

Ximena María Torres Sánchez

ASPECTOS BÁSICOS SOBRE DERECHOS HUMANOS





XIMENA TORRES SÁNCHEZ

Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Técnica Particular de Loja; Maestra en Derecho por la Universidad Autónoma de México, México; Doctora (Ph. D) en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, España en donde recibió el Premio Extraordinario de Doctorado 2019-2020

Docente universitaria de pregrado y posgrado en las cátedras de Derechos Humanos, Derecho Internacional Público, Derecho de Integración, Derecho de Familia, Jurisprudencia Internacional y Constitucional, Derechos Humanos e Interculturalidad, Metodología de Investigación Jurídica, entre otros. Cuenta con varias publicaciones en los campos de su desenvolvimiento y colabora con varios grupos de investigación de la Universidad Técnica Particular de Loja-Ecuador.

XIMENA MARÍA TORRES SÁNCHEZ

ASPECTOS BÁSICOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES
QUITO, 2021

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)

ASPECTOS BÁSICOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Ximena María Torres Sánchez.

Revisión

Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación

Departamento de Diagramación - CEP

Impresión

Talleres - CEP

Derecho de Autor No. 059567: 25-ene-2021.

Depósito Legal: 006652: 25-ene-2021.

ISBN: 978-9942-10-624-7: 11-dic-2020.

Tiraje: 500

Edición: Primera. Febrero 2021.

Quito - Ecuador

La Corporación de Estudios y Publicaciones no se responsabiliza por las opiniones contenidas en esta publicación, que son de exclusiva responsabilidad de la autora.

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación, sin autorización expresa de la Corporación.

Índice

Introducción	9
--------------	---

CAPÍTULO 1

1. Antecedentes filosóficos	13
1.1. Filosofía: derecho natural moderno y positivismo	13
a) Subjetividad moderna	14
b) Pacto o contrato social	15
c) Antecedentes históricos	17
1.2. Aporte de la filosofía liberal europea	25
1.2.1. Vigencia de los derechos humanos en Europa	28
1.2.2. Los derechos humanos en el resto del mundo	29
1.3. Construcción de la cultura de los derechos humanos	31
1.4. Reconocimiento de los derechos humanos	32
1.4.1. Precisiones conceptuales	34
1.4.2. Características y principios	44
1.4.3. Procesos históricos de evolución	51

CAPÍTULO 2

2. Expansión en el Orden Internacional	63
2.1. Internacionalización	67
2.2. Legislación Internacional	69
2.2.1. Carta Internacional de Derecho Humanos	72
a) Catálogo de Derechos Humanos según la Carta Internacional	74
b) Pactos Internacionales de Derechos	80

2.3. Organización de las Naciones Unidas	82
a) Órganos del Sistema de Naciones Unidas	84
b) Procedimiento de denuncia ante el Sistema de Naciones Unidas	91
c) Órganos del Sistema de Naciones Unidas que se crean en virtud de los tratados	93
2.4. Derecho Internacional de los Derechos Humanos	96
a) Responsabilidad en materia de derechos humanos	97
b) Justicia penal internacional	103
b.1. Corte Penal Internacional	107
c) Derecho Internacional Humanitario	109
d) Sujetos de protección especial	112
e) Género y derechos humanos	118
e.1. La violencia de género en el contexto de exigibilidad de los derechos humanos de la mujer	124

CAPÍTULO 3

3. Sistemas Regionales de Protección	133
3.1 Procesos en construcción	133
a) Asia	133
b) Los Derechos Humanos en los Países Árabes	135
3.2. Sistema Africano	136
a) Base normativa del sistema	139
b) Estructura del sistema	140
3.3. Sistema Europeo	141
a) Base normativa del sistema	142
b) Estructura del Sistema	143
c) Tribunal Europeo de Derechos Humanos	145
3.4. Sistema Interamericano	146
a) Base normativa del sistema	147
b) Estructura del Sistema	150

b.1. Comisión Interamericana de Derechos humanos	150
b.2. Corte Interamericana o Corte IDH	154
3.4.1. Control de convencionalidad en el Sistema Interamericano	160
3.4.2. Casos contenciosos de Ecuador ante la Corte IDH: Derecho a la memoria, verdad, justicia y no repetición	162
a) Derecho a la verdad, memoria, justicia y no repetición	167
a.1. El caso ecuatoriano	170
a.2. Últimas sentencias pronunciadas por la Corte IDH sobre Ecuador (2020)	173
a.2.1. Corte IDH. Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398	173
a.2.3. Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405.	201

