuales la Corte interpreta y aplica con autoridad la Convención Americana, sus sentencias con definitivas e inapelables; o sobre asuntos consultivos, en los cuales la Corte ejerce un magisterio moral que se considera aplicable incluso a los Estados que no son parte en la Convención.

Un fallo condenatorio comporta tres aspectos: (1) la declaración de responsabilidad internacional por violación de derechos humanos en cabeza del Estado infractor; (2) la imposición de la obligación de castigar a los agentes responsables de la infracción; y, (3) la imposición de la obligación de indemnizar a las víctimas de la violación por la falla en el servicio público en que ésta consiste. Igual que en el sistema europeo, una sentencia de la Corte de San José, en materia contenciosa, tiene fuerza ejecutiva interna, es decir, puede y debe cumplirse en el territorio del Estado afectado, como si fuese dictada por su propio Tribunal Supremo.

Los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano han asumido una actitud mucho más comprometida, de cara a los gobiernos de la región, algunos de los cuales enfrentan situaciones muy negativas en materia de

libertades públicas, y han incrementado en forma notable sus informes y opiniones de carácter contencioso, la Comisión trabaja estrechamente con las ONGs y han cumplido una valiosa experiencia de mediación en algunos casos nacionales graves que estaban en la impunidad.

La Corte ha emitido un sinnúmero de sentencias condenatorias contra varios Estados Latinoamericanos responsables de abusos atroces y les ha impuesto cuantiosas indemnizaciones a favor de las víctimas. En esas decisiones, y en toda su jurisprudencia, el tribunal de la OEA ha resaltado dos postulados vertebrales del derecho internacional de los derechos humanos: (1) que ésta normatividad no está gobernada por el principio de la reciprocidad, ya que su propósito es proteger a los seres humanos y no a los Estados; y (2), que la interpretación y aplicación de esa legalidad han de llevarse a cabo sobre la base de la llamada cláusula del individuo más favorecido o, de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, en una perspectiva humanista y humanitaria.

4.- EL SISTEMA AFRICANO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS

La puesta en vigencia de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, también conocida como Carta de Banjul, el 21 de octubre de 1986, consolidó el tercer sistema regional de protección internacional de los derechos humanos. Sin duda se trata de un marco frente a los esfuerzos que han sido realizados, tanto a nivel global como regional con miras a la promoción y respeto de los derechos humanos: pero, el sistema africano encuentra obstáculos de orden histórico, político, estructural y jurídico que pueden comprometer su eficacia.

Cuando la Carta de las Naciones Unidas fue adoptada y abierta a la suscripción en 1945, solamente cuatro Estados africanos eran independientes: Egipto, Liberia, Etiopía y Africa del Sur, a medida que los nuevos Estados africanos adquirían su independencia era natural que fuesen manifestando su adhesión a todos los instrumentos globales, no solamente para afirmar su nueva posición de Estados soberanos sino también para insertarse en el escenario mundial, pero había una cierta artificialidad en relación con el grado de compromiso real de estos nuevos Estados con ciertos instrumentos internacionales convencionales concertados en el

plano global. Cuando fueron parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, manifestaron su adhesión, pero la respetaron solo ocasionalmente. Los Estados africanos se presentan en el período de post guerra, con realidades difíciles de conciliar: *la mundial*, de reconstrucción y reestructuración de los esfuerzos con el propósito de la protección a los derechos humanos, y *la continental*, de paulatina liberación de la metrópolis, que traía consigo la construcción, la estructuración completa, tanto política como económica y jurídica, que iniciaba casi de la nada.

Hubo un momento en el cual los valores y la realidad occidental se dirigían a encontrarse con los africanos. Fue en ese escenario perturbado, de emancipación y afirmación políticas, donde tomó fuerza, principalmente en 1958, el movimiento panafricano que culminó con la adopción de la Carta de la Organización de la Unidad Africana¹⁹ en 1963, cuando 32 Estados africanos ya eran miembros de la Organización de las Naciones Unidas; hoy son 52 los Estados miembros de la OUA. Esta Carta ha sido definida como una Carta para la liberación, debido a que las verdaderas preocupaciones de los Estados africanos, son relativos a la unidad africana, a la no injerencia en los asuntos internos de los países tomados individualmente y a la liberación, no sólo del sistema colonial sino también del sistema neocolonial.

Esta Carta fue constantemente criticada por ser sólo una formulación de los derechos de los Jefes de Estado, una institucionalización de un sindicato de presidentes africanos, cuya tarea principal era la normalización de las relaciones de sus miembros feudales. Existía una falta de afinidad entre la Organización para la Unidad Africana, y lo contemplado dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. No se contemplaba un listado de derechos, tan sólo indicaba: “Persuadidos de que la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a cuyos principios reafirmamos nuestra adhesión, ofrecen una base sólida para una cooperación pacífica y fructuosa entre nuestros Estados....”²⁰, además se destaca la no injerencia en los asuntos internos de los Estados y el respeto por la soberanía: “Para alcanzar los objetivos (de la

¹⁹ La Carta de la Organización de la Unidad Africana OUA, conocida también como Carta de Addis-Abeba

²⁰ Preámbulo de Carta de la OUA

Organización), los Estados Miembros afirman solemnemente los siguientes principios:

1. Igualdad soberana de los Estados Miembros;
2. La no injerencia en los asuntos internos de los Estados;
3. Respeto por la soberanía y por la integridad territorial de cada Estado y por el derecho inalienable a una existencia independiente ..." artículo 3 de la Carta de la OUA.

Fueron precisamente estos principios los causantes de que los derechos humanos no fuesen objeto de discusión por casi dos décadas. Al ampararse en el principio de no injerencia en los asuntos domésticos de los otros Estados, los gobiernos africanos no observaron el principio básico de responsabilidad colectiva que existe en el campo de la protección de los derechos humanos, existía una frecuente contradicción de lo que actuaban con lo que decía, los líderes africanos usaban el slogan "respeto por la dignidad humana" para fortalecer la lucha por la independencia, pero lo olvidaban cuando asumían el poder.

La década de los setentas fue testigo de violaciones condenadas por gobiernos de países de distintos continentes; la expulsión de Uganda de británicos de origen asiático, ordenada por el General Idi Amim Dada; la expulsión de Gabón, ordenada por el Presidente Omar Bongo, de ciudadanos de Benin. A pesar del rechazo de la comunidad internacional, la OUA no se manifestó en ninguno de estos episodios, pero si lo hizo la comunidad internacional y comenzaron a caer las dictaduras, gracias también a la política exterior del presidente Norteamericano Jimmy Carter, quien mediante una cruzada la denominó "cruzada por los derechos humanos", condicionaba su apoyo humanitario. Dicha cruzada fue acogida con beneplácito por los pueblos de la región africana.

La conferencia de Lagos, Nigeria de 1961, constituye uno de los acontecimientos más importantes para la OUA y para los derechos humanos, pues se establecía el marco general para la creación de una Convención Africana de Derechos Humanos, pero lamentablemente no tuvieron continuidad, las acciones dirigidas a la protección de los derechos humanos se limitaron a seminarios, conferencias cuyos intentos operativos de protección se vieron obstaculizados por los principios de no injerencia

y de soberanía. Luego de muchos impedimentos y tropiezos, el 21 de octubre de 1986, entra en vigencia la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos²¹, en donde se comienza a dar la forma a los derechos colectivos, y que contempla los derechos civiles y políticos, se establece la Comisión Africana para interpretar la validez de la Carta, fue establecida en junio de 1987, según su artículo 60 indica:

“La Comisión se inspira en el Derecho internacional relativo a los derechos humanos y de los pueblos, principalmente en las disposiciones de los diversos instrumentos africanos relativos a los derechos humanos y de los pueblos, en las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de la Carta de la Unidad Africana, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en las disposiciones de los otros instrumentos adoptados por las Naciones Unidas y por los países africanos en el área de derechos humanos y de los pueblos, así como en las disposiciones de diversos instrumentos adoptados en el centro de las agencias especializadas de las Naciones Unidas de la cual son miembros las Partes de la presente Carta ...”

La Carta Africana no definió claramente que se entiende por pueblos, pero se indica que está explícita en la cláusula del Preámbulo que dice: *“Reconociendo que, por un lado, los derechos fundamentales del ser humano se basan en los atributos de la persona humana, lo que justifica su protección internacional y que, por otro lado, la realidad y el respeto de la realidad de los pueblos deben necesariamente garantizar los derechos humanos...”*, pero los problemas principales que debió enfrentar la Comisión Africana, no se refiere tanto a los derechos colectivos (pueblos), sino al balance entre éstos y los derechos individuales, en ciertos casos específicos, además existía una cierta dificultad en imaginar cómo los derechos de los pueblos serían capaces de formar las bases de reclamaciones frente a un instrumento internacional, que poco a poco han ido solucionando e incorporándose a la normativa internacional bajo la concepción de las Naciones Unidas.

La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, como todo instrumento relativo a los derechos humanos, trae consigo una mezcla de factores jurídicos y políticos, los cuales dependiendo del contexto, pueden servir a distintos

²¹ Que el término sería luego tomado por la ONU para establecer una Declaración de los Pueblos

propósitos, lo que se espera alcanzar es la efectiva protección y promoción de los derechos humanos y de los pueblos, mientras tanto una serie de obstáculos tienen que ser superados, uno muy visible son las disposiciones respectivas pertinentes a la comisión, las cuales tiene que ejercer su competencia dentro de un margen muy estrecho de flexibilidad, además de tener que usar como parámetro disposiciones caracterizadas por la retórica, pero al intentar propiciar medios más apropiados para la evolución de las funciones de la Comisión, se debe tomar en consideración las peculiaridades especiales de la cultura africana, a pesar de los problemas, la Carta de Banjul debe ser vista como una moción providencial, un paso en la dirección correcta, rumbo a un futuro democrático, donde han de ser reconocidos y protegidos tanto los derechos individuales como los derechos de los pueblos.

5.- LA LIGA DE ESTADOS ARABES

La Liga de los Estados Arabes, es la más antigua de las numerosas organizaciones internacionales que se crearon cuando la Segunda Guerra Mundial estaba llegando a su fin; no sólo se creó antes que las Naciones Unidas, sino que también es anterior a todas las organizaciones europeas o afroasiáticas, la Liga ha emprendido una serie de iniciativas en el terreno de los derechos humanos, entre las que se cuenta la creación de una Comisión árabe permanente sobre derechos humanos que se reunió por primera vez en 1969, además en 1971 se terminó la redacción de un proyecto de Declaración para una Carta árabe de derechos humanos.

El 25 de septiembre de 1944, se adoptó un proyecto preliminar de Acta de Constitución de la Liga, el Protocolo de Alejandría, pero hasta el 22 de marzo de 1945 el Acta de la Liga árabe no había sido aceptada por los siete miembros fundadores: Jordania (entonces Transjordania), Siria, Irak, Arabia Saudí, Líbano, Egipto y Yemen, los objetivos de la Liga era reforzar las relaciones entre los Estados miembros, coordinar sus actividades políticas con el fin de alcanzar una colaboración mutua, salvaguardar su independencia y defender los intereses de todos los países árabes.

Aunque el Acta de la Liga árabe fue adoptada antes que la Carta de las Naciones Unidas, los legisladores árabes con visión de futuro ya contemplaron en

dos artículos la posibilidad de colaboración con la futura organización internacional y de las futuras enmiendas del documento con el fin de incluir las nuevas obligaciones internacionales derivadas de la Carta de la Organización de Naciones Unidas, incluso ya se había reconocido implícitamente la superior posición de la nueva organización mundial y habían expresado su deseo de trabajar en armonía con ella²².

La cooperación entre la Liga árabe y las Naciones Unidas en el campo de los derechos humanos se intensificó, y adoptó una resolución mediante el cual se creaba una comisión regional para los derechos humanos, en diciembre de 1968 se celebró en Beirut una conferencia regional sobre derechos humanos, que serviría de base para la puesta en vigencia la comisión, que estaba destinada a salvaguardar los derechos humanos en los territorios árabes ocupados por Israel.

La Comisión está formada por delegados de los Estados miembros, junto con el delegado de Palestina representado por la OLP, los trabajos toman la forma de proyectos y acuerdos, y ésta adopta sus decisiones por mayoría simple; las actividades de la Comisión se estructuró: en el *nivel nacional*, se invitó a los Estados miembros a formar comisiones nacionales sobre derechos humanos a que cooperan con la Comisión regional en el marco de la acción árabe conjunta; en el *nivel regional*, propuso coordinar las actividades de las comisiones nacionales de los diversos países árabes, además invitó a la Secretaría general de la Liga a crear un departamento especial para los derechos humanos, que recibió una comisión ad hoc de Naciones Unidas, para analizar la situación árabe; en el *nivel mundial*, el objetivo subyacente a las actividades de la Comisión regional es apelar a los principios humanitarios y al derecho internacional para incrementar el interés por la causa árabe.

Se preparó un proyecto de declaración de una carta árabe de derechos humanos, en la cual se esbozó un primer proyecto, que contenía todos los derechos y libertades proclamadas por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas pero, lamentablemente, no ha tenido continuidad y se ha quedado tan solo en un proyecto.

²² GHALI, B. Butros, informe presentado a la ONU. 1996

Pero las actividades de la Comisión árabe sobre derechos humanos parece haberse centrado más en empresas internacionales que en los problemas de los diversos Estados miembros de la Liga, y hasta cierto punto es razonable por la inmensa cantidad de petróleo que disponen en sus territorios.

En el mundo árabe todavía prevalece la lucha por la liberación más que por la búsqueda de una política de cooperación, la mayoría de los Estados árabes aún no han ratificado los pactos internacionales sobre derechos humanos. La Comisión ha concentrado su actuación, la mayoría de sus esfuerzos, en el problema de los derechos humanos de los territorios ocupados y se ha ocupado muy poco del problema de los derechos humanos en el territorio de los Estados miembros, en el futuro la lucha por la paz, la libertad, la justicia y el desarrollo se antepondrá a la lucha por la liberación nacional, una vez que éste se haya alcanzado.

6.- LOS PAISES SOCIALISTAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

En la mente de todos los seres humanos, está presente uno de los acontecimientos más importantes del siglo XX, la caída del muro de Berlín, en 1989, que no sólo era un muro físico que dividía dos ideologías, sino la muestra fehaciente de dos poderes que mantenían en alerta a toda la humanidad, para unos, el fin del sistema socialista era como Fukuyama lo decía, el fin de la historia, mientras que para otros, era el resurgir de una nueva esperanza con libertad, igualdad y justicia social, precepto fundamental de la Carta de los Derechos Humanos. Los resultados fueron diferentes para ambos casos, sin embargo, la autora considera incluir, qué es lo que consideraban como derechos humanos los países socialistas, tomando en consideración que todavía existen países con éste régimen.

El concepto socialista de los derechos humanos no rechaza la idea de unos derechos humanos y de los ciudadanos, naturales e inalienables, la teoría marxista-leninista no deduce los derechos humanos de la "naturaleza" del hombre sino de la posición de un individuo en la sociedad y en el proceso de la producción pública, parte de la premisa, que las oportunidades y derechos sociales no son inherentes a la naturaleza del hombre y no constituyen atributos naturales, los derechos y libertades de los individuos están legalmente estipulados en cualquier

Estado y dependen de las condiciones socio-económicas, políticas, del desarrollo de la sociedad, de sus logros y de su progreso, los derechos humanos maduran en el interior de la estructura socio-económica del Estado, y son producto de su desarrollo, su fuente fundamental son las condiciones materiales de la vida, de la sociedad, el Estado puede proclamar cualquier derecho o libertad, pero no puede hacerlos respetar a no ser que existan los requisitos materiales apropiados. Desde luego que las relaciones económicas por si solas no pueden engendrar ni preceptos legales ni derechos y libertades humanas, sólo crean condiciones y requisitos para la aparición de ideas y puntos de vista legales, que entonces son reconocidos legislativamente. La abolición de la propiedad privada de los medios de producción, la eliminación de la explotación del hombre por el hombre y la radical transformación de la vida política y pública crearon las condiciones necesarias para garantizar una amplia gama de derechos y libertades bajo el socialismo.

Los derechos y libertades reconocidas en los Pactos sobre derechos humanos y otros instrumentos internacionales no sólo han sido proclamados en las constituciones de los países socialistas y otros documentos legislativos sino que fueron garantizados realmente con la creación de las condiciones sociales y materiales y la dotación de medios concretos a los que los ciudadanos pudiera recurrir para la realización de sus derechos. Las constituciones de los países socialistas establecen no sólo el interés de la sociedad y del Estado, sino de cada ciudadano individualmente, por ejemplo la enseñanza primaria en ocho niveles no es únicamente un derecho, sino también es una obligación.

En el socialismo se considera que los derechos humanos guardan una relación directa con la libertad de la personalidad, y el logro de la verdadera libertad, está relacionado con la liberación del trabajo de la dominación del capital y la eliminación de la explotación de la clase trabajadora, el concepto socialista de los derechos humanos parte de la premisa de que sólo es posible una manifestación genuina de la libertad en una sociedad bajo las condiciones de la liberación del hombre de toda forma de explotación.

La libertad de una sociedad viene creada por el sistema socio-político del Estado, los preceptos de la Ley no hacen más que reconocerla formalmente y

protegerla, la libertad del individuo es entendida como la libertad del hombre en una sociedad, Estado, colectividad y no como liberación de ellos, el hombre vive en una determinada colectividad y no puede independizarse completamente de ella, por lo tanto todos deberíamos comparar nuestro comportamiento con los intereses y las necesidades de la sociedad entera; *La accesibilidad universal de los derechos e indiscutible naturaleza de las obligaciones*, significa que bajo el socialismo todo ciudadano que haya alcanzado una edad legalmente establecida y cumpla otras condiciones estipuladas por la Ley, tiene posibilidades reales de beneficiarse de todos los derechos y debe cumplir las correspondientes obligaciones; *la igualdad de los ciudadanos*, es parte de la base fundamental del status legal de los ciudadanos, se expresa en la igual situación de todos los miembros de la sociedad respecto a los medios de producción, en su igual liberación de las formas de explotación y de opresión, en la igualdad de oportunidades de trabajar, de participar en la administración del Estado y en los asuntos públicos, así como de disfrutar de todos los derechos y libertades reconocidos por la Ley; *los derechos y libertades garantizados*, se concretan en el hecho de que los países socialistas cuentan con garantías legales firmes que garantizan la protección de los derechos y libertades y los protegen contra su violación.

En la conferencia de seguridad europea celebrada en Helsinki, al formular el principio de igualdad soberana y de respeto de los derechos inherentes a la soberanía, llegaron a un acuerdo fundamental consistente en respetar e derecho de los demás a escoger y desarrollar libremente sistemas políticos, sociales, económicos y culturales, así como su derecho a determinar sus Leyes y reglamentos, de este modo se dio una formulación a una importante norma del derecho internacional que comprometía a los Estados a construir sus relaciones mutuas sobre la base del respeto tanto a las Leyes como a la normativa administrativa de los demás.

La cooperación internacional de los Estados en el campo de los Derechos Humanos, debe ir dirigida a combatir las violaciones manifiestas y masivas de los derechos y libertades cometidas como resultado de políticas de agresión, del facismo, el colonialismo, el genocidio, la segregación racial y el racismo. La eliminación de los focos de tensión internacional y el desarrollo de las relaciones normales entre Estados, pues, constituyen un requisito de vital importancia para la

observancia de los derechos y libertades humanos, la lucha contra esos delitos internacionales es el único modo radical de intensificar la cooperación ente los Estado en la promoción del respeto de los derechos humanos y su observancia.

7.- ASIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Es evidente que el tema de Asia y los derechos humanos, tienen ciertas connotaciones diferentes, a lo mejor da a entender que Asia es una entidad regional con un enfoque particular asiático de los derechos humanos, en realidad la proximidad geográfica no constituye base suficiente para hacer de las naciones asiáticas un continente igual a Europa o Africa. Asia²³ es un conglomerado de países que tienen estructuras sociales radicalmente diferentes y tradiciones religiosas, filosóficas y culturales diversas, sus ideologías políticas, sistemas legales y grados de desarrollo económico varían enormemente, y sobre todo no comparte un pasado histórico, ni siquiera desde los tiempos del colonialismo, pero existen circunstancias que tienen en común, como son su población muy numerosa y las formas de civilizaciones y organizaciones sociales altamente complejas, que existían mucho tiempo antes de la aparición de las leyes y conceptos legales occidentales, además de las condiciones socioeconómicas y demográficas, que son propicias a la cooperación regional, porque luchan por su desarrollo económico todavía no conseguido.

Asia siempre se ha enfrentado a los problemas de la pobreza, el hambre, el desempleo, la privación de ciertas libertades civiles y políticas, y con los problemas originados por la existencia de minorías que son problemas clásicos de los derechos humanos, y que hoy día se enfrentan a otros problemas nuevos de los derechos humanos generados por las actividades de las corporaciones transnacionales y por los problemas de la creciente contaminación ambiental, pero también hay que reconocer que en algunos países de ésta región han alcanzado un rápido crecimiento económico acompañado de una transformación social radical en un corto período de tiempo.

²³ Países considerados, Afganistán, Bangladesh, Bhután, Birmania, China, Filipinas, India, Indonesia, Japón, Kampuchea, Malasia, Mongolia, Nepal, Pakistán, República de Corea, República democrática de Corea, Singapur, Sri Lanka, Tailandia y Vietnam, no se incluye los países del Asia occidental, el grup árabe, el pacífico y oceanía.

Las sociedades asiáticas son autoritarias y paternalistas y por lo tanto necesitan gobiernos que también sean autoritarios y paternalistas, “que a las masas hambrientas de Asia les preocupa demasiado el poder llenar el estómago para preocuparse de las libertades civiles y políticas; que el concepto asiático de libertad es diferente al del occidental, es decir que los asiáticos no están preparados para los derechos humanos”²⁴. Los gobiernos asiáticos continúan demostrando cierta resistencia a participar de modo activo en los asuntos de derechos humanos, especialmente a nivel internacional, aunque la ratificación no es el mejor indicador de la preocupación de un país por la promoción y protección internacional de los derechos humanos, si constituye una guía.

Con referencia a los derechos humanos civiles y políticos, la situación existente en Asia no es mejor ni peor que la de otras regiones en desarrollo, los más comunes son la basta escala de encarcelamientos, desapariciones, etc. Pero la situación más trágica se da en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, la pobreza está muy extendida en esa región es su cédula de identidad.

El aumento del nivel de vida medio, no llevó necesariamente a la mejora del respeto de los derechos humanos, el problema de la pobreza, el hambre y el desempleo todavía predomina en grandes bloques de población y tiene consecuencias desastrosas para los derechos humanos, en la mayoría de los países asiáticos, la prensa está sujeta a alguna forma de presión gubernamental o a una estricta autolimitación por parte de los mismos periodistas, además de adoptar medidas legislativas y administrativas para reducir el derecho a juicio justo, y en varios casos se da la imposición de la Ley marcial y la consecuente suspensión de la protección legal, éstas actividades fueron justificada por la necesidad de suprimir las tensiones políticas e ideológicas.

La ausencia de una institución regional que tuviera competencia general como la OUA y la OEA, al igual que la ausencia de voluntad de integración regional, dificultan la creación en Asia de una institución regional para la promoción y protección de los derechos humanos, en 1982 por iniciativa del secretario general de la ONU, dispuso concertar un seminario regional de todos los Estados miembros

²⁴ Conferencia del exsenador José Diokino, al Consejo Internacional de Amnistía Internacional, Cambridge 21 de septiembre de 1988

de la región asiática, a fin de que establecieran convenios adecuados para la promoción y protección de los derechos humanos, fue de mucha importancia, pero no tuvo la acogida esperada. La experiencia asiática demuestra que la aspiración al autorrespeto, la autoexpresión, la independencia y una vida mejor, es universal y que la lucha contra los abusos de poder es una constante de la realidad asiática, es innegable que el concepto de derechos humanos inspira cada vez más las mentes y las acciones de los que luchan por conseguir estos objetivos, es verdad que los sistemas de protección occidentales no se adaptan a la perfección a los valores culturales e instituciones asiáticas, eso no significa que se busquen mecanismos que se adapten a cada región tomando en cuenta sus particularidades específicas con el tal sólo propósito de proteger los derechos elementales de la persona humana.

CAPITULO III

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ECUADOR

Las personas somos seres sociales que estamos condicionados por las dimensiones de tiempo y espacio, los sentidos de ubicación y de pertenencia son imprescindibles para el equilibrio psicológico, las personas somos parte de grupos sociales de progresiva complejidad: la familia, la comunidad, la ciudad, el país, la identidad real o percibida de intereses, que es el fundamento de la organización. Esta es causa y efecto del extraordinario desarrollo de la humanidad. Desde la horda, la organización se ha perfeccionado cuantitativamente y cualitativamente, hasta alcanzar su actual dimensión planetaria, este perfeccionamiento es fruto de fuerzas históricas que conducen hacia formas, cada vez más alta, cuya máxima expresión es la libertad.

Desde los Estados teocráticos, esclavistas y de castas, hasta las democracias capitalistas actuales, las sociedades han tratado de diseñar modelos de organización y de administración de poder que les permitan liberarse de cualquier forma de opresión, las personas han soñado utopías, reinos fantásticos de abundancia y felicidad, pero sólo han podido construir estructuras político-administrativas funcionales según intereses y relaciones de poder concretos.

El testimonio de las últimas décadas, permite observar a diferentes sectores de la humanidad viviendo bajo regímenes totalitarios, autoritarios y “democráticos”. Las democracias de tipo occidental estructuran su marco institucional en función del ejercicio de la libre iniciativa en economías de mercado y administran los sistemas de poder, en la medida en que, ofertas y demandas crecientes, viabilizan la lógica del sistema. El poder radica en una serie de titulares que, al competir, reparten bienestar en amplios sectores sociales de los países que han logrado, vía acumulación de excedentes, posesionarse en la cúpula de la estructura económica internacional. Existen, por lo tanto, diferentes grados de madurez y profundidad de la democracia, en los diversos países: democracias atrasadas, en países de sistemas económicos y culturalmente atrasados; democracias ficticias, en países en los cuales el poder económico está monopolizado; democracias formales, en las cuales la participación es un mito y el poder del dinero financia las perversamente tecnificadas campañas

electorales, en las cuales se privilegia la capacidad de convencer o de engañar, que en estos casos, suelen ser sinónimos para elevar a dignidades públicas, a elementos que se transforman en simples instrumentos a su servicio. Sin embargo, aún limitada a lo formal, esta forma de Estado y de gobierno es en la que mejor se cautelan los derechos humanos, el poder público dividido en funciones periodísticas, con independencia relativa de los dueños de los medios, fuerzas militares institucionalizadas, organización sindical, una iglesia fuerte y comprometida, etc., aportan a velar por la dignidad y la libertad, por lo menos relativas de los seres humanos. La autora hará, a continuación, una síntesis de los derechos humanos que han sido incluidos en las respectivas Constituciones en el Ecuador:

El 15 de febrero de 1812, se promulgó la Primera Constitución Política del Ecuador, Suprema Ley que estuvo en vigencia sólo hasta el 12 de noviembre del mismo año, en que el general Toribio Montes volvió a tomar la ciudad de Quito en nombre del Rey de España, luego de los acontecimientos ocurridos a partir de 1809, cuando Quito, dio el Primer Grito de Independencia en América. Para la historia del país, este hecho es memorable, así como el contenido del “Pacto Solemne de Sociedad y Unión entre las Provincias que forman el Estado de Quito”, que en su introducción señala lo siguiente:

“En nombre de Dios, Todopoderoso y El Pueblo Soberano del Estado de Quito, legítimamente representado por los Diputados de las Provincias libres que lo forman y que se hallan al presente en este Congreso, en uso de los imprescindibles derechos que Dios mismo como autor de la naturaleza ha concedido a los hombres para conservar su libertad y proveer cuando sea conveniente a la seguridad y prosperidad de todos y de cada uno en particular; deseando estrechar más fuertemente los vínculos políticos que han reunido a estas provincias hasta el día y darse una nueva forma de gobierno que han reunido a estas provincias hasta el día y darse una forma de gobierno análogo a su necesidad y circunstancias en consecuencia de haber reasumido los Pueblos de la Denominación Española por las disposiciones de la Providencia Divina y orden de los acontecimientos humanos la Soberanía que originalmente reside en ellos; persuadido a que el fin de toda asociación política es la conservación de los sagrados derechos del hombre por medio del establecimiento de una autoridad política que lo dirija y gobierne, de un tesoro común que lo sostenga y de unas Fuerzas Armadas que lo defiendan; con atención a estos objetos para gloria de Dios, defensa y conservación de la Religión Católica y felicidad de estas Provincias

*por un Pacto Solemne y recíproco convenio de todos sus diputados sanciona los artículos siguientes que formarán en lo sucesivo la Constitución de este Estado*²⁵.

Como se puede apreciar en esta Constitución, de efímera vigencia, hace referencia a dos derechos: el Derecho Natural, cuando se refiere a Dios y a los sagrados derechos del hombre, y al Derecho Positivo, cuando se menciona al pueblo soberano de Quito y al establecimiento de la autoridad política

1.- PERÍODO DE 1830 – 1895

En la primera Constitución del Ecuador, expedida en Riobamba y promulgada por el primer Presidente General Juan José Flores, el 23 de septiembre de 1830, hace referencia a la igualdad de los ecuatorianos ante la Ley y la opción de elegir y ser elegidos para distintos cargos públicos. En el Título VIII trata de los derechos “Civiles y sus Garantías”, y entre ellos consta que ningún ciudadano puede ser distraído de sus jueces naturales; nadie puede ser preso o arrestado, sino por autoridad competente; nadie le exigirá juramento en causa criminal contra sí mismo; ninguna pena será trascendental a otros, sino al culpable; nadie puede ser privado de su propiedad ni ésta ser aplicada a ningún uso, sin recibir justa compensación a juicio de buen varón; todo ciudadano puede expresar y publicar libremente sus pensamientos, respetando la decencia y la moral pública; la casa de un ciudadano es un asilo inviolable; todo ciudadano puede reclamar respetuosamente sus derechos ante la autoridad pública, disposiciones éstas que se encuentran en los artículos comprendidos entre el 58 hasta el 66, de la mencionada Constitución.

Merece mencionarse de manera especial, la disposición del Art. 68 que dice “Este Congreso Constituyente nombra a los venerables Curas Párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su Ministerio de Caridad a favor de esta clase ignorante, abyecta y miserable”. Con esta disposición la Constitución de 1830 rompe totalmente la igualdad ante la Ley, y establece un estigma para la raza indígena, se ve entonces, de manera palmaria, la influencia de la época del coloniaje y la esclavitud, en los albores de la vida independiente y republicana del Ecuador. Esta Constitución también tuvo una Ley interpretativa, que hacía

²⁵ ALTAMIRANO E. Hernán A. “Nueva Concepción de Derecho Territorial Ecuatoriano”. IGM, Quito 1997, pág. 92

referencia a la proscripción de la Ley marcial. En cuanto a la religión, dice que la católica, apostólica y romana es la de la república, con exclusión de todo otro culto público y dispone que los poderes públicos están obligados a protegerla y hacerla respetar en uso del patronato.

En la Constitución de 1843²⁶, aparte de los principios enunciados en la Constitución anterior; se prohíbe la creación de títulos de nobleza, distinciones o empleos hereditarios; la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia; se incluye además que “nadie está obligado a prestar servicios personales que no se hallen prescritos por la Ley” y, a no exigir contribución alguna, sino sólo en virtud de un decreto emanado por autoridad competente. Poco a poco se van llenando las deficiencias que existieron en el ejercicio de los derechos del hombre en los primeros momentos de la vida republicana en el Ecuador.

En la Constitución de 1845²⁷ se establece por primera vez en el Ecuador, las garantías individuales, en el Art. 108 “nadie nace esclavo en la República, ni puede ser introducido en ella en tal condición sin quedar libre”. Este es uno de los más notables avances dentro de las garantías individuales que le da a esta Constitución un aspecto prominente en cuanto al establecimiento y reconocimiento de la dignidad humana.

La Constitución de 1851 promulgada en Quito por el Presidente Diego Noboa, establece ligeros cambios en la redacción si bien, los preceptos son los mismos que en la Constitución anterior. El Art. 121 indica: “queda abolida la pena de muerte para los delitos puramente políticos; y en los casos que las Leyes imponen se conmutará en extrañamente hasta por diez años”.

En 1852, se promulga otra Constitución en el Gobierno de José María Urbina, sólo agregándose, en el Art. 118, que: “garantiza los establecimientos de piedad y beneficencia”, disposición que, por primera vez, se presenta dentro del Derecho Constitucional Ecuatoriano, siguen las garantías de libertad de pensamiento y expresión, y se vuelve a consagrar la prohibición de la pena de muerte.

²⁶ Promulgada en Quito, el 31 de marzo de 1843, por el Presidente Juan José Flores

²⁷ Promulgada en Cuenca, el 3 de diciembre de 1845 por el Presidente Vicente Ramón Roca

En la Constitución del 10 de marzo de 1861, promulgada en Guayaquil por Gabriel García Moreno, se mantiene los mismos de la Constitución de 1852.

La Constitución de 1869²⁸ sólo tuvo dos ligeros cambios como el caso del Art. 10 “De los Ciudadanos”, en el cual se determina que, para ser ciudadano se requería ser católico, enunciación que delata de manera incontrovertible y palmaria los vínculos inconfundibles que unieron la política y la religión en esos momentos de la vida ecuatoriana. La otra disposición es la que se expresa en el Art. 109 que indica: “Los ecuatorianos tienen el derecho de asociarse sin armas, con tal que respeten la religión, la moral y el orden público”, repercusión muy expresiva en tanto hace referencia a la religión como predominio católico en la organización político-administrativa del Ecuador, estos preceptos fueron materializados y puestos en vigencia en la Constitución promulgada por García Moreno en 1873.

El avance constitucional más determinante, en opinión de la autora, en todo el siglo XIX, lo encontramos en la Constitución del 31 de marzo de 1878 promulgada por el General Ignacio de Veintimilla en Ambato, en el Art. 16 indica: “La nación ecuatoriana reconoce los derechos del hombre como la base y objeto de las instituciones sociales”. Otra disposición muy importante es la que establece en su Art. 17; “La Nación garantiza a los ecuatorianos, primero la inviolabilidad de la vida”. Queda abolida la pena de muerte para los derechos políticos y crímenes comunes, sin embargo, se hace excepción del parricidio. Existía una serie de fusilamientos por motivos políticos y el sinnúmero de ejecuciones por crímenes comunes que se había efectuado en la época precedente, es un avance muy importante el cambio que produce este articulado, con un alcance estimulante y vigorizador que apenas puede ser bien ponderado.

Garantiza la propiedad con todos sus derechos; la inviolabilidad y secreto de la correspondencia; la inalienabilidad del hogar; la libertad personal, declarando textualmente que no hay ni habrá esclavos en la República, aboliendo el reclutamiento forzoso para el servicio de las armas, concediendo libertad de reunión y asociación, sin armas, para objetos no prohibidos por las Leyes. Se consagra el derecho de petición; la seguridad individual sin que nadie pueda ser puesto fuera de la protección de las Leyes ni distraído de sus jueces naturales, ni

²⁸ Promulgada en Quito el 9 de junio de 1869, por el Presidente Gabriel García Moreno

juzgado por comisiones especiales, está proscrita la pena de azotes, así como el que la pena recaiga sobre otro que no sea el culpado. Se dispone que toda persona se presume inocente mientras no se declare lo contrario conforme a la Ley. Estas enunciaciones demuestran el enorme progreso que se puso en vigencia en el país, tomando en consideración que es un gobierno militar. Pero además, en el capítulo que corresponde a las Garantías, contiene lo siguiente: Art. 7 “la igualdad, en virtud de la cual todos deben ser juzgados por unas mismas Leyes y sometidos por éstas a los mismos deberes, servicios y contribuciones”, precepto éste que, hasta 1878, jamás se expresó con tal amplitud y con tanta trascendencia dentro de los regímenes constitucionales ecuatorianos y que encarna una de las mayores conquistas legislativas a nivel universal.

El mismo Artículo consagra la libertad de pensamiento, de palabra aún a través de la prensa; la libertad de tránsito; la de mudar de domicilio; la libertad de sufragio y la libertad de fundar establecimientos de enseñanza privada con sujeción a las Leyes generales de instrucción pública. Se prescribe además que la enseñanza primaria es obligatoria y gratuita, así como la de artes y oficios, debiendo ser ambas costeadas con fondos públicos. “Es un verdadero oasis para los amantes del constitucionalismo el que se encuentra en esta revolucionaria transformación de la Constitución, que sirve de base para las Constituciones posteriores y que pasará, dentro de la historia ecuatoriana, como el salto más alto y más brusco hacia una orientación moderna y civilizadora de los regímenes constitucionales ecuatorianos”²⁹.

Rompiendo el orden constitucional y luego de haber dado un aporte inmenso a la civilización institucional, el General Veintimilla despedaza su propia obra al proclamarse dictador, dando como resultado la nueva Constitución de 1884, por la campaña restauradora y promulgada por el Presidente de la Asamblea Nacional, el General Francisco Javier Salazar.

Continuando el sistema de la Constitución precedente, el Título IV trata de “Las Garantías” sin la precisión y método que, con sistematización y orden, se hace notorio en la Constitución de 1878, sin embargo se consagran similares derechos, ajenos a la amplitud anotada en el texto de la referida Constitución, desaparece ya

²⁹ SALAZAR, Eduardo, *Análisis de las Constituciones en el Ecuador*, Editorial Universitaria, 1983, pág. 53.

la mención del reconocimiento de los derechos del hombre, y aún cuando en el Art. 14 prescribe que no se impondrá la pena de muerte, no trata ya de la inviolabilidad de la vida; las excepciones de este principio básico se aumentan, sin limitarse al parricidio, y se añade el asesinato como pena capital.

En julio de 1887, siendo Presidente del Senado Don Camilo Ponce se aprobó la Ley reformativa a la Constitución que fue promulgada por el Presidente Caamaño el 26 del mencionado mes y año. En esta Ley, se reforma los artículos que se refieren a las garantías individuales, se extiende la pena de muerte a la traición a la Patria, el Parricidio, el asesinato, el incendio, el saqueo y la piratería y también a los delitos cometidos por militares en servicio activo; se elimina el destierro como una prohibición constitucional; se añade la responsabilidad de los que de palabra o por la prensa inciten a la rebelión o perturbación del orden constitucional y se elimina, se robustece la función ejecutiva a costa de las Garantías individuales y los derechos del hombre, exhibiéndose en forma inequívoca la vuelta a las rigideces políticas que antes habían estado latentes en el pasado.

2.- PERÍODO DE 1895 A 1944

La revolución de 1895 inicia el estudio de la nueva Constitución a través de la Primera Asamblea Constituyente, el General Eloy Alfaro la promulga el 14 de enero de 1897 en la ciudad de Quito, con las ideas liberales y radicales de la Revolución triunfante: “En nombre y por autoridad del pueblo ecuatoriano”. En esta Constitución en el Título “De las Garantías” se inserta el Art. 13 que es completamente nuevo en el sistema constitucional ecuatoriano, “El Estado respeta las creencias religiosas de los habitantes del Ecuador y hará respetar las manifestaciones de aquellas, las creencias religiosas no obstan para el ejercicio de los derechos políticos y civiles”.

Precepto universalmente aceptado, dadas las vinculaciones políticas de la Iglesia Católica y del Estado ecuatoriano, en vista de que, en las Constituciones como en la de 1869 el primer requisito para ser ciudadano era ser católico, este nuevo mandato encarnara una completa novedad libertaria en los sistemas institucionales. La revolución de 1895, es una de las más intensas que ha tenido la historia, en el aspecto político y administrativo, en sus primeros pasos, no tuvo ni el

alcance ni la fuerza que se le ha atribuido en otros aspectos y entre ellos, en el aspecto Constitucional, acerca del cual merece especial atención la Constitución de 1878.

Entramos en el Siglo XX con orientaciones políticas diferentes a la Constitución Política de 1897 que no está en relación con la revolución ideológica que vive el país, es importante anotar que desde 1830 el Gobierno de la República se había identificado bajo una política conservadora; la religión católica era la que amparaba la vida constitucional ecuatoriana. La revolución de 1895, liberal y anticlerical tuvo que soportar la presión de la Iglesia tratando de eliminar los vínculos político-administrativos entre el clero y el Estado.

Inicia, entonces, el General Leonidas Plaza, durante su presidencia la conquista legislativa del Estado, al dictar normas de ordenamiento legal como las de Registro y Matrimonio Civil que anteriormente se hallaba al cuidado exclusivo de la Iglesia Católica. En la Constitución de 1906³⁰ es digno de mencionar el Art. 16 que se consagra la libertad de enseñanza, estableciéndose que la primera enseñanza es obligatoria y que, la secundaria oficial, como la costeadada por las municipalidades, deben ser esencialmente seculares y laicas. En las Garantías Individuales y Políticas, se establece la inviolabilidad de la vida, y queda abolida la pena capital, sin excepción alguna.

Se establece el derecho a que se presuma al individuo inocente, antes de determinarse su culpabilidad en sentencia ejecutoriada; el derecho de propiedad, el derecho a no poder ser detenido, arrestado ni preso, sino de acuerdo a la Ley; el derecho de no ser puesto fuera de la protección de las Leyes, ni distraído de sus jueces naturales, ni penado sin juicio previo, ni juzgado por comisiones oficiales, ni privado del derecho de defensa. Todas estas garantías se declaran en forma sintética y se las establece sistemáticamente; se unen a ellas la: libertad de conciencia; la libertad personal, prohibiéndose el reclutamiento y la prisión por deudas; la libertad de tránsito; la libertad de trabajo e industria, la libertad de sufragio, la libertad de pensamiento, expresado de palabra o por la prensa, la libertad de petición directa ante cualquier autoridad o corporación; y la libertad de reunión o asociación sin armas por objetos no prohibidos por la Ley.

³⁰ Promulgada en Quito el 23 de diciembre de 1906, por el Presidente General Eloy Alfaro

Además, se consagra la inviolabilidad del domicilio; la inviolabilidad de la correspondencia, sin que ésta haga fe en las causas políticas y la admisibilidad de todos los ciudadanos a los empleos públicos sin otras condiciones que las que determinan las Leyes. En el Art. 27 se prohíben las confiscaciones de bienes, las tortura y las penas infamantes, y en el Art. 28 se consagra que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los ecuatorianos, en tanto respeten la Constitución y las Leyes y de las mismas garantías constitucionales, exceptuando la del sufragio y la de admisión a empleos públicos. En esta forma, el constitucionalismo ecuatoriano desde los albores del Siglo XX, entra en una era de amplitud, de democracia y comprensión. Las instituciones básicas ecuatorianas, responden ya, a los postulados contemporáneos del Derecho Político, si alguna reforma han tenido, en lo que decurre de Siglo XX, tal reforma no ha llegado a eclipsar la dignificación del concepto de “ser humano”.

En la Constitución de 1929³¹ se señalan los mismos preceptos anteriores en materia de Derechos Humanos, y se añaden dos adiciones sumamente interesantes, dicha Ley Suprema indica que: “nadie puede ser obligado a prestar testimonio en juicio criminal o de policía, contra sí mismo, ni contra su consorte, ascendientes, descendientes o colaterales, hasta el cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad, ni compelido con juramento o por medio de apremios a declarar contra sí mismo en asuntos que acarreen responsabilidad penal”.

No se puede dejar de reconocerse, que en ninguna Constitución anterior se expuso esta garantía con expresiones tan enfáticas, pues la de 1906 sólo se refería a juicio criminal, pero no a juicio de policía; es cierto que se eliminó la parte referente a prohibir la “incomunicación por más de 24 horas”, que constaba en la Constitucional de 1906. Además se indica que “no tendrá valor alguno cualquier contrato, pacto o convenio que importe la pérdida de la libertad del individuo o la renuncia de sus derechos inalienables”

Esta última disposición acerca de la irrenunciabilidad de derechos inalienables y aún más la referente a la pérdida de la libertad, son un exponente del grado de cultura al que había llegado en esa época el Ecuador; además, se instituye el

³¹ Promulgada en Quito el 26 de marzo de 1929, por el Presidente Dr. Isidro Ayora

Hábeas Corpus y el derecho de propiedad en el sentido de que, mientras la Constitución de 1906 dice: “nadie puede ser privado de sus bienes sino en virtud de sentencia judicial, o de expropiación por causa de utilidad pública, la de 1929, dispone la indemnización previa al propietario, es decir, la entrega del valor de la cosa expropiada”.

La Constitución de 1929 se redacta en la siguiente forma: “el derecho de propiedad, con las restricciones que exijan las necesidades y los progresos sociales. En tal sentido, corresponde a la Ley determinar las obligaciones, limitaciones y servidumbres, a favor de los intereses generales del Estado; del desenvolvimiento económico nacional y del bienestar y salubridad públicas”. Se incluyen también normas referentes a la libertad de comercio e industria, de acuerdo con las Leyes. A la protección del trabajo y su libertad. A la protección al obrero y al campesino. A la indemnización por accidentes de trabajo. A la protección del matrimonio, de la familia y del haber familiar. A la protección de los hijos ilegítimos y a la obligación de educarlos y heredarlos en la proporción que determine la Ley. A la libertad de asociación y apremiación. A la prohibición del juego y a las garantías y respeto a los extranjeros.

Siguiendo con el análisis llegamos a la Constitución de 1938 aprobada por la Constituyente de ese año, que es solamente una codificación de la Constitución de 1906 con las reformas realizadas a la de 1929.

3.- PERÍODO DE 1945 – 1971

La Constitución de 1945, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente hace referencia a las Garantías Fundamentales, las divide en: Derechos Individuales, la Familia, la Educación y la Cultura. Se inicia un planteamiento totalmente nuevo ya que, a más de estas secciones, se establece una Sección Cuarta relativa a La Economía; la Quinta trata del Trabajo y Previsión Social, y una Sexta Sección que se llama de Disposiciones Generales, se relaciona con los extranjeros, sus contratos, garantías y otros derechos. Este planteamiento es novedoso y el hecho de dedicar en la Constitución una serie de secciones a las Garantías Fundamentales, da a ésta especial interés al estudio de esta naturaleza, en el Título el 14, se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales, con

jurisdicción en toda la República, encargado de velar por el cumplimiento de la Constitución y las Leyes, y en especial de las Garantías Constitucionales, excitando a los poderes públicos para el debido respeto de las mismas.