CAPÍTULO 4

4. Derechos humanos en el contexto ecuatoriano	237
4.1. Contexto constitucional en Ecuador	237
4.2. Mecanismos para la protección de los derechos humanos	239
4.3. Breve análisis del modelo constitucional vigente	241
4.4. Apuntes sobre control de constitucionalidad y convencionalidad en el Ecuador	251
a) Breve análisis a la Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador Nro. 11-18-CN/19, que se articula con la Opinión Consultiva OC17-24 de la Corte IDH	257
4.5. Evolución histórica de la normativa constitucional ecuatoriana: igualdad, garantías y derechos de las mujeres	260
4.5.1. Constitución Política del año 1830	261
4.5.2. Constitución Política del año 1835	262
4.5.3. Constitución Política del año 1843	263
4.5.4. Constitución Política del año 1845	266

4.5.5. Constitución Política del año 1851	268
4.5.6. Constitución Política del año 1852	271
4.5.7. Constitución de la República del año 1861	274
4.5.8. Constitución de la República del año 1869	276
4.5.9. Constitución Política de la República del año 1878	278
4.5.10. Constitución Política de la República del año 1884	280
4.5.11. Constitución Política de la República del año 1897	281
4.5.12. Constitución Política de la República del año 1906	284
4.5.13. Constitución Política de la República del año 1929	286
4.5.14. Constitución Política de la República del año 1938	288
4.5.15. Constitución Política de la República del año 1945	288
4.5.16. Constitución Política de la República del año 1946	291
4.5.17. Constitución Política de la República del año 1967	294
4.5.18. Constitución Política de la República del año 1979	296
4.5.19. Constitución Política de la República del año 1998	300
4.5.20. Constitución Política de la República del año 2008	306
 Glosario	 315
 Referencias bibliográficas	 323

Introducción

Al ser concebidos los derechos fundamentales desde su funcionalidad, como un sistema dinámico integrado por diversos componentes, en donde la característica esencial es el reconocimiento y transformación de pretensiones éticas, en normas que protegen valores máximos, para que las personas puedan alcanzar una vida digna, se despierta el interés general por su estudio, a fin de determinar aspectos relativos a su alcance y eficacia dentro de un contexto jurídico determinado.

De este modo, tomando en consideración que la traducción de valores en normas, atraviesa umbrales históricos y filosóficos, para desembocar en la instauración de modelos constitucionalistas, en donde tales prerrogativas se establecen como un sistema institucionalizado e inserto en la Constitución, como “el vehículo normativo y sede básica de regulación de los derechos” (Peces-Barba, 1995, p. 362); que permite “que se determinen los fines a que debe tender la institución; que se establezcan los medios principales... para lograr aquellos fines y que se distribuyan las funciones específicas de los individuos... para el logro del fin” (Bobbio, 2013, p. 12); y, al encontrarse el modelo constitucionalista, instaurado en gran parte de las regiones del mundo, el estudio de los derechos humanos asume trascendencia.

En el contexto latinoamericano, el constitucionalismo toma como base el modelo noroccidental, al cual se implementan características propias del contexto; a partir de ello, se establece en la región, el camino hacia la democracia constitucional, en donde cabe reflexionar, sobre una amplia diversidad de transformaciones sociales, jurídicas y políticas.

En el Estado ecuatoriano, el modelo constitucionalista comienza a ser visible con la carta magna del año 1998, que modifica en gran medida el marco de reconocimiento de derechos en el país; sin embargo, es

con la promulgación de la Constitución del año 2008, en que, desde el aspecto formal-normativo, se instituye a plenitud. Es así que, en la actualidad, el Ecuador se afirma como un Estado de derechos y justicia, garante de las normas fundamentales, que se extienden a todos los individuos del territorio e incluso a la naturaleza.

El presente texto titulado “Aspectos Básicos sobre Derechos Humanos” se constituye en un esfuerzo por recopilar contenidos básicos que enmarcan el desenvolvimiento de los Derechos Humanos desde las diversas maneras de su articulación, intención nada sencilla y de hecho bastante compleja, en los escenarios actuales en donde la aplicabilidad normativa muestra un cúmulo de necesidades para el mejoramiento de aspectos que conlleven el cese a las vulneraciones a los derechos de los seres humanos, que comulgue con el sentido de responsabilidad, obligatoriedad y promoción para la vigencia de estas prerrogativas.

De tal manera, para procurar esta aproximación, este trabajo dispone cuatro capítulos sobre: antecedentes filosóficos, expansión en el orden internacional, sistemas regionales de protección, y un apartado sobre los derechos humanos en el contexto ecuatoriano. En cada capítulo se abordan subtemas que además de articularse al título principal, pretenden despertar en el lector la incursión por una reflexión más profunda.

Por lo antes señalado este aporte se dispone como un primer punto de encuentro para quienes desean incursionar en este amplio campo del conocimiento, así también, se pretende de manera coyuntural, propiciar en el lector un interés por acercamientos más profundos al sentido actual de promoción de los Derechos Humanos, para que, desde los propios ámbitos de desenvolvimiento, se tienda a una vigencia de estas normas, sobre todo cuando en el contexto de las sociedades actuales esta perspectiva tanto a nivel personal como colectivo, resulta tan imperante y necesaria.

La autora.

CAPÍTULO 1

1. Antecedentes filosóficos

Para abordar la doctrina de los derechos humanos, atravesaremos cuatro aspectos que pretenden dar fe sobre la noción actual de estas prerrogativas, el primero de estos momentos sobre el sustento filosófico de estas normas, el segundo sobre el aporte de la filosofía liberal de Europa, en un tercer momento se aborda la cultura de derechos humanos; y, finalmente se profundiza en el proceso de reconocimiento de derechos humanos.

Respecto de la filosofía de los derechos humanos, a continuación, se revisan algunas nociones desde un enfoque histórico conceptual en donde se articulan con la corriente del derecho natural contemporáneo y también al derecho positivo que permite plasmar estos ideales éticos en instrumentos jurídicos con validez dentro de los ordenamientos, por lo tanto, este análisis permite destacar la importancia de algunos momentos en la historia, que derivan en la construcción de la noción de derechos humanos en la sociedad.

En este punto es importante aclarar que la razón para abordar la filosofía de los derechos humanos desde esta faceta única de las múltiples existentes, responde a propiciar en el lector un primer acercamiento al estudio de los derechos humanos a modo de introducirse en el tema.

1.1. Filosofía: derecho natural moderno y positivismo

Si bien el desarrollo de la cultura de derechos humanos es reciente, sus antecedentes históricos y filosóficos no lo son. De hecho, tiene mucho que ver la historia, ideología y creencias de cada pueblo, para desarrollar una concepción que podría repercutir en el modo de reconocer y adscribirse a las disposiciones internacionalmente desarrolladas.

En este sentido la teorización de los Derechos Humanos se ha desarrollado desde múltiples enfoques a partir de los cuales surgieron los primeros derechos, así la connotación de estos derechos se vincula a diversos ámbitos, ya en lo social, político, cultural; sin embargo, todos estos aspectos convergen en un nacimiento anclado al derecho natural.

Respecto de los derechos naturales Enríquez et. al (2016) señalan:

La teorización clásica sobre los derechos naturales (anteriores y superiores al ordenamiento jurídico positivo, o fundados en la naturaleza humana) es inconcebible sin la mediación de dos construcciones teóricas de primer orden: la subjetividad moderna y las nociones de pacto y contrato social. (p. 21)

Se señalan aquí, dos antecedentes importantes: primero, la subjetividad moderna, la cual se fundamenta en aspectos concernientes al iusnaturalismo; y segundo el pacto o contrato social, analizaremos de forma sucinta estos dos aspectos.

a) *Subjetividad moderna*

La vinculación de los derechos humanos al iusnaturalismo, rescata dos aspectos el respeto y cumplimiento de la norma que se entiende como ética; y, el posicionamiento de la dignidad del ser humano que lo hace titular de estos derechos, es por ello que se deja por sentado que esta vinculación entre iusnaturalismo y derechos humanos que se sugiere, es en cuanto a un derecho natural moderno y más evolucionado.

En este sentido, la subjetividad moderna es una construcción teórica relacionada con la transición del pensamiento desde la divinidad hacia la individualidad, de acuerdo a ello la legitimación tanto del Estado como de la sociedad, se trasladan al individuo, y, por consiguiente, a los acuerdos que de éste emanen.

Dicho de otro modo, la evolución del derecho natural ha pasado por una transición, que en sus inicios sustentaban la obligatoriedad de enunciados por el cumplimiento ante Dios, más adelante con la evolución de este derecho hacia la contemporaneidad –lo que equivale a la subjetividad moderna–, las prerrogativas o normas se justifican en el deber hacia el ser humano y aquellos factores que le permitan alcanzar condiciones mínimas para una vida digna, para ello se toma como punto de partida la igualdad de los seres humanos y la dignidad.