Este planeamiento trae consigo que se cristalice en el Art. 141, que el Estado garantice la inviolabilidad de la vida e integridad personal, manteniéndose el principio de que los establecimientos penales estarán organizados para procurar la re-educación y rehabilitación de los que allí se encuentran con una manifiesta ampliación del principio de la Constitución anterior que decía que las cárceles sirven sólo para asegurar a los procesados y para procurar su rehabilitación social. Se consagra la igualdad ante la Ley y se prohíbe la esclavitud y servidumbre, luego siguen normas que se había establecido en la Constitución precedente, añadiéndose que: "se declara punible toda discriminación lesiva a la dignidad humana, por motivos de clase, sexo, raza u otro cualquiera", consagrando en el texto fundamental ese anhelo democrático que sirve, en ese momento, de estandarte para la propagación de ideas humanas en el mundo.

Se mantiene el Hábeas Corpus, basado en principios similares a los de la precedente; la libertad de conciencia, en todas sus manifestaciones que no sean contrarias a la moral o al orden público, como la Carta anterior, pero añadiendo un inciso de admirable amplitud y de interés histórico dentro de la legislación ecuatoriana al decir que: "El Estado no reconoce religión oficial alguna, todos pueden profesar la que a bien tengan" Análogamente a la Constitución anterior, continúa ésta con la libertad de comercio e industria, la de ejercer profesiones, la de reunión y asociación, la de contratación, además del derecho de petición y el de acusar y denunciar infracciones, la libertad de sufragio y el derecho de admisión a funciones y empleos públicos.

Hay que destacar que esta Constitución, en tres incisos del Art. 141, se refiere al respeto a la prensa y a la libertad de imprenta que indica: "La Ley regulará el ejercicio del periodismo, tomando en cuenta que éste tiene por objeto primordial la defensa de los intereses nacionales y constituye un servicio social que merece el respeto y apoyo del Estado. Establecerá también la ley, los medios de hacer efectivas las responsabilidades en que incurrieren los periodistas". Se indica que: "Ninguna autoridad podrá suspender o clausurar periódicos ni por delitos de

prensa, secuestrar imprentas o incautar publicaciones. Tampoco se perseguirá o encarcelará, bajo pretexto de tales delitos, a los redactores, colaboradores, expendedores, voceadores y demás trabajadores de la prensa, a menos que se demuestre la responsabilidad de ellos en forma legal". Igualmente hace referencia a que: "Toda persona natural o jurídica, tiene derecho, en forma que la Ley determine, a la rectificación gratuita de las aseveraciones o imputaciones falsas o calumniosas hechas por la prensa, por la radio o por cualquier otro medio de publicidad. Esta rectificación deberá hacerse en el mismo órgano en que se hicieron las imputaciones".

De igual manera, "se prohíbe la usura y son nulas las estipulaciones que, en cualquier forma la contengan", síntoma revelador de la escasez de capitales y de crédito, lo cual se acentúa al disponerse que: "El Estado fomentará el establecimiento de Montes de Piedad y demás instituciones de crédito popular", estos preceptos bien intencionados que, probablemente, no merecen el sitio que se les ha otorgado en la Carta fundamental y que bien podrían constar en la legislación nacional y ser el resultado de realidades económicas y no de preceptos tan nobles como ineficaces.

Merece la pena destacar que: "Se declara punible todo acto por el cual se prohíba o limite al ciudadano la participación en la vida política del Estado, salvo las excepciones señaladas en esta Constitución. Y no pueden participar en actividades de partidos políticos ni en campañas o manifestaciones electorales, los integrantes de la Fuerza Pública, los Ministros de cualquier religión ni los miembros de comunidades religiosas, sin perjuicio de su derecho individual al sufragio. La Ley determinará las sanciones para quienes infringieren esta disposición".

La autora considera que el ordinal 16 del Art. 141, debe ser transcrito por la importancia del mismo: "La adaptación de los impuestos a la capacidad económica del contribuyente. Nadie estará obligado a pagarlos sino en virtud de una Ley y en la forma por ella establecida". En cuanto a la Familia, Educación y Economía, se puede indicar, que es la primera vez que en una Constitución se establecen secciones de esta índole que vienen a robustecer los derechos en el sistema institucional ecuatoriano. El Art. 142 contiene disposiciones nuevas: "Los hijos ilegítimos tienen los mismos derechos que los legítimos, en cuanto a crianza,

educación y herencia”, y que: “establécese el patrimonio familiar inalienable e inembargable, cuya cuantía y demás condiciones serán reguladas por la Ley”. En lo relativo a la educación y la cultura se establece que la educación primaria es obligatoria, se garantiza la libertad de cátedra y se dispone que: “El Estado auxiliará a los estudiantes necesitados, a fin de facilitar su completa educación”, se garantiza también la libertad de organización de los profesores y de los estudiantes. En el Art. 144 tiene la siguiente e importante disposición: “Son libres la investigación científica, la creación artística y la expresión pública de sus resultados. El Estado tiene el deber de fomentarlas y difundirlas y apoyará la obra de las asociaciones dedicadas a fines culturales”.

La Constitución de 1945, se dictó a raíz de la caída del Presidente Dr. Carlos Arroyo del Río el 28 de mayo de 1944. La Asamblea Constituyente presidida por el Dr. Francisco Arízaga Luque, discutió el proyecto Constitucional que lo promulgó el Presidente Dr. José María Velasco Ibarra.

La Constitución del 31 de diciembre de 1946, promulgada por el Dr. José María Velasco Ibarra, es un compendio fundamental de las garantías individuales en el camino del país, a lograr la vigencia permanente de los Derechos Humanos. Las garantías establecidas en esta Constitución son: la inviolabilidad de la vida y la integridad personal, no hay pena de muerte ni tortura; la igualdad ante la Ley, no pueden concederse prerrogativas ni imponerse obligaciones que hagan a unos ciudadanos de mejor condición que otros; la presunción de inocencia y el conservar la honra y la buena reputación, mientras no haya declaración de responsabilidad conforme a las leyes; la libertad y seguridad personales, no hay prisión por deudas, honorarios, impuestos, multas.

Se reconoce el Hábeas Corpus; libertad de residir en cualquier lugar; la de transitar libremente; cambiar de domicilio; ausentarse del Ecuador y volver a él, sometiéndose a las disposiciones legales; la inviolabilidad de domicilio; la inviolabilidad de correspondencia; la libertad de opinión; la libertad de conciencia en todas sus manifestaciones mientras no sean contrarias a la moral y al orden público; la libertad de comercio e industria, con las limitaciones necesarias al interés social, conforme a la Ley; la libertad de ejercer profesiones; la libertad de reuniones y asociaciones para fines no prohibidos por la Ley; el derecho de

petición; el funcionario o autoridad que reciba alguna solicitud, no puede dejarla sin la resolución correspondiente, que será dictada dentro del plazo máximo de 30 días, salvo los casos en que la Ley determine los plazos establecidos y la libertad del sufragio.

En esta Constitución, en el Art. 77 fue creada la Comisión Legislativa compuesta por: un representante de la Cámara de Senado; un representante de la Cámara de Diputados; un representante de la función Ejecutiva; un representante de la Función Judicial; un representante designado por la Corte Suprema y el Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central. Se hace referencia a este artículo porque en 1951, se presentó ante la Comisión Legislativa, un proyecto de reforma con respecto a diferentes derechos para los ciudadanos, el cual no recibió ninguna atención ni se tomó ninguna resolución al respecto, por lo que no se consiguió ninguna reforma.

El 25 de mayo de 1967 en Quito, se promulgó una nueva Constitución por el Presidente del Ecuador, Dr. Otto Arosemena Gómez; en ella se adopta una nueva modalidad en lo que se refiere a las garantías, pues las divide en varias secciones: la primera, de las Disposiciones Generales, entre las que constan: la de reconocer y garantizar los Derechos Humanos, debido a que para esa fecha ya se había puesto en vigencia la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; la igualdad, sin considerar diferencias raciales, sexo, filiación, idioma, religión, posición económica, etc.; la efectiva participación en la actividad política; hay una disposición muy importante: la garantía de que el Estado y demás entidades públicas, indemnizarán a los ciudadanos por los perjuicios causados por las autoridades y funcionarios, sin perjuicio del derecho del Estado de cobrarles a dichas autoridades y funcionarios causantes de los perjuicios.

Continúa con la sección referente a los Derechos de las Personas, en que detallan las garantías ya constantes en las Constituciones anteriores, pero con nuevos derechos, que se considera importante en la vida moderna; el derecho a la Información y el de informar por medio de los órganos de difusión colectiva. En la sección de los derechos de la Familia y entre otros, reconoce la Familia como célula social fundada en el libre consentimiento; el Estado debe protección a los progenitores en el ejercicio de su autoridad paterna; los hijos nacidos fuera de

matrimonio tienen los mismos derechos en cuanto a apellidos, crianza, educación, herencia, etc.

En lo referente a Educación, se establece el laicismo en la educación oficial; la protección y apoyo económico oficial a la enseñanza particular y la libertad de enseñanza dentro de los marcos legales; esta Constitución es la que de mejor manera y más amplia, señala, define y establece las garantías ciudadanas a lo largo de la vida republicana del país.

En 1968 la Asamblea Constituyente dicta una nueva Constitución que es copia de las Constituciones anteriores, pero se incluyen normas constitucionales obligatorias para el sector público en cuanto a la planeación económica y para el sector privado solamente de dirección y orientación. Esta Constitución tuvo vigencia hasta 1970 en que el Dr. José María Velasco Ibarra al igual que en 1946 se declara dictador.

4.- PERÍODO DE 1972 – 1976 DICTADURAS

El Gobierno Nacionalista Revolucionario de las Fuerzas Armadas presidido por el General Guillermo Rodríguez Lara asume el poder al derrocar al Dr. Velasco Ibarra, se supone que fueron dos las causas que llevaron a los militares a intervenir; la primera, el interés de dicha Institución, de controlar la producción de petróleo, -las exportaciones estaban próximas a iniciarse- y, detener el posible triunfo electoral del caudillo populista, Don Asaad Bucaram.

El Dr. Oswaldo Hurtado en su obra POLITICA Y SOCIEDAD en el capítulo “El proceso Político Contemporáneo” dice: “A diferencia de lo que sucedió en sus anteriores intervenciones, en las que no hicieron previas definiciones doctrinarias y programáticas, en esta ocasión, a los pocos días de la toma del Poder se publica la Filosofía y Plan de Acción del Gobierno Nacionalista Revolucionario de las Fuerzas Armadas. Pero ese nacionalismo revolucionario se queda corto en la ejecución de ambiciosas proposiciones reformistas, elaboradas por un grupo de intelectuales y tecnócratas emperrados en reeditar en el país el “modelo peruano”, que son asumidas por los militares, en el mejor de los casos sólo

sentimentalmente³². En materia de constitucionalidad de los Derechos Humanos no tuvieron cambios sustanciales.

5.- PERÍODO DE 1976 A 1979 PREPARACIÓN PARA EL ADVENIMIENTO DEL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL.

En el mes de enero de 1976 el triunvirato integrado por los tres oficiales más antiguos de la Marina, Ejército y Aviación, derrocan al General Rodríguez Lara imponiendo al pueblo un nuevo Gobierno institucional militar, que mantiene las políticas económicas y sociales de anterior, no introduce nada nuevo en materia de garantías constitucionales, ninguna modificación en materia internacional y de recursos naturales.

Es necesario señalar, que en los últimos meses el Gobierno Militar impuso políticas económicas y libertades de carácter derechista o conservadora. El cambio más importante que se debe anotar es el político-electoral, pues se decide convocar a elecciones para entregar a los civiles y así evitar el deterioro de la institución militar gravemente, afectada por sus conflictos internos, y que deseaba, vivamente, volver a sus actividades castrenses.

La Constitución de enero de 1978, aprobada mediante referendun, establece claramente los deberes y derechos de los ecuatorianos: en el Título II DE LOS DERECHOS, DEBERES Y GARANTIAS, divide en las siguientes secciones: *SECCION I De los derechos de la persona*, Art. 19 al 21, indica las garantías que el Estado tiene hacia las personas; *SECCION II De la Familia*, Art. 23 al 25; el Estado protege a la familia como célula fundamental de la sociedad y le garantiza las condiciones morales, culturales y económicas que favorezcan a la consecución de sus fines; *SECCION III De la Educación y cultura*, Art. 26 al 28, en donde la educación es deber primordial del Estado, la educación es laica y gratuita en todos los niveles, de igual manera fomentará y promoverá la cultura, creación artística y la investigación científica y velará por la conservación del patrimonio cultural y la riqueza artística e histórica de la Nación; *SECCION IV De la seguridad social y la promoción popular*, Art. 29 y 30, donde establece que todos los ecuatorianos tienen derecho a la seguridad social; *SECCION V Del trabajo*, Art. 31, que establece que

³² HURTADO, Oswaldo, *Política y Sociedad*, CORDES, 1992, pág. 31

el trabajo es un derecho y un deber social, goza de la protección del Estado; *SECCION VI De los Derechos Políticos*. Esta Constitución se ha mantenido vigente hasta 1998, año en que se promulgo la Constitución que actualmente esta vigente.

6.- CONSTITUCIÓN DE 1998

Un Estado que se organiza jurídicamente por medio de una Constitución, expresión de la voluntad soberana del pueblo, legitima el ejercicio del poder. La Constitución es la norma suprema del Estado y por lo tanto, las garantías constitucionales que los ciudadanos tienen están protegidas por ésta norma suprema, por lo tanto, todo el marco jurídico en el que el Estado se desenvuelve, debe guardar conformidad con ella, es decir ninguna ley está sobre ella y ninguna persona fuera de su control. Cuando se habla de violaciones a los derechos ciudadanos en un sistema democrático, parecería un contrasentido, sin embargo, en la cotidianidad existe una gran distancia entre la formalidad de la ley y su real aplicación. Estando conscientes de esta distancia entre la ley y su aplicación, los ciudadanos y ciudadanas buscan por todos los medios jurídicos a su alcance, que las garantías constitucionales que le son inmanentes a su condición de ser humano sea respetadas, es por ello que la Constitución que entró en vigencia el 10 de agosto de 1998, tiene un capítulo que trata sobre la garantía de los derechos.

La mayor parte de las Constituciones de los Estados actualmente reconocen, en forma expresa, los derechos de la persona y los derechos de la sociedad. Este reconocimiento no es suficiente para que dichos derechos sean respetados por las diferentes funciones de Estado. Los textos constitucionales del Ecuador establecen determinadas garantías que aseguran la eficacia de los derechos, estas garantías operan cuando un derecho constitucionalmente consagrado es vulnerado. Las garantías son un conjunto de medios de los cuales se sirve el agraviado para restablecer su derecho violado, es decir las garantías constituyen técnicas de protección, diferentes a los derechos mismos³³.

Los derechos ciudadanos.- El TITULO III “De los Derechos, garantías y deberes” es el más rico y diverso de la Constitución. Sin embargo, hay una notoria restricción

³³ CHIRIBOGA, Z. Galo y SALGADO P. Hernán, “Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana”, Quito, ILDIS 1995, pág. 140

en el Capítulo 4, Sección segunda, Del trabajo. La más importante de todas ellas es la contemplada en el Art. 35, numeral 10, que suprime el derecho de huelga de los trabajadores de los servicios públicos. De manera taxativa se señala que “Se prohíbe la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, telecomunicaciones...”, a pesar de las estipulaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que establece la sindicalización de los servicios públicos y derechos correspondientes, el numeral 9 del mencionado artículo establece que “Las relaciones de las instituciones comprendidas en los numerales 1, 2, 3, 4, del Art. 118 –las instituciones del aparato del Estado- y de las personas jurídicas creadas por la ley para el ejercicio de la potestad estatal con sus servidores, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública...”.

Curiosa combinación de una restricción de los derechos sindicales de los trabajadores, por una parte, y por otra la ampliación de los derechos civiles y ciudadanos, lo cual evidencia la concepción liberal clásica que distingue, y aún, opone, los derechos ciudadanos a los derechos laborales. También establece un cambio del tipo de poder, que privilegia la categoría de ciudadanos a la de trabajadores.

Si bien es cierto que, el espíritu liberal impregnó el espíritu de la Constitución en materia de derechos civiles, pero la presión de los distintos movimientos sociales, en particular del movimiento indio y las ONGs ligadas a los distintos aspectos de los derechos ciudadanos, jugó un papel importante en la amplitud y profundidad de estos derechos. Uno de los aspectos más importantes es la ampliación del reconocimiento de derechos y las garantías correspondientes a otras categorías sociales tales como de los “grupos vulnerables”, entre los cuales, según el Art. 47 “...los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, los que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad. Del mismo modo, se atenderá a las personas en situación de riesgo y víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos”. El Art. 36, menciona los “derechos reproductivos”, una de las más caras conquistas de las mujeres: “Se reconocerá como labor productiva, el trabajo doméstico no remunerado”. En la sección tercera del TITULO III, De la familia, se

reconocen a las mujeres, jefas del hogar, la igualdad de hombres y mujeres y de las "... uniones libres y monogámicas libres de vínculo matrimonial".

Sin lugar a dudas las secciones más controvertibles del TITULO III, Capítulo 4 "De los derechos económicos, sociales y culturales" son: la Sección Octava, De la educación, y la Décima, De la comunicación. El punto conflictivo respecto a la educación lo presenta el Art. 67 en cuanto establece que "La educación pública será laica en todos sus niveles, obligatoria hasta el nivel básico, y gratuita hasta el bachillerato o su equivalente". De manera indirecta, establece el carácter no gratuito de la Educación superior. El Art. 75 definió de manera taxativa que "... la función ejecutiva o sus órganos, autoridades o funcionarios no podrá ... privarlas de sus rentas o asignaciones presupuestarias ni retardar injustificadamente sus transferencias". El Art. 78 insiste "Para asegurar el cumplimiento de los fines y funciones de las instituciones estatales de educación superior, el Estado garantizará su financiamiento e incrementará su patrimonio". Y en el tercer inciso del mismo artículo: "Sin perjuicio de otras fuentes de financiamiento de origen público o privado o alcanzadas mediante autogestión, las rentas vigentes asignadas a universidades y escuelas politécnicas públicas en el presupuesto general del Estado, se incrementará anualmente y de manera obligatoria, de acuerdo con el incremento de los ingresos corrientes totales del gobiernos central"

Cuando lo establece mediante autogestión o que crearán fuentes de ingreso, se esta estableciendo un sistema mixto de cobro de pensiones a los estudiantes, pero en el Art. 77 indica que: "Ninguna persona podrá ser privada de la educación superior por razones económicas, para el efecto, las entidades de educación superior establecerán programas de crédito y becas", de igual manera en su inciso tercero establece que: "Ingresarán a las universidades y escuelas politécnicas quienes cumplan los requisitos establecidos por el sistema nacional obligatorio de admisión y nivelación." El establecimiento de un sistema académico de admisión y nivelación es correcto y adecuado por razones académicas, pero no justifica por razones económicas.

En la Sección Décima "De la comunicación", el Art. 81 ha enfrentado los derechos de la comunicación, defendidos por las nuevas corrientes de la información y de la comunicación, con el derecho a la libertad de expresión,

defendido por periodistas y medios de comunicación, considero que debe haber libertad de expresión, se debe controlar el monopolio de los medios de comunicación por el gran capital nacional e internacional que se mueve en el país y que constituye el mayor obstáculo al derecho a la libre expresión de la gran mayoría de la población.

En el TITULO III del CAPITULO 5 “De los derechos colectivos”, constituye uno de los mayores avances y éxitos logrados por los grupos de presión orientados hacia ellos. Comprende los derechos de los “pueblos indígenas y afroecuatorianos”, los derechos ambientales y los derechos de los consumidores. Se ha alcanzado la vigencia constitucional de derechos con demandas sociales, que no constan ni en las constituciones más avanzadas del mundo, entre los cuales tenemos la protección a los derechos intelectuales colectivos y ancestrales, los saberes sobre la biodiversidad, el derecho de las comunidades indígenas a participar en las decisiones sobre inversiones en sus territorios. Se lograron grandes avances en la legislación del reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indios a sus territorios, justicia, lengua y cultura propias.

Es indudable que los derechos y garantía de los pueblos Indígenas establecidos en la Constitución están relacionados con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que plantea como principios básicos el respeto y la participación, el respeto a la cultura, a la religión, a la organización social y económica y a la identidad propia, se utiliza el término “pueblos”, para identificarlos con identidad y organización propia, pero no se refiere a la connotación del Derecho Internacional, esto es con soberanía y autodeterminación. Este Convenio, en forma resumida, plantea el derecho a participar en el uso, administración y conservación de los recursos naturales renovables; a ser consultados antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos no renovables existentes en sus tierras y territorios o comarcas; a participar en la distribución equitativa de los beneficios que reporten tales actividades y, a ser indemnizados por los perjuicios y el impacto socio-ambiental negativo. Al aplicar el Convenio los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados cada vez que prevean medidas susceptibles de afectarles directamente y establecer los medios a través de los cuales pueden participar libremente en la adopción de decisiones. De igual manera, se considera que dichos pueblos podrán

establecer las prioridades en los procesos de desarrollo, en la medida que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, así como a controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural, y participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional, susceptibles de afectarles directamente.

La Constitución vigente está de acuerdo con los cambios experimentados en el mundo. A 1993, la Organización de las Naciones Unidas declaró como el “Año Internacional de los Pueblos Indígenas” y al 9 de agosto, como “Día de los Pueblos Indígenas de Mundo”. A partir de 1994 y hasta el año 2004 se establece el “Decenio de los Pueblos Indígenas”, período en el cual lograrán alcanzar todas sus aspiraciones.

La Constitución establece garantías de orden jurisdiccional y procesal, que están destinadas a proteger los derechos, este régimen de protección trasciende el espacio geográfico de un Estado, pues la Comunidad Internacional ha creado también mecanismos de protección transnacional de los derechos.

En el Ecuador tenemos el Tribunal Constitucional, que constituye el más alto tribunal de control constitucional, es un órgano independiente y autónomo que tiene la responsabilidad constitucional de ejercer el control constitucional. No es un órgano de la Función judicial y es independiente de las otras funciones del Estado. Se puede decir que la existencia misma de un Tribunal Constitucional es, en sí, una garantía para el ejercicio de los derechos. Al respecto, Kelsen habló de dos conceptos fundamentales: “justicia constitucional”, que es una acepción de carácter filosófico, relativa a supremacía y la defensa constitucional que persigue la consecución de valores suprajurídicos y “jurisdicción constitucional”, que es un concepto de carácter netamente jurídico, según el cual, además de la existencia de un órgano especializado, se refiere a los procedimientos por los cuales se encarga a un órgano estatal, que en el caso ecuatoriano es el Tribunal Constitucional.

En el Ecuador opera un sistema de justicia constitucional y de jurisdicción constitucional, tenemos un Tribunal que administra la justicia constitucional y un sistema jurisdiccional que esta regulado en la Constitución y en la Ley de Control

Constitucional, normas en las cuales se dan los procedimientos para alcanzar la justicia constitucional. Desde que se dictó la Ley de Control Constitucional podemos decir que en el Ecuador tenemos un derecho procesal constitucional, con el cual se tramita y resuelve los conflictos en esta materia, el reconocimiento de estas normas jurídicas procesales impone a los ciudadanos y, por supuesto, a quienes administran justicia, que sólo estas normas son aplicables en el trámite de las controversias sobre la materia constitucional.

Desgraciadamente en el país hemos observado cómo, ciertos jueces de la función Jurisdiccional que tramitan en primera instancia algunos de los recursos constitucionales, y, ciertos abogados, pretender judicializarlo, es decir, imponer, ilegítimamente, al trámite previsto en la Constitución y en la Ley de Control Constitucional, disposiciones del Código de Procedimiento Civil e incluso, normas reglamentarias, produciendo el entorpecimiento de los procesos de reclamación constitucional.

El sistema constitucional busca proteger dos bienes jurídicos diferentes: los derechos fundamentales de los ciudadanos y el principio de supremacía constitucional, es decir: "El Derecho Procesal Constitucional debe entenderse como aquella disciplina jurídica que estudia los instrumentos de la jurisdicción constitucional, es decir, la magistratura y los procesos constitucionales"³⁴.

La Magistratura Constitucional.- En el Ecuador la magistratura constitucional, está compuesta por un órgano supremo que es el Tribunal Constitucional y órganos a los que se pueden llamar auxiliares y que son todos los jueces de la República que, por disposición Constitución, son para conocer, en primera instancia, los recursos de amparo y hábeas data. También como órganos auxiliares de la magistratura constitucional, están todos los Alcaldes que tienen competencia para conocer y resolver los recursos de hábeas corpus. Tanto los jueces como los Alcaldes, al recibir el recurso deben tramitarlo en forma sumaria, y remitir su resolución, por apelación, al Tribunal Constitucional en los casos de la acción de amparo, hábeas data y hábeas corpus, en este último, cuando la autoridad municipal lo niega, es el Tribunal Constitucional el único órgano del poder público que tiene capacidad para resolver estos recursos en forma definitiva.

³⁴ HERNANDEZ V. Rubén, "Escrito sobre justicia constitucional", Medellín, Biblioteca Jurídica, 1997, pág. 121

El Proceso en la controversia constitucional.- Los procedimientos para tramitar los conflictos en materia constitucional, son instrumentos procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional y están claramente determinados en forma exclusiva en la Constitución Política y en la Ley de control constitucional. Son éstas las disposiciones procesales que se deben aplicar en el caso de controversias constitucionales.

La Constitución es mucho más que la norma jurídica suprema del Estado, es el centro del ordenamiento jurídico por donde pasan todas las ramas del Derecho. La amplitud de materias que regula la Constitución determina que su defensa demande de instrumentos específicos y propios. Los instrumentos específicos y propios para resolver los procesos en materia constitucional, actúan bajo los siguientes principios:

- La legalidad constitucional.
- La violación de un derecho constitucional es inconvulvable.
- El derecho de demandar actos violatorios a la Constitución es imprescriptible.
- Los derechos fundamentales deben interpretarse y aplicarse conforme a los principios “pro homine” y “pro libertatis”.
- En caso de duda constitucional debe aplicarse la disposición más favorable al recurrente.
- Los derechos fundamentales que se discuten en un proceso constitucional están precedidos por los principios de informalidad, gratuidad y celeridad.
- La nulidad procesal es excepcional.

Las garantías de los derechos en la nueva Constitución.- En el TITUTLO III, Capítulo 1, Art. 16, de la Constitución determina que: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”. Esta declaración de principios es sumamente importante por cuanto define como objetivo fundamental del Estado, respetar y hacer que se respete los derechos que la Constitución garantiza. De igual manera, el Art. 18 establece que: “Los derechos y garantías determinados en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”, aquí se está estableciendo que la justicia internacional puede intervenir si se ha violado algún derecho.

El Capítulo 6 trata de “De las garantías de los derechos”. La Sección Primera Del *HABEAS CORPUS* dispone que: “toda persona que crea estar ilegalmente privada de su libertad, podrá acogerse al hábeas corpus. Ejercerá este derecho por sí, o por interpuesta persona, sin necesidad de mandato escrito, ante el Alcalde bajo cuya jurisdicción se encuentre, o ante quien haga sus veces. La autoridad municipal, en el plazo de 24 horas, contadas a partir de la recepción de la solicitud, ordenará que el recurrente sea conducido inmediatamente a su presencia y se exhiba la orden de privación de libertad. Su mandato será obedecido sin observación ni excusa, por los encargados del Centro de Rehabilitación o del lugar de detención”.

El Alcalde dictará su resolución dentro de las 24 horas siguientes, dispondrá la inmediata libertad del reclamante, si el detenido no fuere presentado, si no exhibiere la orden, si ésta no cumpliera los requisitos legales, si se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención o, si se hubiere justificado el fundamento del recurso. Si el Alcalde no tramitara el recurso, será civil y penalmente responsable, de conformidad con la ley.

El funcionario o empleado que no acate la orden o la resolución será inmediatamente destituido de su cargo o empleo sin más trámite, por el Alcalde, quien comunicará tal decisión a la Contraloría General del Estado y a la autoridad que deba nombrar su reemplazo. El funcionario o empleado destituido, luego de haber puesto en libertad al detenido, podrá reclamar por su destitución ante los órganos competentes de la Función Judicial, dentro de los ocho días siguientes a aquel en que fue notificado.

El recurso del Hábeas Corpus, es una garantía a los derechos constitucionales, previstos en los Arts. 23 numeral 4, 6 y 8 de la Constitución. El Art. 23 dispone que el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes derechos: la Libertad y el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones. Además, el Art. 24 dispone que para asegurar el debido proceso, deberá observarse las siguientes garantías básicas:

- Toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, de la de los

agentes que la llevan a cabo y la de los demás responsables del respectivo interrogatorio. También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. Será sancionado quien hay detenido a una persona, con o sin orden escrita del juez y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente.

- Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse detenido sin fórmula de juicio, por más de 24 horas. Se exceptúan los arrestos disciplinarios previstos por la ley dentro de los organismos de la fuerza pública, nadie podrá ser incomunicado.
- La prisión preventiva no podrá exceder de 6 meses, en las causas por delitos sancionados por prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa.

Sin excepción alguna, dictado el auto sobreseimiento o la sentencia absolutoria, el detenido recobrará inmediatamente su libertad, sin perjuicio de cualquier consulta o recurso pendiente. La autoridad competente, en primera instancia, es el Alcalde; pero, si el Alcalde denegare el recurso de hábeas corpus, el recurrente puede apelar de esta denegación ante el Tribunal Constitucional. Varias son las causales por las cuales el Alcalde debe ordenar la libertad de un ciudadano, estas causales son:

1. Si el reclamante detenido no fuere presentado.
2. Si la autoridad que lo detuvo no exhibe la orden de detención.
3. Si, exhibida esta orden, la misma no cumple con los requisitos legales.
4. Si en la detención se hubiere incurrido en vicios de procedimiento.
5. Si hubiere justificado el fundamento del recurso.

El recurso de hábeas corpus es también sumario y debe ser resuelto dentro de las 24 horas contadas a partir de la recepción de la solicitud. Se ha dado malhadada práctica que los alcaldes, con la Ley de Régimen Municipal, se toman 48 horas para resolver el caso, y si para mala suerte del detenido, su detención

ocurre en un fin de semana o feriado, las autoridades no contabilizan este tiempo; en la práctica resulta que el detenido fácilmente puede pasar 72 o más horas, aunque la Constitución impone que debe ser resuelto el recurso, dentro de las 24 horas, y, si no lo tramitare será civil y penalmente responsable. En la realidad no resulta de esta manera.

Del *HABEAS DATA*.- Es también una garantía del Derecho Constitucional al acceso a la información y a la seguridad jurídica, derechos que están contemplados en el Art. 23 numerales 8, 9 y 26 del texto Constitucional, que indica: "Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre si misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ello y su propósito. Podrá solicitar, ante el funcionario respectivo, la actualización de datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización. La Ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional".

El recurso del hábeas data opera en dos casos: Si la persona o entidad, que posee informes sobre el solicitante no se la proporciona; y si, obtenida la información, el ciudadano solicitare la rectificación, eliminación o anulación de las informaciones que fueren erróneas o afectaren ilegítimamente sus derechos. El procedimiento para aplicar el recurso del hábeas data es el mismo que la Constitución establece para la acción de amparo, en cuanto a la información que consta en archivos relacionados con la defensa nacional, por el momento no está cubierto por el hábeas data, ya que la ley que establecerá el procedimiento para acceder aún no ha sido expedida.

De la *ACCION DE AMPARO*.- El Art. 95, dispone que: "Cualquier persona, por sus propios derechos, o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar, inmediatamente, las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole, o pueda violar, cualquier derecho consagrado en

la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y que, de modo inminente amenace con causar daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizado por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública. No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso. También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. Para la acción de amparo no habrá inhibiciones de juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles.

El juez convocará de inmediato a las partes, para oír las en audiencia pública dentro de las 24 horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho. Dentro de las 48 horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su conformación o revocatoria ante el Tribunal Constitucional. La ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez; y a los jueces y magistrados que violen el procedimiento de amparo, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá optar las medidas que considere pertinentes, incluso acudir a la fuerza pública. No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho”.

Es indudable que en el derecho de amparo se consagra una de las garantías fundamentales que tutela los derechos constitucionales; es, a través del ejercicio de este derecho ciudadano, que podemos hacer frente a las acciones de poder autoritario. Es una institución relativamente nueva, que cada vez está siendo conocida y utilizada, en la Constitución se ha incorporado disposiciones que tienden, a orientar su mejor aplicación, una de ellas es la que dispone que ninguna norma procesal que se oponga a la acción de amparo es aplicable, por lo que el amparo constitucional se lo procesa en la forma que establece la Constitución y la Ley de Control Constitucional, que en su Título II sobre las garantías de los derechos de la persona y, específicamente, al referirse al amparo constitucional, en el Art. 47 dispone: “Son componentes para conocer y resolver el recurso de

amparo, cualquiera de los jueces de lo civil o los tribunales de instancia de la sección territorial en que se consume o pueda producir sus efectos el acto ilegítimo violatorio de los derechos constitucionales protegidos. También podrá interponerse la acción ante el juez o tribunal de lo penal, en días feriados o fuera del horario de atención de los juzgados y tribunales, o en circunstancias excepcionales, que deberán ser invocadas por el solicitante y calificadas por dicho juez o tribunal, en los cuales radicará la competencia de la causa. En ningún caso habrá inhibición del juez o tribunal ante el cual se interponga el amparo, salvo cuando entre estos y el peticionario existan incompatibilidades de parentesco y otras señaladas en la ley".

En la Constitución se menciona al amparo como una *acción* que tiene por objeto la tutela efectiva de los derechos consagrados en la misma, así como los consagrados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador; por lo tanto no, se trata de un juicio sometido a las normas procesales, civiles o penales. No cualquier persona puede interponer la acción, únicamente puede hacerlo el ofendido por sí mismo, por medio de apoderado o de un agente oficioso que justifique la imposibilidad en que se encuentra el afectado y ratifique, posteriormente, su decisión en el término en tres días, excepto cuando se trate de protección del medio ambiente. Aparte de los ofendidos, está legalmente autorizado a ejercer la acción de amparo el Defensor del Pueblo.

El juez, o tribunal a quien se le presente el amparo, deberá convocar por una sola vez y en forma escrita a las partes, para ser oídas en Audiencia Pública, la misma que se celebra dentro de las 24 horas subsiguientes.

En el proceso constitucional, las partes son dos: el accionante u ofendido y la autoridad pública cuestionada. También pueden ser parte las personas particulares que presten servicios públicos, o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública. El juez o tribunal que conoce la acción o recurso de amparo, de considerarlo necesario, puede ordenar la suspensión de cualquier acción actual, o inminente, que afecte o amenace los derechos protegidos. Concluida la audiencia, el juez o tribunal tiene 48 horas para conceder o negar el amparo. De admitirlo, ordenará la suspensión definitiva del acto u omisión impugnado, disponiendo la

ejecución inmediata de todas las medidas que considere necesarias para remediar el daño.

Por apelación, ya en el Tribunal Constitucional, se sorteará la causa y la Sala a la que compete su conocimiento, resolverá la acción en un plazo no mayor de diez (10) días. Han quedado excluidas, como objeto de la acción de amparo, las decisiones judiciales adoptadas en un proceso. Lamentablemente esta disposición contaría con el principio de supremacía de control constitucional y, lamentablemente, es en la Función Judicial donde se presentan abundantes casos de violación a las garantías constitucionales, para ejemplo baste mencionar la cantidad de presos sin sentencia y sindicados, con órdenes de presión preventiva, que exceden los tiempos razonables.

La Sección cuarta del Capítulo 6, Art. 96 trata sobre la Defensoría del Pueblo, determina que el Defensor del Pueblo tiene jurisdicción nacional y que fue creado para promover o patrocinar el hábeas corpus y la acción de amparo de las personas que lo requieran; señala además, que está obligado a defender y a excitar la observancia de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución, además de observar la calidad de los servicios públicos. Es de esperarse que, esta importante institución a favor de los ciudadanos y sus derechos, cumpla eficientemente con la misión que le fue asignada en beneficio de todos los ecuatorianos.

La Constitución de 1998 es histórica para las mujeres, porque es la primera vez que en el Estado, se visibiliza a la mujer como ciudadana a la que se le reconoce derechos inherentes a su propia naturaleza, derechos, que sin duda alguna van, a ser ejercidos tanto en el ámbito público como en el privado; en todas las Constituciones se los reconocía solamente como los "Derechos del Hombre". Luego de una jornada que comenzó a principios de siglo pretendiendo el derecho al sufragio, horarios de trabajo menos agotadores, y el mejoramiento de las condiciones de esos espacios físicos, se asume un espacio mucho más amplio. En los albores del tercer milenio, el Estado reconoce el ejercicio de los derechos humanos sin discriminación, el reconocimiento y el respeto a la integridad personal, prohíbe todo tipo de violencia, cualquiera sea su ámbito de acción. Con buen acierto se acogieron los principios de la Convención Americana de Derechos

Humanos y de la Convención contra todas las Formas de Discriminación de la Mujer, de las cuales el Ecuador es signatario.

La autora considera, que al recurrir el nuevo siglo la igualdad ante la ley por razones de orientación sexual, discapacidad física o sensorial, ya no será únicamente un hermoso enunciado. El respeto a la vida, a la salud sexual y reproductiva, son principios fundamentales que servirán para adecuar leyes secundarias a los mandatos constitucionales.

La protección a la familia se basa en vínculos jurídicos y de hecho, en el respeto a los derechos y oportunidades de sus integrantes, el Estado promoverá la paternidad y maternidad responsables, el derecho a decidir libre y responsablemente sobre el número de hijos que se puede tener, educar y alimentar, comprometiéndose a informar y promover los medios necesarios para hacerlos plenamente efectivos.

Propicia la incorporación de las mujeres al trabajo garantizándoles igual remuneración por trabajo de igual valor, respetando sus derechos para mejoramiento de las condiciones en el mercado laboral, especialmente en el caso de las madres gestantes y en el período de lactancia; prohibiendo de manera expresa y categórica, todo tipo de discriminación laboral contra la mujer, reconociendo, como labores productivas el trabajo doméstico no remunerado; promoviendo la participación equitativa de mujeres y hombres como candidatos en los procesos de elección popular, en las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia, en los organismos de control y en los partidos políticos.

Además, la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a los recursos para la producción y en la toma de decisiones económicas en la administración de la sociedad conyugal y en el manejo de la propiedad. Se reconoce como nuevo derecho de las personas el derecho a la identidad, el de decidir libre y responsablemente sobre la vida sexual, debiendo el Estado garantizar las condiciones para hacer efectivo el ejercicio de este derecho. Se compromete a garantizar el pleno desarrollo de todos los principios expuestos en la

Constitución que llevan implícito el criterio de equidad entre hombres y mujeres, que no han estado presentes antes en ninguna Constitución.

Se elevan a garantías constitucionales elementales derechos que para las mujeres marcan el principio de una convivencia con respeto a la diferencia en igualdad de oportunidades. Pero hay que reconocer que la Constitución vigente amplía las posibilidades de las mujeres para ejercer los derechos como ciudadanas; pero, sobretodo, como mujeres con identidad propia, con historia propia y con la convicción de que la lucha no ha sido inútil, que si bien ha sido larga nos ha permitido llegar a estos resultados que serán el referente para nuevos objetivos en la constante búsqueda de la equidad en todos los niveles.

CAPITULO IV

LA VIOLACION DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTADOS COMO CRIMEN INTERNACIONAL

1.- EVOLUCION DEL CONCEPTO DE CRIMEN INTERNACIONAL

El derecho internacional admite el postulado básico de que, ante la violación de una obligación internacional, el sujeto causante debe reparar el daño ocasionado mediante su acción ilícita, por medio de un acto que tenderá a ser proporcional al daño sufrido, ya sea éste de carácter material o moral. Este principio fundamental, basado en que todo acto ilícito comporta la obligación de reparar, es aceptado por la doctrina y jurisprudencia actual.

Los aspectos generales de la responsabilidad internacional del Estado se elevan a su máxima expresión, cuando califican la violación grave y sistemática de los Derechos Humanos fundamentales como un crimen internacional. “Los derechos o intereses cuya violación causa un daño a un particular se hallan siempre en diferente plano que los derechos del Estado que pueden igualmente ser lesionados por el mismo acto. Por consiguiente, el daño sufrido por un particular no será nunca sustancialmente idéntico al que ocasionase al Estado, pero puede proporcionar una medida apropiada de la reparación debida al Estado”³⁵.

Dicha reparación, en muchas ocasiones adoptará la forma de un pago indemnizatorio tendiente a restaurar la situación antijurídica originada, podrá adoptarse otras formas como la restitución, la satisfacción y a veces también la adopción de medidas apropiadas para impedir que vuelva a producirse la infracción.

El Derecho Internacional establece las medidas coercitivas aplicables al Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, dentro del contexto de análisis

³⁵ CARDONA LLORENS, J. *La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad Internacional (El crimen internacional)*, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. VIII, 1995. pág. 271.

relacionado específicamente con las represalias, el bloqueo pacífico, el embargo, la intervención o la propia guerra. La concepción de responsabilidad internacional, encuentra su marco referencial en un Derecho Internacional caracterizado por el particularismo y el consentimiento de los Estados parte, de una sociedad internacional concebida fundamentalmente, como yuxtaposición de Estados soberanos y, como consecuencia, un Derecho internacional marcado entre otros factores como el voluntarismo, el particularismo-reciprocidad y la ausencia de valores e ideologías.

1.1. DESARROLLO PROGRESIVO DEL CONCEPTO DE CRIMEN INTERNACIONAL

La Declaración de Moscú del 1 de noviembre de 1943, suscrita por Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión soviética, impuso una jurisdicción universal para los crímenes de guerra, sin localización geográfica precisa. Su consecución inmediata fue el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 (firmado además por Francia), en el cual se integró el Estatuto que incorporaba una Carta del Tribunal Militar Internacional, que, en opinión de Quintano Ripollés, presentaba una “materia y forma tan genuinamente de ley como el más imperativo de los mandatos internos, pero de carácter universal bien preciso”.³⁶

El Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, que actuó desde el 20 de noviembre de 1945 hasta el 1 de octubre de 1946, condenó a la pena capital a doce criminales de guerra alemanes; a diversas penas de prisión, a siete; y absolvió a tres.

Un proceso similar se siguió con los principales criminales de guerra japoneses, al crearse, mediante una proclama del 19 de enero de 1946, por el Jefe supremo de las fuerzas de ocupación en el Japón, el Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente que actuó del 3 de mayo de 1946 al 12 de noviembre de 1948, y que condenó a pena capital a siete personas; a reclusión perpetua, a dieciséis; y, a diversas penas de prisión, a dos.

³⁶ QUINTANO RIPOLLES, A: *Legalismo y judicialismo en lo internacional penal*, R.E.D.I. 1983, vol VI, pág. 288.

El Tribunal de Nüremberg se constituyó para juzgar los distintos tipos de delitos agrupados en cuatro categorías: crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, conspiración y complot.

Los crímenes contra la paz.- se establecieron como: "...la dirección, la preparación, el desencadenamiento o la persecución de una guerra de agresión, o de una guerra en violación de los tratados, garantías o acuerdos internacionales, o la participación en un plan concertado o en un complot para la perpetración de cualquiera de los actos precedentes".³⁷

El Tribunal probó que tales crímenes ya estaban sancionados por el Derecho Internacional, la sentencia hizo una enumeración histórica de los documentos internacionales para fundamentar la existencia de tal figura en el Derecho Internacional anterior a la Segunda Guerra Mundial: el Protocolo de Ginebra de 1927 (nunca ratificado); la Declaración de la Conferencia Panamericana de 1928; el Pacto Briand-Kellogg de 1928 (que en el año 1939 estaba en vigor con sesenta y tres Estados); y los Tratados de "No Agresión", de la Unión Soviética con sus vecinos, celebrados entre 1931 y 1933.

Se reconoció a la guerra de agresión como un crimen internacional que va contra el derecho de gentes, y la existencia de normas internacionales que establezcan la responsabilidad penal individual por la comisión de tal crimen.

Los crímenes de guerra.- están establecidos en los siguientes términos: "...La violación de las leyes y de las costumbres de guerra. Estas violaciones comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, los malos tratos o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil en los territorios ocupados, el asesinato o los malos tratos de los prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades y de pueblos o la devastación no justificada por las necesidades militares".³⁸

³⁷ FINCH, G. *The Nüremberg Trial and International Law*, A.J.I.L. Vo. 41, núm. 1, 1947, pág. 26

³⁸ FINCH ..., *Ibidem*

El Tribunal consideró que los actos contenidos en este artículo constituían delitos de Derecho Internacional, estaban comprendidos en instrumentos internacionales anteriores a 1939. El Reglamento de La Haya sobre las leyes y las costumbres de guerra terrestre, anexo a las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907; la Convención de Ginebra de 22 de agosto de 1864 sobre el Trato a los Prisioneros de Guerra, así como el Tratado de Washington de 6 de febrero de 1922 y el Tratado de Londres de 22 de abril de 1930 sobre la guerra marítima, constituyen una muestra significativa de tales instrumentos.

Los crímenes contra la humanidad, se indica: "...el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y todo acto inhumano cometido contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos o persecuciones hayan constituido o no una violación del derecho interno del país donde hayan sido perpetrados, sean cometidos al perpetrar un crimen sujeto a la jurisdicción de Tribunal o en relación con él".³⁹

La formación del concepto de crimen contra la humanidad inicia con las ideas de Grocio, Vitoria y Suárez, que consideraban justa la guerra dirigida contra un soberano que practicase abiertamente la impiedad y la crueldad contra sus súbditos. En la actualidad se los asocia a las "intervenciones de la humanidad", que constituyen intervenciones diplomáticas o militares, a favor de colectividades perseguidas.

Respecto a la conspiración y complot; según el cual los dirigentes, los organizadores, los instigadores y los cómplices que hubieren participado en la formulación o ejecución de un plan común o de una conspiración para cometer cualquiera de los delitos, serán responsables de todos los actos realizados por cualesquiera personas en ejecución de tal plan. Esta disposición no añadía nuevos delitos, sino que estaba destinada a determinar la responsabilidad de las personas participantes en un plan común, para preparar, iniciar o llevar a cabo una guerra de agresión.

³⁹ FINCH..., *Ibidem*

1.2.- EL PROYECTO DE CÓDIGO DE DELITOS CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD.

En su resolución 177 (II) del 21 de noviembre de 1947, la Asamblea General, además de confiar a la Comisión de Derecho Internacional la formulación de los principios de Derecho internacional recogidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nüremberg, le encargó la preparación de un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, en el cual se indique claramente la función que corresponde a tales principios. La Comisión hizo un estudio preliminar, de la preparación del proyecto, decidió que se distribuyera a los gobiernos un cuestionario en el cual se preguntase qué delitos, además de los reconocidos por el Estatuto y cuales Sentencias de Nüremberg, debían ser incluidos en el proyecto de código.

Él Proyecto, constó de cuatro artículos que son:

1. El principio de la responsabilidad individual por los delitos de derecho internacional.
2. Una enumeración de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, que incluía:
 - Los actos de agresión directa.
 - Amenazas o preparación del empleo de la fuerza armada.
 - Fomentar la actuación de bandas armadas, luchas civiles o actividades terroristas en el territorio de otro Estado.
 - La violación de obligaciones establecidas por un tratado destinado a garantizar la paz y la seguridad internacionales.
 - La anexión de un territorio a otro Estado o bajo régimen internacional.
 - La intervención en los asuntos internos o externos de otro Estado mediante medidas coercitivas económicas o políticas.
 - Los actos constitutivos de crímenes contra la humanidad.
 - Los actos constitutivos de crímenes de guerra.
 - La conspiración, la instigación directa, la tentativa o la complicidad en la perpetración de cualquiera de los delitos definidos anteriormente.

3. El principio contenido en el Art. 3 del Estatuto del Tribunal de Núremberg, por el cual no se eximirá de responsabilidad a una persona por el hecho de que haya cometido tales delitos actuando como Jefe de un Estado o como autoridad de mismo.
4. El Principio contenido en el Art. 4 del Estatuto, por el cual no se eximirá de responsabilidad a una persona que haya cometido tales delitos por el hecho de que haya actuado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior jerárquico si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden.

El Proyecto de Código sólo debería referirse a los crímenes internacionales más importantes, y por lo tanto a los que afectaren a la paz y a la seguridad de la humanidad. Posteriormente se incluyeron el apartheid, la esclavitud, o cualquier otra forma de servidumbre, especialmente el trabajo forzado, la expulsión o traslado masivo de la población de su territorio, los actos inhumanos perpetrados contra los elementos de una población o contra individuos (como el asesinato, la deportación o el exterminio) o la destrucción masiva de sus bienes, así como cualquier atentado grave e intencional contra un bien de interés vital para la humanidad, como el medio humano.

1.3. EL PROYECTO DE CODIFICACIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS

El tema de la responsabilidad internacional ha merecido la atención de forma destacada en el plano de la codificación. La Asamblea General solicitó a la Comisión el desarrollo progresivo de los Principios de Derecho Internacional que regían la responsabilidad internacional, se elaboraron las bases de discusión que incluían; el de la responsabilidad internacional de carácter penal y el de la subjetividad internacional del individuo en materia de responsabilidad. La estructura general del proyecto, consta de tres partes:

1. El origen de la responsabilidad internacional, constituye el objeto de la primera parte que está destinada a determinar con cuales fundamentos y en qué circunstancias puede afirmarse que existe por parte de un Estado, un hecho internacionalmente ilícito.

2. El contenido, las formas y los grados de la responsabilidad, constituyen la segunda parte que versa sobre la determinación de las consecuencias que el Derecho internacional atribuye a un hecho internacionalmente ilícito de un Estado.
3. La primera parte de Proyecto, Origen de la responsabilidad internacional, fue aprobada por la Comisión en 1980.

La determinación de las consecuencias que el Derecho Internacional atribuye, a un hecho internacionalmente ilícito del Estado, y van desde las que ocasionan una reparación, hasta las consecuencias que implican una sanción, así como la relación entre ambos tipos de consecuencias y las formas concretas que pueden revestir.

1.4 CRIMEN INTERNACIONAL

Al crimen internacional reconocido internacionalmente, se lo define como “el hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado, de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional, que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto” o “el incumplimiento por un Estado de una obligación internacional establecida con el objeto de mantener la paz y la seguridad internacional y, sobre todo la violación por un Estado de la prohibición de hacer uso de la amenaza o el empleo de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado ”.⁴⁰

Constituye también crimen internacional el incumplimiento por parte de un Estado de una obligación internacional establecida por una norma de Derecho Internacional aceptada y reconocida como esencial por la Comunidad internacional en su totalidad y que tenga por objeto:

- a) El respeto de principio de igualdad jurídica de los pueblos y de su derecho a disponer de sí mismos, o

⁴⁰ AGO, Roberto, *Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en Proyecto titulado Crímenes y delitos internacionales, 1985.*, pág. 24

- b) El respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, o
- c) La conservación y el libre goce por todos de un bien común de la humanidad.

En el Art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, referido a la formación de normas de jus cogens, en la que es la comunidad internacional en su conjunto quien desempeña, la función de órgano ejecutivo, indica que “ningún Estado puede declarar o afirmar, solo contra la comunidad internacional, que un tipo particular de hechos constituye un crimen; a la inversa, ningún Estado puede sostener solo, que un tipo particular de hechos no constituye un crimen internacional”.

Ante la generalidad de este artículo, la Comisión de Derecho Internacional ha adoptado una serie de ejemplos de crímenes con carácter no exhaustivo y que corresponden a una serie de categorías de obligaciones internacionales esenciales que están relacionadas con:

- a) El mantenimiento de la paz y la seguridad internacional,
- b) La salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos,
- c) La salvaguardia del ser humano, y
- d) La protección del medio humano.

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, se trato en forma generalizada las distintas manifestaciones y se estableció que, es deber del Estado la prevención, y la protección con el fin de no perjudicar el medio de otros Estados, así como la responsabilidad internacional por los daños causados por la contaminación a terceros Estados, y el deber de cooperación entre los mismos para la solución de los problemas del medio ambiente, todos estos principios fueron recogidos en la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

“La protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados. Todos los Estados deben tratar de establecer sus propias políticas

ambientales y de desarrollo, de conformidad con esa responsabilidad. Las políticas ambientales de todos los Estados deben promover, y no afectar adversamente, el actual y futuro potencial de desarrollo de los países en desarrollo. Todos los Estados tienen la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional”.⁴¹

El Derecho Internacional del medio ambiente, configurado por diversos procedimientos jurídicos y con la presencia de convenios multilaterales, que se ocupan de diversos aspectos, nacido para satisfacer un objetivo perentorio de la comunidad internacional, la explotación de los recursos naturales en un contexto de respeto al medio humano y preservación del equilibrio ecológico, el derecho a un medio ambiente sano se configura dentro de la escala de derechos humanos.

Todo pueblo tiene derecho a la conservación, la protección y el mejoramiento de su medio ambiente, estipulado dentro del conjunto de derechos de la Tercera Generación, que también ha sido incorporado a la Constitución ecuatoriana en el Capítulo 5, Sección segunda Del Medio Ambiente, Art. 86 al 91.

Existe una clara distinción entre lo que significa el crimen internacional y delito internacional, que se considera como infracciones menos graves, es decir aquellos hechos internacionalmente ilícitos que no entran en la categoría especial de crímenes internacionales. Esta distinción entre dos aspectos diferentes dentro de la categoría global de hechos internacionalmente ilícitos, se ha ido imponiendo progresivamente en la conciencia general de la comunidad internacional.

Los Estados cuando han cometido un crimen internacional, sufren consecuencias jurídicas, que la comunidad internacional ejecuta, tomando en cuenta los siguientes aspectos:

⁴¹ Organización de Naciones Unidas, Doc. Oficiales XXIX., 1974, en *Anuario de las Naciones Unidas*, 1998, pág. 345

1. Un crimen internacional da origen a todas las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito y además, a los derechos y obligaciones que determinen las normas aplicables aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto.
2. Un crimen internacional cometido por un Estado crea para todos los demás Estado la obligación de:
 - No reconocer la legalidad de la situación originada por ese crimen.
 - No prestar ayuda ni asistencia al Estado que haya cometido tal crimen para mantener la situación originada por ese crimen; y
 - De unirse a otros Estados para prestarse asistencia mutua en la ejecución de las obligaciones.
3. Salvo que una norma aplicable, de Derecho Internacional disponga otra cosa, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones están sujetos, "mutatis mutandis", a los procedimientos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.
4. Con sujeción a lo dispuesto en el Art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por un Estado, los derechos y las obligaciones que le correspondan en virtud de cualquier otra norma de Derecho Internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por este artículo.

Las consecuencias jurídicas de los delitos internacionales, de acuerdo a los Derechos sustanciales del Estado lesionado y obligaciones correspondientes del Estado infractor son:

- a) Cesación
- b) Reparación en sus diversas formas:
 - Restitución en especie.
 - Reparación por un equivalente.
 - Satisfacción (e indemnización punitiva).
- c) Garantía contra la repetición.

Sin embargo, no puede afirmarse que la adopción de contramedidas coercitivas o represivas, unilaterales o por la comunidad internacional en su

conjunto, constituya una consecuencia del crimen internacional verosímilmente aplicable en el Derecho Internacional, las grandes potencias actúan de acuerdo a sus intereses e intervienen cuando ven que sus intereses de todo orden esta en peligro, pero no como consecuencia de la solidaridad internacional.

2.- CASOS PARTICULARES DE CRÍMENES INTERNACIONALES CONTEMPLADOS EN EL PROYECTO DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS.

En el Proyecto sobre la responsabilidad internacional de los Estados; la esclavitud, el genocidio y el apartheid, han sido recogidos en el texto de la disposición, de acuerdo al orden cronológico de regulación jurídico-internacional, a través de los instrumentos convencionales destinados a su tipificación, prevención y sanción, y han sido calificados como normas imperativas cuya violación es constitutiva de un crimen internacional. La esclavitud, el genocidio y el apartheid pertenecen a la categoría normativa por afectar a la propia razón de ser de las personas individuales, de la comunidad internacional y de la humanidad en general. Todos ellos constituyen violaciones de obligaciones de importancia excepcional que repugnan a la conciencia de la humanidad misma y que acarrear consecuencias jurídicas de largo alcance para la comunidad internacional en su conjunto.

2.1. LA ESCLAVITUD COMO CRIMEN INTERNACIONAL DEL ESTADO

La influencia ejercida no sólo en Europa, sino también en Estados Unidos desde finales del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX, por los movimientos abolicionistas, fue decisiva para crear una conciencia antiesclavista, que en muchas ocasiones, quedaría reflejada en medidas de carácter legislativo. A mediados del siglo XIX era aceptados en amplios sectores de la sociedad americana, la esclavitud no era solamente un sistema inmoral sino que además constituía: “un sistema de dudosa eficacia, que

degradaba el trabajo, distribuía mal las inversiones, frenaba el progreso tecnológico, obstaculizaba la industrialización y el desarrollo urbano”.⁴²

La esclavitud fue abolida en los Estados Unidos en 1865, en Ecuador en 1851, actualmente a pesar de que la esclavitud es legalmente sancionada, fue abolida en su último bastión en 1962 en la Península Arábiga, pero se sigue practicando en algunas partes de Asia y Africa.

La esclavitud es el estado o condición del individuo sobre el cual, se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellas. El trabajo forzoso y estado de sometimiento o subordinación, constituyen los elementos básicos sobre los cuales descansa el régimen esclavista.

La esclavitud constituye una figura autónoma cuyos elementos configuradores le confieren un carácter específico que le diferencia de las otras prácticas que, aunque semejantes o análogas en sus manifestaciones, configuran nuevas y, en ocasiones, sutiles formas de explotación, pero de contenido y significación diferentes aunque igualmente condenables.

La esclavitud no pertenece al pasado remoto, sino al pasado reciente y en muchos casos al presente, aunque legalmente ha sido abolida en todas las legislaciones de mundo, el Grupo de Trabajo contra la esclavitud, actualmente denominado como Grupo de Trabajo sobre las manifestaciones contemporáneas de la esclavitud, creado en el seno de la Comisión de Derechos Humanos, ha venido recibiendo numerosas denuncias referidas a diferentes zonas geográficas en las que todavía se practica y tolera la esclavitud.

Es necesario hacer una referencia a las prácticas esclavizadoras del apartheid y del colonialismo, aunque ambas constituyen figuras con identidad propia, existen algunos puntos de conexión que hacen que se las considere como manifestaciones contemporáneas. La relación del apartheid con la esclavitud radica en que aquél constituye una dominación de un grupo racial

⁴² FOGEL, R. y ENGERMAN S. *La economía esclavista en los Estados Unidos, Madrid 1981, págs. 137 y ss.*

sobre los demás grupos mediante técnicas de explotación y opresión sistemáticas que configuran una forma colectiva de esclavitud.

La esclavitud, así como las diferentes prácticas análogas o manifestaciones contemporáneas de la misma sólo constituyen un hecho internacionalmente ilícito susceptible de ser calificado como crimen internacional y como tal generador de responsabilidad internacional, cuando sean atribuibles al Estado, es decir cuando éste promueva, instigue, tolere o encubra tales prácticas, caso contrario constituiría un hecho ilícito imputable al individuo y como tal condenable de acuerdo con la legislación interna del Estado donde se haya perpetrado.

La Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud de 1956, estableció la obligación de los Estados Partes para adoptar medidas legislativas o de otra índole a fin de erradicar la esclavitud y las prácticas análogas a la misma, identificaremos diferentes formas de esclavitud:

- a) *La servidumbre por deudas*, o sea el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor, se haya comprometido a prestar sus servicios personales o los de alguien sobre quien ejerce sus servicios personales, o de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios. A pesar de tratarse de una institución abolida, los informes revelan que todavía se practica en zonas como el Perú, Nepal y Pakistán, Brasil, algunas regiones de Oriente Medio.

- b) *La servidumbre de la gleba*, o sea la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición. La abolición de tales prácticas que todavía persisten, para erradicarlo se requiere de la adopción de medidas que van desde un desarrollo económico más equitativo, a medidas

adecuadas de verdadera reforma agraria y sistemas de créditos de acuerdo a la realidad en que viven.

c) *Toda institución o práctica en virtud de la cual:*

- Una mujer, sin que la asista el derecho de oponerse, es comprometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;
- El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;
- La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona

Estas prácticas junto a otras como el secuestro y aborto contra la voluntad de la madre, la trata de mujeres con fines de prostitución, las mutilaciones genitales y asesinatos por causa de su propio sistema, son muy frecuentes a pesar de su abolición en diversas zonas del mundo, (principalmente en Asia, pero también en Africa y América).

d) *Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres o uno de ellos, o por su tutor a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.* La explotación del trabajo de los niños, constituye una práctica abolida en la mayor parte de las legislaciones internas y a nivel convencional, a pesar de lo cual, se sigue practicando en muchas zonas del mundo, incluso en el Ecuador.

La esclavitud constituye una violación grave de la dignidad humana y de los más elementales derechos de la persona, la prohibición de la esclavitud constituye en la actualidad una norma imperativa del Derecho Internacional que es aceptada y reconocida como tal por la comunidad internacional en su conjunto y que no admite acuerdo en contrario. La prohibición de la esclavitud constituye sin duda una obligación de importancia esencial para el logro de la finalidad fundamental de la salvaguardia del ser humano, y su no observancia atenta contra el derecho fundamental de la libertad constituyendo una violación grave que si se produce en gran escala, es decir

masiva y sistemáticamente, determinara la aparición de un crimen internacional.

Entre los instrumentos internacionales para la prevención de la esclavitud tenemos:

- La Conferencia de Berlín de 1884,
- La Conferencia de Bruselas de 1890,
- La Convención firmada en Saint Germain en Laye el 10 de septiembre de 1919,
- La Convención sobre la Esclavitud el 25 de septiembre de 1926,
- Comité Especial de 1953, que modificó la Convención de 1926,
- Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas 1956,
- La Subcomisión de Prevención de discriminaciones y Protección a las Minorías.
- Subcomisión y Grupo de Trabajo sobre la Esclavitud, anexa a la Comisión de Derechos Humanos.

2.2. EL GENOCIDIO COMO CRIMEN INTERNACIONAL

La aparición de la figura moderna de crímenes contra la humanidad se sitúa en la Conferencia de Paz de Versalles, en cuyas sesiones los delegados de las distintas naciones vencedoras, hablaron de violaciones a los sagrados derechos de la humanidad, y de la utilización de procedimientos atroces y contrarios a las elementales reglas de la humanidad. El término “genocidio” fue utilizado por primera vez en el Tribunal Internacional de Nüremberg, se establecía que los acusados habían practicado el genocidio en forma deliberada y sistemática, es decir el exterminio de grupos raciales y nacionales de la población civil de ciertos territorios ocupados con el fin de destruir determinadas razas o clases de la población y grupos religiosos.

En la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio de 1948, Art. 2, indica:

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:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro grupo.

Los factores que favorecieron la aparición del genocidio, fueron los aspectos socioculturales considerados los más importantes, y se identifica a:

- 1) La guerra ha constituido desde siempre, un pretexto utilizado para llevar a cabo matanzas de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos. El holocausto nazi fue el producto de una deliberada política de Estado de asesinatos en masa, que conllevó la destrucción estructural y sistemática de personas inocentes, con el objetivo de eliminar determinadas naciones, razas, religiones, así como grupos sexuales y adversarios políticos, constituía la base de un programa elaborado antes del estallido de la guerra, la cual favoreció su exportación a los territorios ocupados por Alemania.
- 2) Los estallidos revolucionarios en el interior de un Estado, constituye, en muchas ocasiones, un factor desencadenante de genocidio, que será tanto más probable cuanto más estratificada se encuentre la estructura social y cuanto mayores sean en ella las diferencias de posición, en la sociedad de Burundi, favoreció la matanza de los hutus por los tutsi.
- 3) El colonialismo constituye otro factor determinante del genocidio de las poblaciones autóctonas. El genocidio colonial, en muchas ocasiones ha sido favorecido por otros factores como el racismo y el perjuicio étnico, tiende a lograr una serie de objetivos fijados de una forma calculada y racional por los colonizadores. Ejemplos de este tipo se dieron con frecuencia en la historia colonizadora de África, Australia y América, a principios del siglo XIX, los ingleses exterminaron una buena parte de la

población indígena de Tasmania, pero también va acompañado del genocidio psico-cultural, destinado a anular y hacer desaparecer las manifestaciones culturales autóctonas.

- 4) La intolerancia religiosa puede considerarse como un factor de predisposición al genocidio, que en ocasiones va acompañado de la guerra, ejemplo las guerras religiosas de la Edad Media, o de la Antigüedad.
- 5) Los factores raciales y políticos contribuyen a menudo a la perpetración del genocidio, en ambos casos, la intolerancia se encuentra siempre en el inicio del proceso genocida; intolerancia que se utiliza al servicio de intereses étnicos o ideológicos frente a grupos raciales, religiosos o políticos, cuya destrucción se presenta como necesaria, lo que provoca que el perjuicio racial, religioso o político, se transforma en discriminación y ésta a su vez en genocidio.

El genocidio nace conceptualmente del crimen contra la humanidad, establecido en el Tribunal Internacional de Nüremberg, y en ámbito de la ONU, sin embargo es necesario indicar que la construcción del concepto de crimen contra la humanidad fuera de ámbito de las Naciones Unidas, guarda una mayor similitud conceptual, al referirse a hechos realizados tanto en tiempo de paz como de guerra, en que: "Constituye un crimen contra la humanidad y debe ser reprimido como asesinato, todo homicidio o acto semejante tendente a entrañar la muerte, cometido tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, contra individuos o grupos humanos, por razón de su raza, nacionalidad, religión o de sus opiniones".⁴³

La Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó por unanimidad, en 1946, una condena explícita del crimen de genocidio, indicando que: "el genocidio es una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, razas enteras, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho a vivir; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por

⁴³ Esta definición fue aprobada en el "II Congreso internacional del derecho al servicio de la paz", en Bruselas por la Asociación Internacional de Juristas Demócratas, 1947, Asociación Internacional de Juristas Demócratas, pág. 26.

estos grupos humanos, y es contraria a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas”⁴⁴. Se presentó un proyecto mediante el cual hacía referencia a las personas consideradas punibles, y establecía que las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de otros actos, serán castigadas ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares. La idea fundamental era, que todas las personas culpables de los actos incriminados debían ser castigadas.

Es necesario indicar que el principio de responsabilidad penal individual en materia de delitos de Derecho Internacional, ya fue reconocido en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, además este principio ha sido incluido en una serie de instrumentos internacionales, posteriores a la II Guerra Mundial.

El primero de los principios del Derecho Internacional reconocido por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nüremberg, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 proclama: “Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional, es responsable de mismo y está sujeta a sanción”. En el Art. 1 del Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, aprobado por la comisión de Derecho Internacional en 1954, se afirma al respecto: “Los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, definidos en el presente Código, son delitos de derecho internacional, por los cuales serán castigados los individuos responsables”. Además, la comisión de Jurisdicción Penal Internacional, instituida por Resolución 687 (VII) de la Asamblea General en 1952, aprobó el texto siguiente para el Art. 25 del Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional: “La Corte sólo tendrá competencia para juzgar a las personas naturales, ya sean gobernantes constitucionalmente responsables, funcionarios o particulares”. Habían pasado más o menos 46 años para que el 17 de junio de 1998, se suscribiera en Roma el Estatuto de la Corte Penal Internacional, para que sean los particulares los que sean juzgados por los crímenes cometidos en un determinado Estado, esperemos que llegue a ponerse en ejecución.

⁴⁴ Resolución 96 (I) de la Asamblea General de 1946, en *Anuario de las Naciones Unidas*, 1998, pág. 250.

2.3. EL APARTHEID COMO CRIMEN INTERNACIONAL

Los orígenes más remotos del sistema del apartheid, se los puede ubicar en el siglo XVIII durante el cual se establecieron las bases que constituirían la nación bóer, así como la estratificación de la base racial de la sociedad sudafricana sobre la que se constituyó la doctrina del apartheid paralelamente al desarrollo de la colonización holandesa, cuyo predominio llegaría hasta finales del siglo XVIII. Esa fecha marca el inicio de la ocupación británica y con ella el antagonismo entre comunidades que desembocó la “guerra de los bóers”, ganada por los británicos en 1902 y que condujo a la creación de la Unión Sudafricana en 1910. A partir de esa fecha se abre un periodo de treinta y ocho años en que la minoría anglo-parlante dominó el Parlamento, exclusivamente blanco, que se apresuraría a garantizar el mantenimiento de un racismo sistemático, con la promulgación de una serie de leyes de marcado carácter discriminatorio por la población no blanca.

Hasta 1948, la política racial en Sudáfrica estuvo dominada por dos elementos: la supremacía blanca y la unidad territorial. Con la elevación de la segregación racial a la categoría de institución del Estado a través del sistema de apartheid, se rechazó la idea de la unidad territorial y se instauró la política de “desarrollo separado” como único instrumento capaz de garantizar efectivamente la dominación blanca. El apartheid, rechaza el concepto de coexistencia de los diversos grupos raciales, su objetivo consiste no sólo en mantener a los no blancos en condiciones inferiores, sino en eliminarlos por completo de cualquier forma de participación en la vida política, social, económica y cultural del país, y en última instancia en lograr la completa separación territorial.

La dominación de un grupo racial sobre los demás grupos, así como la opresión sistemática por parte de aquel, constituye las características que están reconocidas por la Convención para la Prevención y Sanción de Crimen del Apartheid de 1973, en el Art. II define como al Apartheid como “el conjunto de políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial, tal como se practican en África Meridional” cometidas “con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial de personas y de

oprimirlo sistemáticamente”, lo que constituye de conformidad con el Art. I un “crimen de lesa humanidad” que viola “los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y que constituyen una amenaza seria para la paz y la seguridad internacionales.

Entre las prácticas que el Art. II menciona son:

- a) “La denegación de uno o más miembros del grupo racial del derecho a la vida y a la libertad de la persona” (asesinato de miembros de un grupo racial, atentados graves contra su integridad física o mental mediante privaciones de la libertad, tortura u otros tratos degradantes y el arresto arbitrario e ilegal de miembros de un grupo racial).
- b) “La imposición deliberada a uno o más grupos raciales de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”.
- c) “Cualesquiera medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir a uno o más grupos raciales la participación en la vida política, social, económica y cultural del país, y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo o tales grupos, en especial denegando a los miembros de uno o más grupos raciales, los derechos humanos y libertades fundamentales...”
- d) “Cualesquiera medidas incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales... prohibiendo matrimonios mixtos... y expropiando los bienes...”
- e) “La explotación de las organizaciones de los miembros de uno o más grupos raciales, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso”.
- f) “La persecución de las organizaciones y personas que se oponen al apartheid privándolas de derechos y libertades fundamentales”.

La Asamblea General define: “el apartheid, la política de dominación y explotación racistas institucionalizadas, impuesta por un régimen minoritario en Sudáfrica, es una violación notoria a la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Se basa en el desposeimiento, el saqueo, la explotación y la privación social del pueblo africano desde 1652 por los colonos y sus descendientes. Es un crimen contra la conciencia y la dignidad de la humanidad. Ha ocasionado inmensos sufrimientos y ha

involucrado el traslado forzoso de millones de africanos en virtud de Leyes especiales que restringen su libertad de circulación y la denegación de los derechos humanos elementales a la gran mayoría de la población, así como la violación del derecho inalienable a la libre determinación de todo el pueblo de Sudáfrica. Esta política inhumana ha sido impuesta mediante despiadadas medidas de represión y ha conducido a una escalada de las tensiones y los conflictos”.⁴⁵

Desde que se planteó el tema del apartheid en los foros internacionales, una abrumadora mayoría de Estados han condenado sin reservas tal sistema, considerando que constituye una violación flagrante de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, sin embargo, dada la resistencia del gobierno de Sudáfrica de aplicar las Resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, así como a cooperar con los diversos órganos creados a tal efecto.

Desde los primeros intentos, que datan de la década de los sesenta, se puede observar que aunque la mayoría representada por los países africanos y socialistas, se inclinaba a favor de la adopción de medidas coercitivas por parte del Consejo de Seguridad, una minoría pequeña pero poderosa, representada por los países occidentales que comerciaban con Sudáfrica, se mostraba reacia a la utilización de esa vía, colaborando al mantenimiento del régimen segregacionista sudafricano.

Los diversos llamamientos efectuados por la Asamblea General en sus Resoluciones fueron sistemáticamente ignorados por los gobiernos de Estados Unidos, República Federal de Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y Japón, cuyos nacionales y empresas seguían aumentando sus inversiones en Sudáfrica, presumiblemente, sin este apoyo el régimen de apartheid hubiese sucumbido ya en aquellas fechas, pero el principio de libre comercio entre las naciones seguía siendo considerado como un principio fundamental.

El 4 de noviembre de 1977, el Consejo de Seguridad decidió por unanimidad el embargo total sobre las ventas de armas y de material militar

⁴⁵ Definición establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 32/105 del 14-DIC-1977

comprendiendo el recambio de piezas y la concesión de licencias de fabricación con destino a Africa de Sur, fue la primera vez en treinta y dos años que el Consejo imponía una sanción obligatoria contra un Estado miembro de las Naciones Unidas, este paso fue el que abrió una etapa importante en la utilización del capítulo VII de la Carta, al considerar toda venta de armas a Pretoria como una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales, pero no fue tan efectiva esta medida como se suponía, debido a que se constataron las necesidades militares de Sudáfrica estaban prácticamente cubiertas.

Posteriormente, se tomaron medidas de carácter económico contra Africa del Sur, se unieron a estas una serie de Estados Occidentales, pero se continuaba con este procedimiento, que cada vez se iban incorporando más Estados, hasta que en 1989, con motivo de la elección del nuevo Jefe del Estado Sudafricano, se aprobó una "Declaración relativa a la cuestión de Sudáfrica", elaborada por el Congreso Nacional Africano (ANC) en la que se acordó el inicio de las negociaciones con el gobierno con el objetivo de eliminar pacíficamente el régimen del apartheid.

Las organizaciones no gubernamentales, desarrollaron una actividad muy intensa contra el régimen segregacionista sudafricano, a través de las diferentes técnicas de sensibilización pública de que disponen, a pesar de sus múltiples limitaciones. Se intensificaron notablemente tras la declaratoria, en 1973, del "Primer Decenio de las Naciones Unidas contra la Discriminación Racial". El sistema de segregación racial impuesto en Sudáfrica por una minoría blanca a todo el conjunto de habitantes del país, es en la actualidad una de las situaciones más evidentes y constituye una violación masiva y sistemáticas de los derechos humanos. El mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, es el objetivo primordial de las Naciones Unidas y del Derecho Internacional.

El principio de la no discriminación racial, que el apartheid representa su negación más absoluta, constituye una violación permanente y generalizada de los derechos humanos fundamentales, que afecta, no sólo a la prohibición de la discriminación racial, sino también al derecho de los pueblos a disponer

de sí mismos y a la autodeterminación. La violación sistemática de tales normas del jus cogens determinan la existencia de un crimen internacional al cumplir, sobradamente, con los requisitos establecidos para otros tipos de crímenes internacionales.

Es importante conocer que la prohibición del apartheid, no se encuentra claramente especificada en la Convención Americana de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Europea de Derechos Humanos, pero el principio de la no discriminación por motivo de raza, se halla reconocido en la totalidad de instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos y libertades fundamentales.

El crimen de apartheid constituye una violación permanente del Derecho Internacional pues se basa en el desconocimiento de los derechos humanos y del valor y dignidad de la persona humana. Sus implicaciones y sus relaciones con otros crímenes internacionales como la esclavitud, el genocidio o el colonialismo, constituyen un atentado múltiple y especialmente grave contra los intereses fundamentales de la comunidad internacional.

3.- OTROS CRÍMENES INTERNACIONALES NO CONTEMPLADOS EN EL PROYECTO DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS.

La tortura, la desaparición forzada o involuntaria de personas, y la ejecución sumaria y arbitraria o extrajudicial, constituyen, junto a la esclavitud, el genocidio y el apartheid, violaciones de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano.

En los tres primeros casos, se plantea la violación de obligaciones esenciales para la comunidad internacional, constituyendo un motivo de grave preocupación en la actualidad, por lo que la Comisión de Derechos Humanos, ha procedido en el caso de la tortura a su tipificación específica por medio de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984. Las Naciones Unidas, mediante numerosas resoluciones las condena explícitamente, y se ha incorporado en la totalidad de los instrumentos de derechos humanos.

3.1. LA TORTURA COMO CRIMEN INTERNACIONAL DEL ESTADO

La práctica de la tortura se remonta a épocas muy alejadas en el tiempo, aunque la preocupación internacional por su erradicación es muy reciente, la influencia ejercida por los “tristemente célebres experimentos pseudomédicos y torturas en los campos de concentración nazis, durante la Segunda Guerra Mundial⁴⁶, hizo que el reconocimiento del derecho a la integridad física y moral de las personas se cristalizase en la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes en el primer texto internacional de derechos humanos y libertades fundamentales, adoptado después de la Carta de las Naciones Unidas: La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, a partir de esa fecha, se produce una incorporación progresiva de la prohibición de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes al ordenamiento jurídico internacional.

El primer instrumento internacional adoptado específicamente contra la tortura es de 1975, en que la Asamblea General aprobó la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes. En su Art. 1 introduce una definición de tortura en los siguientes términos: “1.- A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otras personas a instigación suya, inflija intencionalmente, a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercer información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que haya cometido, o de intimidar a esta persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencias únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas mínimas para al Tratamiento de los Reclusos. 2.- La tortura constituye una forma agravada y deliberada del trato o pena cruel, inhumano o degradante”.

⁴⁶ En la mayoría de los campos de concentración, se utilizaban a los deportados como “cobayos” para experiencias pseudomédicas (ablandación de músculos, castración y esterilización, inoculación de enfermedades).

La intensidad o gravedad de las penas, dolores o sufrimientos infligidos intencionalmente ya sean físicos o mentales constituye el elemento material del concepto de tortura. El criterio de la gravedad continúa siendo el elemento válido para distinguir la tortura de los otros tratos. El Comité de Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, introdujeron criterios de distinción adicionales al de gravedad, al afirmar que la diferenciación entre las diversas formas de tratos o penas, dependen de la naturaleza, la finalidad y la severidad del trato particular que se da, considerando que la prohibición debe abarcar el castigo corporal, inclusive los castigos físico excesivos. Además, el trato o el castigo infligido a un individuo puede ser calificado de degradante si lo humilla gravemente delante de los demás o lo incita a actuar contra su voluntad o su conciencia.

La tortura va dirigida a la consecución de un propósito concreto, mediante el aislamiento, la presión psicológica o el dolor físico; se persigue la obtención de información, una denuncia o confesión, o, simplemente, la abdicación de las propias ideas de la víctima. La tortura es utilizada por ciertos regímenes políticos con un fin primordialmente intimidatorio y como parte integrante de la estrategia de seguridad del sistema. En esta circunstancia, se determina la aparición de violaciones permanentes y sistemáticas de los derechos humanos, y se llama tortura indirecta, que consiste en atormentar a personas de las que se da por segura su inocencia o su desconocimiento de los hechos investigados, con el fin de que la persona presuntamente implicada declare para evitar los sufrimientos de aquella.

Es importante analizar la participación directa o indirecta de personas que actúan en calidad de órganos del Estado que corresponde al sujeto activo, que se refiere a un funcionario público, u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia, con lo que están cubiertas todas las posibilidades relativas a la participación directa o indirecta de los órganos del Estado, incluidas las referidas a los grupos paramilitares que, aun no siendo imputables directamente a aquellos, actúan en ocasiones con su consentimiento, aquiescencia o tolerancia. Pero los efectos de responsabilidad internacional, es tan sólo del Estado, aun cuando el sujeto activo esté implicado.

La tortura constituye una violación grave de la dignidad humana y de los más elementales derechos de la persona, la prohibición de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes realizados con carácter sistemático, constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y no admite acuerdo en contrario, la violación de la norma que proclama la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituye un crimen internacional.

En la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, del 10 de diciembre de 1984, en el Art. 3 establece: "Ningún Estado permitirá o tolerará la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancias excepcionales tales como: estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

En el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, en el Art. 5, afirma: "Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la Ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes"⁴⁷.

Los instrumentos internacionales que prohíbe la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes son:

- Declaración Universal de Derechos Humanos, Art.5.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 7.
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de la ONU, sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

⁴⁷ Este Código fue adoptado por el Asamblea General de las Naciones Unidas, el 17 de diciembre de 1979

- Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.
- Declaración sobre la Protección de todas las Personas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, y
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- Convención Europea contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes.

La prohibición de la tortura constituye una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, cuya violación en sí misma es grave, que determinará la existencia de un crimen internacional, si se cumple en gran escala.

3.2. LA DESAPARICIÓN FORZOSA O INVOLUNTARIA DE PERSONAS COMO CRIMEN INTERNACIONAL.

La práctica de hacer desaparecer a personas, como método de represión política, ya fue utilizada por los alemanes en la Segunda Guerra Mundial en los territorios ocupados con el objetivo de frenar el movimiento de resistencia y de intimidar a la población, sin embargo el término “desapariciones” fue empleado por primera vez a raíz de la represión gubernamental desatada y aplicada a escala masiva en varios Estados de América Latina, desde la segunda mitad de la década de los sesenta y con mayor intensidad durante toda la década siguiente, (Guatemala en 1966, Chile desde 1973, Argentina desde marzo de 1976, en épocas de dictadura específicamente).

A partir de estas fechas, el fenómeno de la desaparición forzosa o involuntaria de personas se ha ido configurando como una política de Estado con el fin primordial de perpetuar en el poder a regímenes instaurados por la fuerza, así como de intimidar y reprimir a la oposición política y a amplios sectores de la población⁴⁸. Estos hechos, que han adquirido dimensiones

⁴⁸ ABELLAN, V: *Aspectos jurídicos internacionales de las desaparición forzosa de personas como práctica política de Estado*, Estudios Jurídicos, 1989, pág. 16

alarmantes en algunos Estados, que han generado un motivo de preocupación en el seno de la comunidad internacional, diversas organizaciones internacionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales se han ocupado directamente del tema.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, mostraba su profunda preocupación los informes procedentes de diversas partes del mundo en relación con la desaparición forzosa o involuntaria de personas a causa de excesos cometidos por autoridades encargadas de hacer cumplir la Ley, o encargadas de la seguridad, o por organizaciones análogas, mientras esas personas están sujetas a detención o prisión, así como a causa de actos ilícitos o de violencia generalizada.

Aunque la expresión “así como a causa de actos ilícitos o de la violencia generalizada”, permite referirse a situaciones diferentes a las provocadas por las autoridades estatales, es necesario recordar que desde la perspectiva jurídico internacional, la participación directa o indirecta, mediante el apoyo o encubrimiento de autoridades y gobiernos en tales prácticas constituye un elemento configurador del concepto de “desapariciones forzosas”. A pesar de la evidencia y en muchos casos de la constatación de la participación o la conveniencia de las autoridades y gobiernos en tales prácticas, se produce generalmente una negativa de los mismos a reconocer que las personas desaparecidas se encuentran bajo su custodia, así como identificar a los culpables.

La Asamblea General en su resolución 33/173 manifestó su preocupación e indicó: “por los informes relativos a las dificultades para obtener de las autoridades competentes información fidedigna sobre el paradero de esas personas, incluidos informes sobre la persistente negativa de dichas autoridades u organizaciones a reconocer que dichas personas están bajo custodia o a dar cuenta de ellas de alguna otra manera”.

Esta situación sólo puede darse en aquellos Estados en los que a pesar de que tales prácticas se configuran como actos penalmente punibles en sus legislaciones internas, no exista un poder judicial fuerte e independiente que

sea capaz de exigir una explicación y justificación al poder ejecutivo de las detenciones practicadas. En una desaparición, los “desaparecidos son privados de libertad por agentes del Estado, de las que se oculta el paradero y suerte y se niega la privación de la libertad”⁴⁹.

En una desaparición, la víctima es privada de la libertad, y son los agentes del Estado quienes privan de libertad a la víctima, pueden ser agentes de policía, soldados de uniforme y efectuar la detención abiertamente; luego las autoridades niegan que la persona ha sido detenida o bien reconocen la detención pero afirman que la víctima ha escapado o ha sido liberada. También pueden ser agentes de los servicios secretos o de otros cuerpos de seguridad, que van vestidos de civil y se niegan a identificarse, o pueden ser personas que, oficialmente, no pertenecen a los servicios de seguridad pero actúan a las órdenes de las autoridades o con su complicidad. Se mantiene oculto el paradero y la suerte de la víctima, y las autoridades niegan que esté bajo su custodia, esta negación puede adoptar la forma de declaración pública, respuesta a las preguntas formuladas por los familiares de la víctima, o ser la respuesta a un procedimiento judicial como el hábeas corpus, solicitud que se presenta con el fin de localizar a la víctima y garantizar su seguridad. Las desapariciones causan angustia extrema a las víctimas y a sus familiares.⁵⁰

3.3. LAS EJECUCIONES SUMARIAS Y ARBITRARIAS O EXTRAJUDICIALES COMO CRIMEN INTERNACIONAL DE ESTADO.

La práctica de la privación ilegítima de la vida humana por el poder establecido es tan antigua como el nacimiento y desarrollo de las organizaciones políticas estables dotadas de un poder centralizado, sin embargo, el tratamiento jurídico-internacional, es igual que en el caso de las desapariciones forzadas y de la tortura, la privación de vidas humanas por parte del Estado o con el consentimiento o tolerancia de éste, constituye un problema apremiante e ineludible que se plantea en el seno de la comunidad

⁴⁹ AMNISTIA INTERNACIONAL, *Desapariciones forzadas y homicidios políticos, La crisis de los derechos humanos en los noventa, Manual para la acción, Cosmoprint, España 1994, pág. 91.*

⁵⁰ AMNISTIA, *Ibidem*

internacional y que requiere de ésta y del ordenamiento jurídico-internacional, una respuesta adecuada a la magnitud del problema.

El hecho de analizar conjuntamente las ejecuciones sumarias y arbitrarias o extrajudiciales, no equivale a aceptar su equiparación desde el punto de vista jurídico, moral e incluso político. Las circunstancias pueden ser muy variadas y van desde la ejecución dictada por un tribunal especial o militar, sin reconocimiento de las mínimas garantías jurídicas y procesales del condenado, hasta las ejecuciones arbitrarias realizadas en el curso de operativos de la fuerza pública o por los denominados “escuadrones de la muerte”, que actúan bajo la protección o instigación de las mismas, a los fallecimientos en prisión a consecuencia de tortura, de rigores carcelarios equivalentes a malos tratos y de la negligencia deliberada en la presentación de auxilios.

En todos estos casos, se da la privación ilegítima de una vida humana, verdadero argumento lógico, y en todos la responsabilidad por la muerte de la víctima o de las víctimas recae en quienes, como autoridades del Estado, tienen encomendada la tarea de defender la vida y la seguridad de sus ciudadanos.

Las ejecuciones extrajudiciales son homicidios ilegítimos y deliberados, perpetrados por orden de un gobierno o con su complicidad o consentimiento, ésta es deliberada, no es accidental, es ilegítima, pues conculca las leyes nacionales como las que prohíben el homicidio, y las normas internacionales que prohíben la privación arbitraria de la vida.

Las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales no sólo son actos de extrema crueldad que violan las leyes de los países donde se perpetran, sino que también violan las normas internacionales de derechos humanos, ha sido uno de los más grandes logros de la comunidad internacional, y han resultado muy valiosas para la defensa de los derechos humanos, ejemplos muy claros los encontramos en el Ecuador, con el Caso de Consuelo Benavides y los hermanos Restrepo, que han trascendido a la justicia internacional, para que los culpables sean sancionados.

Estos instrumentos internacionales, junto con los tratados de derechos humanos regionales y el derecho humanitario internacional que regula la conducta durante los conflictos armados, establecen firmemente la prohibición de las desapariciones y las ejecuciones extrajudiciales y especifican medidas para evitar estas prácticas.

Las desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales son una clara violación de los derechos humanos. E Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". Por lo tanto:

- Las ejecuciones extrajudiciales constituyen una clara violación del derecho a la vida. A menudo también se violan otros derechos cuando se cometen ejecuciones extrajudiciales; por ejemplo, es frecuente que la víctima sea objeto de desaparición forzada o tortura antes que la maten.
- Las desapariciones forzadas violan el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona, así como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, conforme lo establece el Art. 5 de la Declaración Universal, pero también constituye una violación del derecho a la vida o lo pone gravemente, en peligro.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se insiste en el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona. Todos los Estados parte del Pacto que permitan que sus funcionarios participen en desapariciones forzadas o en ejecuciones extrajudiciales violan las obligaciones que han contraído al convertirse en partes del tratado.

En el Art. 6 del mencionado Pacto se afirma que: "Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente", esta prohibición es importante, puesto que ayuda a distinguir las ejecuciones extrajudiciales de los homicidios que no están o no han sido todavía prohibidos por las normas internacionales de derechos humanos, como los homicidios consecuencia del empleo razonable de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los homicidios en conflictos armados no están prohibidos por las leyes internacionales que regulan el comportamiento de este tipo de conflictos y la aplicación de la pena de muerte en los casos en que se respeten

las salvaguardias y restricciones de procedimiento penal establecidas por las normas internacionales.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tiene la fuerza formal de un tratado: un Estado, al convertirse en parte del Pacto, está prometiendo al resto de los Estados que son parte de ese Pacto que se compromete a respetar sus disposiciones.

Aunque la Declaración Universal no tiene fuerza formal de un tratado y por consiguiente, no es vinculante legalmente, su reconocimiento y aceptación ha sido tan generalizada desde que se aprobó que debería considerarse obligatoria para todos los Estados⁵¹. Independientemente de que sean partes o no del Pacto Internacional, debe considerarse que todos los Estados están obligados a abstenerse de incurrir en desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales por construir ambas una violación del derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona.

3.4. LA PROHIBICIÓN DE LOS HOMICIDIOS ARBITRARIOS A LOS FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY

El Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer cumplir la Ley, de 17 de diciembre de 1979, indica: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida en que lo requiera el desempeño de sus tareas”. El trabajo de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley está lleno de peligros, a veces está obligado a utilizar la fuerza y a veces, ello produce la muerte de una persona, en ocasiones, las muertes que provocan estos funcionarios son inevitables porque tienen que proteger sus propias vidas y tienen la misión de proteger la vida de otros, pero muchos funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, han llevado a cabo homicidios ilegítimos y deliberados que, en muchos casos, se llevan a cabo en secreto; otros se

⁵¹ Según la Proclamación de Teherán, adoptada y proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, convocada por la ONU en Irán en 1968, “La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común para todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional, además de haber sido aceptada por los Estados le da una fuerza política y moral, que han sido citada como justificaciones de numerosas actuaciones de las Naciones Unidas y han inspirado o se han utilizado en numerosos pactos internacionales, Constituciones y leyes nacionales.

presentan como si fueren legítimos, como resultado de un uso “justificable” de la fuerza.

La Asamblea General de las Naciones Unidas estableció una norma internacional importante sobre la utilización de la fuerza en la tarea de hacer respetar la ley al adoptar el *Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*. El Art. 3 del Código establece dos principios importantes:

- La fuerza sólo podrá utilizarse cuando sea estrictamente necesario, y debe ser racional, que la fuerza sólo debe utilizarse en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias, y que debe utilizarse sólo: para la prevención de un delito y para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla.
- La fuerza debe ser proporcional a los objetivos (sólo debe emplearse en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas), se reconoce el principio de la proporcionalidad, que suele establecerse en los códigos nacionales, y establece que no debe interpretarse que el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionando al objeto legítimo que se ha de lograr.

Los principios establecidos en el Código de Conducta se ampliaron en los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, de las Naciones Unidas, adoptados en 1990. Estos principios reducen el uso de armas de fuego a una serie de situaciones que conlleven, peligro inminente de muerte o lesiones graves, o una seria amenaza para la vida, y sólo en caso de que resulten insuficientes las medidas menos extremas, para lograr los objetivos especificados. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger la vida.

“El Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley y los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de

Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley” contiene normas detalladas que sirven para evaluar los hechos concretos de un homicidio en particular.

Si la actuación del funcionario que cometió el homicidio excede los límites establecidos en estos instrumentos, dicho homicidio debe considerarse arbitrario y una violación de la prohibición de privar la vida de forma arbitraria, conforme a lo establecido en el Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3.5 CRÍMENES DE GUERRA, CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y GENOCIDIO

En determinadas circunstancias, las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales pueden constituir crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o actos de genocidio. Estos términos expresan una fuerte condena de dichas prácticas, pero lo importante es lo que referente al procesamiento de los responsables y las consecuencias legales que tiene que acarrear un crimen dentro de una u otra de las categorías, entre dichas consecuencias, la autora detalla a continuación:

- Estos crímenes son imprescriptibles⁵².
- Los presuntos responsables no pueden pedir asilo en otro país.⁵³
- Otros Estados podrán –incluso se les podrá requerir que lo hagan- llevar ante los tribunales a los responsables, si están fuera del país donde cometieron el crimen, con independencia de la nacionalidad de los responsables o de sus víctimas⁵⁴.
- Los responsables no podrán sustraerse a la condena afirmando que obedecían órdenes. (establecido en el Tribunal de Nüremberg).

⁵² Establecido en la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad del 26 de noviembre de 1968.

⁵³ La Declaración sobre Asilo Territorial, adoptada por la Asamblea General de la ONU del 14 de diciembre de 1967, afirma: “No podrá invocarse el derecho de buscar asilo, o de disfrutar éste, ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad...”

⁵⁴ Los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra, o de lesa humanidad, establece disposiciones sobre la cooperación entre Estados.

La impunidad que rodea a los perpetradores de violaciones a los derechos humanos, es una característica común de todos los programas gubernamentales de desapariciones y homicidios políticos.

La clandestinidad garantiza la impunidad, pues impide que se conozca los hechos. La impunidad también se consigue mediante la aprobación de leyes que otorgan inmunidad de procesamiento y mediante la obstrucción activa de aquellos individuos e instituciones que tratan de iniciar medidas correctivas.

Hasta en los Estados de Derecho es frecuente que la Policía y las Fuerzas Armadas se resistan a cualquier intento de exponer públicamente la actuación presuntamente ilegal, de parte de sus miembros. A veces, para no entrar en conflicto con ellas, las autoridades se hacen “de la vista gorda”, incluso en asuntos tan graves como una desaparición o una ejecución extrajudicial, delitos para los cuales los instrumentos internacionales de derechos humanos prescriben que se abra una investigación y el responsable comparezca ante la justicia; pero, cuando son las más altas autoridades quienes están detrás de los delitos, la pasiva aquiescencia respecto a un acto ilegal por parte de las fuerzas subordinadas, se convierte en obstrucción activa de la justicia, e incluso determinante.

La impunidad puede legitimarse mediante mecanismos legales como la adopción de leyes que otorgan inmunidad (especialmente a los que cumplen altas funciones o cargos importantes) de procesamiento a las fuerzas de seguridad por actos cometidos en el cumplimiento del deber (un ejemplo al respecto, constituye los oficiales que estuvieron involucrados en el caso de los hermanos Restrepo). Al demostrar las fuerzas de seguridad, que pueden cometer actos ilegítimos tales como desapariciones y ejecuciones extrajudiciales sin temor al procesamiento, estas leyes propician la comisión de violaciones de los derechos humanos.

También se logra la impunidad mediante el hostigamiento, las amenazas de muerte, la desaparición, el asesinato y otras formas de represión contra aquellos individuos que se afanan en investigar los hechos o en emprender acciones correctivas, pueden ser familiares de las víctimas, abogados,

periodistas o jueces, y a través del debilitamiento o la destrucción de organizaciones e instituciones que emprenden o podrían emprender acciones al respecto, como son las organizaciones nacionales de derechos humanos, la prensa libre, una judicatura independiente o un ministerio público eficaz.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse y fraternamente los unos con los otros, establece la Declaración de los Derechos Humanos, en su Art. 1. En su camino a la civilización, la sociedad ha visto florecer aportes inigualables a la cultura, a las ciencias y sobre todo, al arte de la humanidad, pero asimismo, ha soportado las más abyectas crueldades y los más atroces actos de violencia. Decir que hay "*Derechos Humanos*" equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que los seres humanos poseen por el hecho de ser hombre y mujer, por su propia naturaleza y dignidad, derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una de una concesión de la sociedad política, han sido garantizados por la comunidad internacional.

Ayer, el mundo no creía en la igualdad de los hombres ni tampoco en la universalidad del concepto humano, actualmente se tiene respeto en la mayoría de los conglomerados humanos en mayor o menor grado, aún falta mucho por conquistar, el paso del tiempo no ha sido en vano, no ha sido inútil, el tiempo, a través de lenguaje de la historia lo ha demostrado en forma sencilla y clara.

La evolución de los derechos humanos simboliza la marcha de la humanidad hacia la conquista de dos sublimes anhelos: la justicia y la libertad, cuya proclamación representa la más grandiosa victoria de los últimos tiempos.

La historia de la civilización tiene características acumulativas, y por ello cuando se cometen excesos, se admite su ejecución o se tolerar injusticias, por mínimas que sean, se cometer mayores injusticias. Estas injusticias y violaciones de los derechos humanos fueron admitidas, toleradas, encubiertas o ejecutadas por muchos cientos de años y por último ferozmente multiplicadas en el siglo XX.

Pese al reconocimiento de los Derechos Humanos por las Constituciones nacionales, están lejos aún de alcanzar su plena vigencia y respeto; no todos los entienden de la misma manera, por ello, existen diferentes interpretaciones, llegándose incluso a

manipularlos políticamente; pero, su reconocimiento, se manifiesta como una noción dinámica, que se vuelve cada vez más profunda y se desarrolla a lo largo de la historia de la humanidad, afirmándose no como una dádiva o concesión por parte del Estado, sino que son como algo inherente a la persona humana.

Los documentos y fechas más conocidos en la historia de los Derechos Humanos son:

- La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptado por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia del 26 de agosto de 1789, como consecuencia de la Revolución Francesa. Es un documento que reconoce la igualdad de todas las personas ante la ley, el derecho a la vida y a un juicio justo, la libertad de asociación, de imprenta, de opinión y de religión.
- La Declaración Universal de Derechos Humanos (inicialmente llamada Derechos del Hombre), proclamada por el Asamblea General de las Naciones Unidas en 10 de diciembre de 1948, después de la Segunda Guerra Mundial, se trata de una exhortación al mundo, previniéndole de que, si no respeta la dignidad, la igualdad y la libertad de las personas, la consecuencia será la guerra, con su barbarie, sus crímenes y atrocidades; sin embargo, la Declaración no es un documento que obliga jurídicamente a los Estados aunque éstos, al invocarla, le otorgan legitimidad y se imponen a sí mismos la obligación moral de acatarla.

Estas fechas constituyen hitos importantes en la lucha por los Derechos Humanos que durante el proceso histórico, han ido venciendo obstáculos creados al desarrollo material, espiritual, social y cultural de los seres humanos y han conquistado ciertas libertades fundamentales que hacen posible el disfrute de los mismos. Estas Declaraciones surgen de un Estado Liberal y su enfoque es consecuente con la doctrina del liberalismo; pone en relieve las libertades del individuo frente al Estado, la igualdad de los ciudadanos, la representación política, la independencia nacional y el imperio de la ley.

No se debe olvidar que la historia también recuerda diversos pasos que, con anterioridad a 1789, se han dado en el camino de la consagración universal de los Derechos Humanos, los cuales fueron detallados en el capítulo I del trabajo de

investigación, pero que en este capítulo, la autora considera necesario destacar como principales:

- En el Libro de la Ley de Manú, antiguo texto legal de la India, hace hincapié en que las personas deben estar libres de la miseria, de la violencia, de la violación, de la explotación y del medio en que se desenvuelven, y establece la libertad de pensamiento y de conciencia.
- El pensamiento de Confucio, propugnaba en China el derecho a revelarse contra la opresión.
- La Ley de las Doce Tablas, del siglo V a.C. reconocía la igualdad formal de los plebeyos de Roma, respecto de los Patricios.
- La Carta Magna, impuesta por los barones de Inglaterra al rey Juan sin Tierra, en 1215, en Inglaterra, que limitó el poder absoluto del monarca y garantizó, como derechos fundamentales de todos los ciudadanos del reino, el derecho a la vida y a ser sometido a juicio.
- La Ley Inglesa de Hábeas Corpus, alcanzada en 1679, mediante la cual se establece la protección legal contra detenciones arbitrarias.
- La Declaración de Derechos (Bill of Rights) adoptada por el Parlamento Inglés en 1689, garantiza la libertad personal y de comercio y el derecho a la propiedad e instituye la creación de impuestos a través del Parlamento, prohíbe y sanciona los castigos crueles y crea el sistema de jurados.
- La Declaración de Derechos (Bill of Rights) de Pennsylvania, incorporada a la Constitución Política de los Estados Unidos de 1776, establece un conjunto de derechos civiles y políticos conocidos como libertades públicas y derechos fundamentales.
- El Manifiesto Comunista, escrito por Karl Marx y publicado en 1848, base del pensamiento socialista, da prioridad a la satisfacción de las necesidades materiales como trabajo, salud, vivienda y educación y da importancia a la necesidad de cambiar las desiguales relaciones económicas, sociales y políticas.

Estos logros no fueron el resultado de la benevolencia de los gobernantes, sino de hechos históricos protagonizados, por los gobernados que no aceptaban la forma de gobernar de quienes detentaban el poder. Así, mientras la Revolución Francesa fue una lucha de la burguesía contra los monarcas y el sistema feudal, la Revolución Americana constituyó, por parte de los colonos, el rechazo al colonialismo y el deseo de

independencia; igualmente, las raíces de la tradición socialista, que insistía en una justicia social concreta, se encuentran en los movimientos obreros y populares del siglo XIX, se destacan en igual sentido; y, en nuestro siglo, la Declaración Mexicana de los Derechos Sociales de 1917, y la Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado, de Rusia en 1918.

Los derechos fundamentales son los garantes de que la libertad del individuo, debe ser respetada a pesar de la necesaria sumisión del mismo individuo a la ley, ya que la ley debe ser la primera en respetar los derechos humanos. La evolución de estos derechos desde las primeras declaraciones hasta nuestros días, han permitido establecer tres etapas conocidas como generaciones sucesivas de derechos humanos, y que han conducido a una comprensión integral de los Derechos Humanos:

- *Primera Generación: Derechos Civiles y Políticos.*- agrupan los derechos a la vida, a la integridad física y seguridad de las personas, a ejercer las libertades fundamentales y a participar en la política.
- *Segunda Generación: Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*- identifican los derechos al trabajo, a la salud, a la alimentación, a la vivienda, a la educación.
- *Tercera Generación: Derechos Colectivos o de Solidaridad y de los Pueblos.*- derecho al desarrollo, a la paz, libre determinación de los Pueblos, al medio ambiente sano.

Estos derechos forman entre sí, una unidad complementaria e indivisible, de modo que, la violación de uno de ellos, constituye la violación de los demás derechos.

Los derechos humanos nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares y alcanzan la categoría de universales, en su formulación, las libertades fundamentales se predicen en la humanidad en la medida en que se deducen de la naturaleza humana y se codifican en declaraciones universales o proclamas revolucionarias. La moral cede el paso a lo político y lo universal desciende a lo nacional, en que se dictan numerosas Constituciones políticas en los Estados nacionales, que incluyen títulos o capítulos especiales sobre derechos fundamentales, de conformidad con el precedente sentado por la Revolución Francesa. Después de la Segunda Guerra Mundial con el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas, los derechos humanos continúan recogándose en instrumentos jurídicos de carácter

positivo, pero ya no se trata sólo de Constituciones y leyes nacionales, sino también en declaraciones y convenciones internacionales.

En las diferentes Constituciones se han incorporado los principios de dignidad, igualdad y libertad para todos los seres humanos, los derechos civiles y políticos entrañan, para el Estado, una obligación de abstención, de no hacer nada que pueda violarlos, en tanto que, para las personas, esos derechos son exigibles de modo absoluto e inmediato. En cambio, los derechos económicos, sociales y culturales suponen para un Estado, una obligación de hacer, de desarrollar políticas y destinar recursos a fin de realizarlos, pero son exigibles únicamente de forma relativa y progresiva ya que dependen del grado de desarrollo económico y social del país.

La calidad humana se llama dignidad y entraña la defensa de la igualdad en el corazón de la diversidad, la reivindicación de la libertad frente a la muerte y la búsqueda de la justicia a pesar del caos, pero a diferencia de las religiones y las filosofías, la modesta utopía de los derechos humanos se ocupa del aquí y del ahora, de cada individuo y de cada derecho, como si fueran únicos, sin sacrificar a unos para proteger a otros, con la sola certidumbre de que, quien salva una vida, salva al mundo.

Cuando se habla de sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, nos viene a la mente el concepto de violación de derechos humanos, puesto que a partir de ello se configura la responsabilidad internacional exigible en un momento y en un lugar determinados. ¿Quién viola los derechos humanos? Es la pregunta a la cual se intenta responder mediante la formulación y puesta en marcha de los sistemas de protección, pero hasta hoy la respuesta es sencilla: solo los Estados violan los derechos humanos.

La adopción de la Declaración Universal fue un acontecimiento de gran importancia, porque reconocieron que todas las personas tienen derechos fundamentales; éstos tienen vigencia universal, por ello es que todos los gobiernos deben proteger los derechos de las personas bajo su jurisdicción, y que una persona cuyos derechos han sido violados puede recurrir contra el gobierno responsable. Además, el hecho de que los Estados adoptaren conjuntamente la Declaración significa que la violación de derechos humanos, son una preocupación para todos los Estados, no sólo para aquellos en cuyos países se producen. La Declaración Universal establece que todo

individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona y que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni podrá ser arbitrariamente detenido o preso ni desterrado. Estos derechos habían sido violados en forma generalizada durante la Segunda Guerra Mundial, y uno de los principales objetivos era de garantizar que nunca se volvieran a perpetrar este tipo de atrocidades.

Los principales órganos de las Naciones Unidas para la protección de los Derechos Humanos son: la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías. Ambas examinan denuncias de violaciones graves y sistemáticas de los Derechos Humanos, pero no están dotadas de un mecanismo que estudie denuncias individuales. A partir de 1974, se han creado una serie de organismos especializados de la Comisión o de la Subcomisión llamados Grupos de Trabajo, a fin de que examinen violaciones que las Naciones Unidas considere prioritarias, tales como la esclavitud, las desapariciones forzadas, las ejecuciones arbitrarias, los derechos de los pueblos indígenas, la tortura, etc.

Una de las actividades más importantes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, es la presión que ejerce sobre el Estado acusado, para esclarecer lo sucedido con la persona desaparecida; los objetivos de éstos grupos son principalmente de carácter humanitario, tratan de resolver los casos de violación, sin juzgar responsabilidad que el Estado haya tenido en ellos. El mecanismo más importante del Sistema Universal para el examen de denuncias individuales es el Comité de Derechos Humanos, organismo independiente, creado por el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, cuya competencia se limita a los Estados Parte, puesto que no es propiamente un órgano de las Naciones Unidas. Las funciones del Comité son amplias y abarcan los derechos reconocidos por el Pacto pero no los de otros instrumentos. En el Sistema Americano, el Comité de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana, son los órganos competentes para examinar denuncias individuales cometidas en los países.

Los órganos del Sistema Americano para la protección de los derechos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son funciones de la Comisión, la investigación de denuncias, realizadas por individuos o por grupos, de violaciones de Derechos Humanos y la investigación de la

situación general de éstos en países determinados. La Corte tiene doble función: examinar las violaciones que la Convención hubiere estudiado, y le fueren sometidas por ella, y la adopción de opiniones consultivas sobre la interpretación de los instrumentos legales sobre Derechos Humanos vigentes en el continente. La persona o grupo de personas que hace la denuncia, no puede acudir directamente a la Corte sino que debe someter el caso por intermedio de la Comisión; los fallos de la Corte tienen obligatoriedad para los Estados que han aceptado su competencia.

Las denuncias presentadas a los organismos internacionales del sistema universal o del interamericano son estudiadas con extrema lentitud. El proceso adolece, de limitaciones entre las cuales se puede indicar que no hay la posibilidad de investigar los hechos en el sitio en que ocurrieron y que los miembros de dichos organismos son nombrados por los propios Estados, lo cual constituye un factor condicionante. La relación de reciprocidad que existe entre ellos, no permite tampoco, la crítica frente a reclamos por abusos. Ante tal situación, las Organizaciones no Gubernamentales (ONGs) son las que pueden actuar más libremente y con mayor agilidad tratándose de la denuncia de atropellos cometidos contra las personas y de la defensa de éstas.

Durante el presente trabajo de investigación, la autora, no ha mencionado este tipo de organizaciones, porque su actuación y actividad no están contempladas en ningún ordenamiento jurídico, son movimientos que surgen para la defensa de los Derechos Humanos, tal es el caso de Amnistía Internacional (AI), que es un movimiento mundial que lucha por la vigencia de los Derechos Humanos, se caracteriza por su independencia respecto de cualquier gobierno, ideología política o creencia religiosa, sus actividades están orientadas hacia la protección de los prisioneros de conciencia y la obtención de garantías de un juicio justo. Se opone a la pena de muerte y condena toda forma de tortura y trato cruel a cualquier preso, Amnistía Internacional ha respondido a las denuncias presentadas desde el Ecuador, su red de comunicación con todos los países del mundo fomenta la solidaridad entre los pueblos y ejerce presión sobre los gobiernos en casos de violaciones flagrantes de los Derechos Humanos, tal actuación se puso en evidencia durante en el proceso seguido a los once de Putumayo, al cual, la autora, se referirá posteriormente.

La Asociación Latinoamericana para los Derechos humanos (ALDHU), organismo internacional de carácter regional, está integrado por representantes de América Latina

y el Caribe, tiene su sede en Quito, fue constituido oficialmente el 13 de agosto de 1980, con el patrocinio del gobierno del Presidente Jaime Roldós, para quien la política internacional del Ecuador debía basarse en la democratización de las relaciones económicas y políticas entre las naciones y en una política de Derechos Humanos consecuente con ella. Sus principales funciones son: defender la vigencia de los Derechos Humanos, apoyar la lucha por la independencia y la soberanía nacionales, velar por el respeto de los tratados, pactos y declaraciones regionales e internacionales en materia de Derechos Humanos, promover el conocimiento de éstos y actuar en las situaciones de abuso de poder. La existencia de ALDHU en América Latina refleja tanto la necesidad de permanecer vigilantes ante las violaciones masivas de los derechos que se cometen en el continente, como la importancia que reviste los Derechos Humanos.

Hacia fines de la década de los años 70 aparecen los primeros organismos de Derechos Humanos en el país: Frente de Solidaridad de Chimborazo, la Comisión Ecuémica de Derechos Humanos (CEDHU), la Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos (CDDH), la Comisión de Amparo de los Derechos Humanos de la Universidad Católica de Guayaquil. El empeoramiento de las condiciones de vida y el aumento de las violaciones flagrantes de los Derechos Humanos en 1982, fueron los factores que impulsaron la constitución del Frente Ecuatoriano por la Defensa de los Derechos Humanos, (FEDHU), compuesto por 16 organismos provinciales, cuya labor principal es la educación y defensa de los Derechos Humanos. La gravedad de la situación tales como la práctica sistemática de la tortura, la detención-desaparición de personas, los asesinatos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública, exigía que los organismos provinciales actúen en forma coordinada, que se expresaba en campañas eventuales, foros nacionales y acciones comunes frente a crímenes de lesa humanidad.

Las medidas de protección a los derechos humanos, si bien están establecidas, se ven debilitadas por las deficiencias en la administración de justicia, dado que el sistema judicial es el principal responsable de la interpretación y la aplicación de las leyes, los tribunales cumplen un papel fundamental y, a la hora de garantizar la puesta en práctica de los derechos y libertades protegidos y las insuficiencias del sistema, ponen en peligro la capacidad del individuo para acceder a la justicia. El derecho a la protección judicial se ve obstaculizado por retrasos constantes en el sistema judicial; hay barreras que impiden la administración imparcial e independiente de la justicia, como la corrupción y

la provisionalidad de ciertos nombramientos judiciales y la falta de acceso a la protección judicial, a causa de la escasez de defensores de oficio y la distribución inadecuada de las instalaciones en ciertas áreas.

El retraso en la administración de justicia es tanto una causa como una consecuencia de otras posibles violaciones. Dentro del sistema de justicia criminal, las detenciones preventivas prolongadas pueden producir graves injusticias en el caso de personas a las que, en el juicio, fuesen declaradas inocentes o cuya detención preventiva rebasa la pena máxima que, en caso de ser condenadas, corresponde al delito cometido. En casos extremos, el retraso prolongado en los procedimientos puede tener el resultado de ofrecer una especie de impunidad para los delincuentes. Quienes han sido víctimas de delitos también sufren, puesto que se retrasa su derecho a la protección judicial, el retraso no sólo es sintomático del sistema de justicia criminal, sino que se extiende a numerosos otros aspectos de la administración de justicia.

Los miembros de la Fuerza Pública, son responsables del mantenimiento de la seguridad y el orden público, pero también han sido causantes de grandes violaciones a los derechos humanos, si bien, no en gran escala, como las practicadas por sus similares de Latinoamérica; muertes causadas por miembros de la policía y el ejército, muertes de personas bajo la custodia de agentes del Estado; uso excesivo de la fuerza; muertes y persecuciones; uso de la tortura o tratos inhumanos como medio para extraer declaraciones a los detenidos. Las personas que entablan recursos judiciales contra un miembro de la Fuerza Pública, pueden verse obstaculizadas por la mala utilización de tribunales de jurisdicción especial, el ejercicio de tal jurisdicción por parte de los tribunales policiales y militares no se limita solamente a aquellos casos que involucran situaciones de conducta en el ejercicio de las obligaciones de los miembros de tales instituciones, con frecuencia los acusados policiales y militares son juzgados por tribunales especiales por cargos relacionados con delitos comunes, las audiencias en esas instancias se realizan a puerta cerrada, y los resultados no son fácilmente accesibles.

Si consideramos que los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales constituyen una unidad indivisible, aparece con mayor evidencia la violación de ellos en el Ecuador, las estadísticas socioeconómicas esconden el trágico drama humano de millones de personas que viven en la pobreza. El Estado no cumple con su

obligación de asegurar el bienestar de sus habitantes, puesto que el 75% de la población económicamente activa no goza de empleo estable, la mayoría de los menores de cinco años de edad sufren algún grado de desnutrición, el Seguro Social se ha politizado y no cubre los mínimos requerimientos de la población, los servicios básicos son deficitarios o no existen. Estos datos bastan para afirmar que el Estado viola masivamente los Derechos Humanos; desgraciadamente, la mayoría de personas, e incluso los pueblos, no estiman que semejantes condiciones de vida constituyen violaciones de los Derechos Humanos.

Existen crímenes que han trascendido las fronteras nacionales, uno de los más importantes fue la decisión tomada el 27 de junio de 1995 por parte de la Corte Suprema acerca de la condena y sentencia de siete miembros de la Policía Nacional por la desaparición de Andrés y Santiago Restrepo Arismendi. Los hermanos, que tenían 17 y 14 años de edad al momento de su desaparición, fueron detenidos por la Policía, cuando conducían juntos el 8 de enero de 1988, y nunca fueron vistos de nuevo. El caso es ampliamente conocido en todo el Ecuador, así como en Colombia y en el exterior. En respuesta a la movilización que se dio en torno a este caso, el 13 de julio de 1990 el Presidente Borja estableció una Comisión especial investigadora, cuyo informe final, descartó varias teorías que habían sido utilizadas para encubrir los crímenes y concluyó, sin lugar a dudas, que la policía había sido responsable de la desaparición forzada de los jóvenes y de su muerte, y ese mismo día, por decreto presidencial, se disolvió el Servicio de Investigación Criminal, que fue responsable de llevar a cabo los crímenes y de ocultarlos.

El caso de Consuelo Benavides, fue presentado por al Comisión a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en marzo de 1996, la Comisión recibió una serie de peticiones en las que se alegaba la desaparición y presunta detención de peruanos dentro del territorio del Ecuador, durante el período del conflicto en la región fronteriza, pero tan solo fueron especulaciones. Luego de investigaciones pertinentes y del estudio del caso, la Comisión determinó que Consuelo Benavides fue arrestada y detenida, ilegal y arbitrariamente, torturada y asesinada por agentes del Estado. Fue mantenida en la clandestinidad, sin una orden, autorización o supervisión judicial. Los agentes del Estado implicados y las instituciones del Gobierno a las que estaban vinculados emprendieron una campaña sistemática para negar delitos y rechazar la responsabilidad del Estado. A través de los esfuerzos de la familia Benavides y de la Comisión de

Investigación Multipartidista designada por el congreso Nacional, estos delitos salieron a la luz, tres años después de los hechos, y el cuerpo fue ubicado e identificado. A pesar del hecho de que, tanto los delitos como su encubrimiento, fueron revelados, los autores intelectuales y materiales responsables aún no han sido llevados ante la justicia.

El Sr. Iván Suárez Rosero, fue arrestado y detenido en contravención de una ley preexistente. La no presentación oportuna del Sr. Suárez ante un funcionario judicial una vez que fue detenido, su ubicación en condiciones de “detención incomunicada”, durante 36 días, la falta de una respuesta adecuada y efectiva a sus intentos de convocar las garantías judiciales internas, así como la no liberación o ausencia de la intención de hacerlo por parte del Estado, así como de asegurarle que sería escuchado dentro de un tiempo razonable en la sustanciación de los cargos formulados en su contra, fueron los cargos que se presentaron en contra del Estado, a la Convención Interamericana, quien falló a su favor, y declaró que el Ecuador ha violado los derechos del Sr. Suárez, reconociendo la adopción de medidas necesarias y sugiriendo se ordene una investigación para identificar, y eventualmente sancionar a las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos. Sin embargo los responsables no fueron sancionados.

El “Caso Putumayo”, está relacionado con once campesinos de la zona del Putumayo (Frontera Norte con Colombia), quienes fueron detenidos, de manera ilegal, por militares ecuatorianos, acusados de ser miembros del grupo guerrillero FARC y de haber intervenido en la emboscada perpetrada por este grupo el 16 de diciembre de 1993, en el Sector de la Peña Colorada, que causó la trágica muerte de once miembros de la Fuerza Pública Ecuatoriana, quienes se encontraban realizando patrullaje por el río Putumayo.

En febrero de 1996, Amnistía Internacional calificó a siete de los once campesinos como “presos de conciencia”, tomando en consideración el hecho de que se trataba de personas que se encontraban presas por vivir y trabajar en un lugar donde el gobierno se enfrentaba con grupos alzados en armas; los otros cuatro campesinos, quienes a pesar de la tortura a que fueron sometidos no se inculparon, fueron liberados en agosto de 1994, mientras que los siete restantes, que se autoinculparon en razón de la tortura sufrida, permanecían privados de la libertad. Ninguno de los siete habían estado vinculados, de modo alguno, al ataque de las FARC y que, en todo momento, no habían

hecho sino ejercitar pacíficamente sus derechos como miembros de sus comunidades, fueron falsamente acusados de delitos que los representaban falsamente como simpatizantes del pensamiento y la campaña armada de las FARC, y que su condena tuvo móviles políticos. En el juicio penal que se inició en contra de estos once campesinos se los acusó de terrorismo, asesinato, tenencia ilegal de armas y narcotráfico, pero ninguna de estas acusaciones fue comprobada durante la tramitación del proceso, lo que sí se comprobó fue que los campesinos del Putumayo fueron víctimas de diferentes violaciones a los Derechos Humanos: detención ilegal, incomunicación, tortura, omisión del principio de presunción de inocencia, y obtención de declaraciones autoinculpatorias, por medio de la tortura.

Es importante analizar este caso para marcar las similitudes y diferencias que se dan entre la tortura contra prisioneros políticos y prisioneros acusados de delitos comunes, pero la tortura es inadmisibles en cualquiera de los dos casos. Los campesinos del Putumayo a pesar de no haber sido jamás miembros de la guerrilla, fueron vistos por el Estado como “enemigos inaceptables”, y como tales, recibieron el trato de presos políticos. El Estado ecuatoriano los calificó como “guerrilleros de finca”, término que se utilizó para explicar la simbiosis entre campesinos de la zona con actividades subversivas; de hecho significaba la criminalización de la población que habita en una zona caracterizada por la violencia y en la cual intervienen diversos actores: la guerrilla, el ejército y el narcotráfico.

La detención de los once campesinos diez varones y una mujer, fue ilegal y violenta, no presentaron ninguna orden de detención emitida por juez alguno y no les informaron de las causas de la detención, los maltratos se iniciaron desde la misma detención, todos los detenidos permanecieron la mayor parte incomunicados, vendados los ojos, recibieron golpes indiscriminados en diferentes partes del cuerpo, provocados con patadas, puños, palos, mangueras, fierros, fusiles, etc. la inhalación de gas por la boca o la nariz, las quemaduras provocadas por la aplicación en la piel de “creolina” (ácido para matar insectos en la piel del ganado), las descargas eléctricas en diferentes partes del cuerpo, también fueron utilizadas como método de tortura, todos los detenidos fueron privados de alimentos, agua, sueño, y restringidos en la realización de sus necesidades biológicas, la única mujer detenida fue torturada sexualmente con toda la crueldad, no sabían como insultar a la mujer sino era a través de su sexo.

Los campesinos del Putumayo, presentaron el 8 de noviembre de 1994, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una denuncia contra el Estado ecuatoriano por detención ilegal y arbitraria, incomunicación, tortura y atentado a la propiedad privada, con pruebas documental y testimonial, justificando los hechos denunciados. La comisión Interamericana la admitió a trámite con el número 11.478, el 4 de mayo de 1995, por considerar que dicho reclamo cumplía con los requisitos jurisdiccionales de la Convención.

El proceso judicial interno estuvo caracterizado por demoras injustificadas, ineficiencia y denegación de justicia. El estado Ecuatoriano no ha podido demostrar que no fueron sus agentes oficiales quienes detuvieron ilegal y arbitrariamente, torturaron e incomunicaron a los campesinos, sin desmentir que dichas acciones estaban reñidas con la Constitución política, con el marco jurídico del Estado ecuatoriano y con las normas internacionales que tutelan los derechos humanos. El Estado reconoció ante la Comisión su culpabilidad por los hechos, y se obligó a asumir medidas reparadoras mediante el empleo de la figura jurídica del "Arreglo Amistoso", prevista en el Art. 45 del Reglamento de la Comisión, y pagó una indemnización, por una sola vez, de US\$ 100.000 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda nacional a cada uno de los once campesinos. Pero además de la indemnización, el Estado ecuatoriano, a través de la Procuraduría General del Estado, se comprometió a solicitar el Fiscal General del Estado y a los organismos competentes de la Función Judicial, el enjuiciamiento penal de las personas que se presume participaron en los hechos denunciados. Así terminó este caso que ha trascendido las fronteras nacionales.

Existen muchos casos que podrían demostrar que en el Ecuador, sí se violan los derechos fundamentales de las personas; pero, en ninguno de estos casos el Estado o los diferentes organismos, han denunciado una lesión a la soberanía del Estado. Ello obedece a que están plenamente convencidos, que el Estado como sujeto de Derecho Internacional, tiene derechos y también obligaciones que cumplir, entonces acepta las decisiones que le imponen los Organismos Internacionales encargados de la promoción y protección de los derechos humanos.

Un caso que puso en expectativa a todo el mundo, es sin duda el caso del Gral. Augusto Pinochet. En 1998, el senador Pinochet se fue al Reino Unido para recibir

atención médica. El poder judicial español presentó una solicitud de extradición, con intención de someterlo a juicio en España por una gran cantidad de cargos, treinta y cinco en total. Algunos de estos cargos estaban relacionados con España, pero la mayoría de ellos no tenían ninguna relación con este país. España presentó su solicitud de acuerdo con las condiciones del Convenio Europeo de Extradición, suscrito por varios países, europeos en su mayoría, con la finalidad de simplificar y acelerar el proceso de entrega de delincuentes fugitivos. Tanto España como el Reino Unido se acogieron a este Convenio y han aplicado sus condiciones, con pocas reservas, a sus legislaciones nacionales. En el caso del Reino Unido, estas condiciones se recogen en la Ley de Extradición de 1989 y el Convenio Europeo de Solicitudes de Extradición de 1990.

Las normas internacionales invocadas en el caso del Pinochet fueron: la Convención contra la Tortura y Tratamientos Crueles, Inhumanos y Degradantes; este instrumento internacional dispone que los Estados partes están obligados a tratar la tortura y otros delitos conexos, como ofensas que exige la extradición del culpable, esta extraterritorialidad de la aplicación normativa se vuelve un imperativo para todos los Estados ratificantes; la Convención sobre Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, según la cual este delito es considerado, en tiempos de paz o en tiempos de guerra, juzgable bajo el derecho internacional. La aplicación de la normativa contra la tortura, generó gran polémica jurídica.

Uno de los alegatos fundamentales de la defensa del Gral, Pinochet constituyó la argumentación de que, un eventual juzgamiento de tal clase de crímenes, tendría que ser realizado por algún tribunal internacional, creado o convocado para tal efecto, como sucedió en el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad de la Alemania nazi en la Segunda Guerra Mundial o, bien del conflicto Yugoslavo, y en ningún caso por un Tribunal nacional extranjero. Sin embargo, una interpretación extensiva de la aplicación de la Convención sobre Prevención y Castigo del Crimen del Genocidio ha llegado a considerar que también un tribunal nacional de alguno de los Estados signatarios de la Convención interesado en hacer cumplir los altos valores que presenta la norma, puede también juzgar estos delitos fundamentándose en la noción de la "universalidad de la jurisdicción", resultante del grave carácter de la ofensa.

Independiente de la solución, lo cierto es que este caso ha desatado un importante debate jurídico y político de dimensión internacional alrededor de la figura del Gral. Pinochet quien durante 12 años gobernó Chile, con mano dura. Puede sentar un importante precedente de tipo jurídico y político del derecho internacional, acerca de los límites de la soberanía estatal-nacional, en materia de derechos humanos, y poner al mismo tiempo al desnudo, esta época de globalización, los riesgos que, en el nuevo contexto mundial asumen los protagonistas de actos autoritarios y antidemocrático como soluciones a los problemas políticos de los Estados-nacionales que integran el sistema internacional.

Sólo para el caso de los derechos humanos, se recuerda que los Estados son soberanos e independientes; pero cuando la injerencia económica de las transnacionales penetra en los Estados, entonces se olvidan de la soberanía, y se defiende que es la globalización, como signo del avance de la civilización hacia la aldea global, en donde sobreviven los fuertes y perecen los más débiles. Qué utópico es este mundo, cada vez más, la brecha entre los países ricos y pobres se agiganta, en donde han olvidado los principios fundamentales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que la mayoría de los países lo han ratificado.

RECOMENDACIONES

El Estado Ecuatoriano, con las experiencias que ha tenido en el pasado, debe tomar las medidas correctivas para enfrentar el problema de la violación a los Derechos Humanos por los miembros de la Fuerza Pública. Debe aprovechar las ventajas que ha alcanzado en la capacitación en derechos humanos entre los miembros de Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y exigir que los pongan en práctica y no permitan que excesos, atenten contra la vida e integridad de los ecuatorianos.

Los Tribunales de Justicia, tienen que comprometerse a realizar investigaciones rápidas, exhaustivas e imparciales en todos los casos de desapariciones que aún no han sido resueltas, enjuiciar y sancionar a los responsables e indemnizar a los sobrevivientes de las víctimas. Esta intención debe prevalecer hasta que la suerte de las víctimas haya sido esclarecida y se hayan cumplido todas las obligaciones.

Para asegurar que las denuncias que aleguen una violación a los derechos humanos por parte de un miembro de la Policía o de las Fuerzas Armadas, sean investigadas de manera inmediata y exhaustiva, y cada caso tramitado de manera apropiada y a través de mecanismos judiciales civiles, de deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que los miembros de la Fuerza Pública, que se encuentran bajo investigación por presuntas violaciones al derecho a la vida sean suspendidos de sus deberes, lo cual implicaría la prohibición del uso o del acceso a armas de fuego, mientras se resuelve definitivamente la denuncia, debe Implementarse, además las medidas necesarias para garantizar que la Fuerza Pública, encargada de vigilar protestas y manifestaciones, reciba capacitación especializada sobre el control de multitudes.

El Estado a través del Parlamento, debe dictar leyes que aseguren la imprescriptibilidad de delitos que constituyen violaciones graves de los derechos humanos, tales como las ejecuciones ilegales, las desapariciones y la tortura.

Debe garantizar que todas las personas detenidas sean inmediatamente informadas de sus derechos, incluyendo del derecho a presentar quejas, en caso de malos tratos; y tomar otras medidas necesarias para asegurar que las personas detenidas sean llevadas a recintos de detención oficialmente reconocidas, y que todas las detenciones se registren inmediatamente en un registro central accesible al público, así como,

diseñar un proceso de selección para quienes aspiran a formar parte del personal encargado de hacer cumplir la ley, guardias y demás personal de prisioneros, a efecto de garantizar que los individuos seleccionados para esos cargos, demuestren su capacidad de adherirse a las normas que regulan el trato de todas las personas detenidas. Las confesiones o declaraciones obtenidas por la fuerza no deben ser incorporadas como evidencia dentro del proceso que se sigue. Se tienen que dictar normas de carácter interno, necesarias para establecer expresamente el derecho de las personas víctimas de tortura, a presentar acciones civiles encaminadas a obtener indemnizaciones por los daños sufridos.

Capacitarse adecuadamente a las autoridades públicas encargadas de hacer cumplir la ley en normas de derechos humanos; las actividades de capacitación deben ser reforzadas para desarrollar una “institucionalización” del respeto por los derechos humanos, dentro de la Fuerza Pública. Necesariamente se deben adoptar medidas internas necesarias que limiten la jurisdicción de los tribunales especiales militares y de policía, únicamente a los delitos de naturaleza específicamente policial o militar; los casos relativos a torturas y otros malos tratos a los detenidos, deben ser tramitados ante los tribunales civiles ordinarios.

El Estado debe continuar con la reforma judicial, tanto a través de medidas internas como a la ayuda técnica y financiera que puedan brindarle las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales, a fin de que pueda actuar de mejor manera, evite la politización y sobre todo, actúen en función de administrar justicia y no, como obstructor de la justicia.

El Ecuador, debe ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional creado el 17 de julio de 1998, firmó el Estatuto de Roma el 7 de octubre de 1998, con la finalidad de que se pueda juzgar a personas naturales mayores de 18 años, por delitos de trascendencia internacional, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crimen de agresión, en donde todo tipo de inmunidad se eliminará y serán tratados como individuos comunes y corrientes, la Corte tendrá un carácter permanente.

Un punto importante y sumamente positivo respecto de la ratificación de los Estados, es que el Estatuto no admite reservas, en otros instrumentos internacionales que han previsto la posibilidad de reserva por parte de los Estados, en la práctica ha significado

un menoscabo en la fuerza de esos instrumentos. Un principio básico de funcionamiento de la Corte es la complementariedad de la misma, con respecto de las jurisdicciones penales nacionales, porque no se pretende que la Corte sea una institución supranacional que sustituya a los sistemas nacionales, lo que se busca es estimular a los Tribunales de Justicia nacionales para que investiguen delitos que son de competencia de la Corte. Lastimosamente, la historia ha demostrado que esta función no ha sido asumida por los sistemas judiciales nacionales; por lo mismo, en los casos en que éstos fallen, sea por falta de voluntad o por incapacidad para juzgar a los responsables de los más graves delitos de trascendencia internacional, la Corte tiene el poder de iniciar una investigación y juzgar el caso.

El valor y la importancia que puede tener la creación de la Corte Penal para la realidad ecuatoriana está inscrita en la lucha contra la impunidad; en especial para los delitos de lesa humanidad como la desaparición, asesinato, tortura y detención arbitraria. La realidad demuestra cuán necesario es apoyar, desde el Ecuador, la creación del Tribunal de Justicia Internacional que podría vencer las limitaciones de la administración de Justicia, y contribuir, desde una óptica de imparcialidad, a sancionar a los autores de estas violaciones.

En materia de derechos humanos y de lucha contra la impunidad, solo la tenacidad, el esfuerzo permanente y el compromiso de vigilancia por parte de la sociedad civil pueden lograr que un mecanismo todavía limitado en la práctica, pueda representar un contrapeso frente a tanta atrocidad vigente. La Corte Penal Internacional nace después de décadas de esfuerzos frustrados. Este es sin duda, un momento histórico. El futuro depara desafíos enormes, afinar deficiencias del estatuto, dar vida a la Corte, y terminar con la impunidad.

BIBLIOGRAFIA

- ALTAMIRANO, Hernán. "Nueva concepción del derecho territorial Ecuatoriano", IGM. Quito, 1997.
- ANALUISA, Llovera, "Entre dos fuegos", Crisis de los derechos humanos en América, Ediciones Humanismo, México, 1987.
- A PASO LENTO. Comisión Andina de Juristas, Visual Service, Lima 1999
- ARBOS, Xavier. CAMPS, Victoria, NAVARRO, Ginés, OSSET, Miquel, "Los fundamentos de los derechos humanos desde la filosofía y el derecho", Campillo Nevado S.A. Madrid, 1998.
- BLANC, ALTEMIR, Antonio "La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional", Editorial BOSCH, Barcelona 1990.
- BIDAR, C. Germán. "Teoría de los Derechos Humanos", México, ASTREA, 1996.
- CANCADO TRINDADE, Antonio A. "Estudios básico de derechos humanos", Instituto Interamericano de Derechos humanos, Ministerio Real de Relaciones Exteriores de Noruega, Mundo Geográfico, 1996.
- COLOMER, José. "Derechos Humanos Frente al Utilitarismo: Los Fundamentos de una concepción alternativa de la Justicia", Universidad Complutense, Roma, 1995.
- CHIPOCO, Carlos. "La protección Universal de los Derechos Humanos", en Manual de Fuerzas Armadas, Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Losada, San José IIDH 1994.
- CHIRIBOGA, Galo y QUINTERO, Rafael, "Alcances y limitaciones de la Reforma Política en el Ecuador". ILDIS, Proyecto Latinoamericano para medios de Comunicación, Gráficas Araujo, Quito, 1998.
- CHIRIBOGA Z. Y SALGADO Hernán, "Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana", Quito, ILDIS, 1995.
- GONZALES C, Eduardo. "Garantía contra la Impunidad: El Rol de la Fiscalía Independiente en la Corte Penal Internacional", 1998, www.igc.apc.org/icc
- HERRENDORF, Daniel, y BIDAR Campos, Germán "Principios de Derechos Humanos y Garantías. EDIAR. Buenos Aires 1991.
- HERZOG, Roman, "Los derechos del Hombre", Frankfurt, 1997, (pp.40-45).
- JOCHNICK, Chis. "Los derechos humanos para el próximo siglo", Human Rights Dialogue, Oxford University Press, 1993 p. 403
- LAFER, Celso. "La reconstrucción de los Derechos Humanos", Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arend, Fondo de Cultura Económica, México. 1994.

- MARCHAN, Jaime. "El sentido y las obligaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", Revista AFESE, número 29 de septiembre de 1997, Imprenta Ministerio de Relaciones Exteriores, (pp. 15-39).
- NARVAEZ, Luis, "Los Derechos Humanos", Dirección General de Comunicación y Prensa, Ministerio de Relaciones Exteriores. 1991.
- NEWMAN, Frank y VALSAK, Karel. "Derechos civiles y políticos". Serbal/Unesco, Barcelona 1984. (pp. 199-253).
- O'DONNELL, Daniel. "Protección Internacional de los Derechos Humanos" Comisión Andina de Juristas, Lima 1988.
- OLLERO T. Andrés. "Consenso y disenso en la fundamentación de los derechos humanos", Universidad de Santiago de Compostela, Madrid 1992.
- OSSA H. Carmela, "Reflexiones sobre los desafíos de la protección de los derechos humanos, desde la perspectiva de las Organizaciones No gubernamentales", Instituto de Derechos Humanos, México, 1993.
- PEREZ, Vera. "La protection d'humanité en droit international" R.B.D.I. 1969.
- RIVERA, Remigio y ORTIZ Juan. "Los Derechos Humanos en el Ecuador", FESO, Provenir, Quito 1987
- SIENDRA, Serrana. "Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno", 1994
- TRAVIESO, Juan Antonio. "Historia de los Derechos Humanos y Garantías", Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993 (pp.25-60).
- TRAVUCO, Federico, "Síntesis histórica de los República del Ecuador", Editorial Santo Domingo, Quito, 1968.
- TUNNERMAN, Carlos. "Evolución histórica de los Derechos Humanos", Unesco, Caracas, 1997 (pp. 7-32).
- VAN Bowen, Theodor C. "Criterios distintivos de los Derechos Humanos" dimensiones internacionales de los derechos humanos, Serbal/Unesco, Barcelona, 1984.
- VASAK, Karel. "Las dimensiones internacionales de los derechos humanos", Vol. III, Serbal/Unesco, Barcelona 1996.
- ZAVALA, Jorge. "El Proceso Penal", Tomo II, Edino, Bogotá 1989

Constitución Política del Ecuador

ALDHU – Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos

- Sistematización de la experiencia de defensa de los derechos humanos en Chile.

- El conocimiento y las prácticas de salud comunitaria y reproductiva de la mujer shuar.
- Hacia la feminización de la Justicia.
- Las Fuerzas Armadas Ecuatorianas Paz y Desarrollo.
- Kampunium Ayamprin Cómo identificar y registrar los impactos ambientales.
- La Justicia y los Derechos Humanos.
- Derechos Humanos, sustento de los procesos democráticos.

Anuario Social y Político de América Latina y el Caribe, Nueva Sociedad FLACSO 1998

Amnistía Internacional

- Desapariciones Forzosas y Homicidios Políticos, la Crisis 1998.
- ¿Por qué seguimos esperando?, La lucha por los derechos humanos de las mujeres.
- El Comercio del Terror, Informe 1996, EDAI, Madrid, 1996.
- Vientos del Sur, Huellas de las mujeres, 1993.

Centro de Asesoría laboral del Perú

- Desafíos para la exigibilidad de los DESC, Plataforma Sudamericana de derechos humanos, democracia y desarrollo 1999.

Comisión Ecueménica de Derechos Humanos

- Curso Nacional de Derechos Humanos, 1997
- Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos:

- Derechos civiles y políticos, manual popular de la Constitución Ecuatoriana, 1997.
- Derechos, manual popular de la Constitución Ecuatoriana, 1999.
- Desafíos para la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Entre sombras y silencio, la violencia intracarcelaria, Quito, 1997
- El Ocaso de la Dignidad, La Tortura en el Ecuador 1997.
- Hábeas Corpus, manual técnico para su manejo, 1999.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948
- Convenciones
- Pactos
- Acuerdos

- Tribunales
- Cortes
- Estatutos
- Compilaciones de las Legislaciones de Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos en América Latina y el Caribe. 1999.
- Compendio de Planes Nacionales de Acción en Materia de Derechos Humanos, para la promoción y protección de los Derechos Humanos. 1999.
- Los principales instrumentos internacionales, 1999.
- Los derechos del niño: creación de una cultura de los derechos humanos. 1948 – 1998.
- Protección del patrimonio de los pueblos indígenas

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

- Acuerdos
- Pactos
- Convenciones
- Tribunales
- Cortes
- Estatutos

Plan Nacional de Derechos Humanos, 1999

Servicio Paz y Justicia de Ecuador

- 50 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículos de Prensa, Revistas, Internet, otros.

AUTORIZACION DE PUBLICACION

Autorizo al Instituto de Altos Estudios Nacionales la publicación de esta tesis, de su bibliografía, como artículo de la Revista o como artículo para lectura seleccionada.

Quito, Abril del 2000

DRA. CONSUELO SILVA MARTINEZ