Por su parte, la igualdad entre los seres humanos se vincula especialmente a la naturaleza de los individuos, lo que los hace dignos o atribuibles de iguales derechos. A partir de ahí, emana una comprensión contemporánea de los derechos naturales mucho más enfocada al ser humano y su sentido de dignidad.

Con el perfeccionamiento de la sociedad, las crisis no sólo políticas sino también filosóficas, centran el hito del desarrollo en torno al ser humano, resultando necesario establecer consensos comunes “que fundamenten la sociedad y el poder para evitar la lucha permanente entre los individuos” (Enríquez et. al, 2016, p. 22). Adicionalmente, esta evolución en torno al individuo conlleva a la necesidad de establecer bases que regulen la relación del individuo frente al administrador de poder, es decir individuo-Estado. Desde esta perspectiva que toma como tronco común de la sociedad, a la misma naturaleza del individuo, se articulan las ideas de igualdad y libertad, como derechos naturales y propios del ser humano.

Parafraseando a Enríquez et. al (2016) de esta concepción emana un doble papel de los derechos naturales, como instrumentos conceptuales, y también como fundamentos de una acción política, esto por cuanto los derechos naturales más allá de una concepción que conlleva a explicar el orden social, serían un instrumento que promueve cambios, puesto que “un derecho puede explicarse o justificarse, pero por encima de todo, puede y debe ser exigido por quien dice ostentarlo, y no frente a cualquiera, sino frente a aquel que siempre suele negarlo o menoscabarlos: el poder”. (p. 22)

b) Pacto o contrato social

El segundo antecedente que se aborda compete a las construcciones teóricas del pacto o contrato social, tomando en cuenta que este imaginario articula la idea de los derechos humanos como derechos naturales evolucionados, es decir desde un enfoque contemporáneo –que fue revisado en el literal anterior–.

El pacto social es una construcción teórica que permite fundamentar los derechos naturales desde un enfoque contemporáneo, de este modo la teoría del contrato social viene sustentada por algunos de los precursores como Locke, Hobbes, Grotio, entre otros.

La pretensión de esta doctrina es introducir un orden social, que se basa principalmente en poner un freno a la omnipotencia del representante social, frente a los gobernados. Esto es visible si retomamos la idea de que, en la edad media, el monarca estaba estrechamente vinculado a la divinidad, y su poder no tenía límites ante los hombres sino solamente ante un Dios, con esta relación, su poderío extendía a su vez la divinidad.

Por lo tanto, esta estrecha vinculación del soberano a Dios, afirmaba por sí mismo el ejercicio del poder frente a los súbditos, en cuanto se justificaba con un raciocinio y protección de origen cercano a lo divino, de ahí que en esta idea no cabía una restricción al poder. Así el criterio del establecimiento del pacto social, vendría a poner límites al poder del soberano y reconocer la justa resistencia y desobediencia de los súbditos ante leyes injustas.

La base de las propuestas filosóficas sobre el pacto social, refieren primeramente la conservación del derecho del individuo, segundo la obediencia ante quién representa el poder en tanto de éste emana protección, y tercero la existencia de derechos propios del ser, que no quedan expuestos a la voluntad del soberano. Al adoptarse esta base filosófica se desarrolla la idea de un contrato social, según el cual se traduce el pacto en diversos instrumentos jurídicos que, al ser afirmados –por los medios legislativos correspondientes– en los Estados reflejan un acuerdo o contrato de respeto al ser humano y sus derechos.

Entre los precursores del pacto social se destacan filósofos como John Locke, en quién se identifican aspectos concernientes al derecho a la propiedad, como todo aquello que debe ser protegido por el ciudadano, equiparándolo a la par de otros derechos como la vida y libertad, así todas estas normas se convierten en una prioridad del Estado.

En este sentido los derechos naturales desde un nuevo enfoque, permiten instituir conceptualizaciones y acciones políticas que, con base en el establecimiento del pacto social, promueven la existencia del ser humano con anterioridad a la idea misma de Estado, por lo tanto, las atribuciones de estos primeros, prevalecen frente a las del segundo. Según Enriquez (2016) “esta transformación del discurso filosófico posee decisivas repercusiones en el ámbito jurídico-político” (p. 26) y sentarían el antecedente de la figura de Estado según como hoy lo conocemos.

El desarrollo teórico del pacto o contrato social, también influirían en las revoluciones sociales, cuyo emblema se centra en las ideas de libertad e igualdad intrínsecas al ser humano alrededor del mundo, pero especialmente se impulsa en Europa. Esto se vería reflejado en el proceso de positivación de los derechos que toma como base “las teorías iusnaturalistas rationalistas que reconocían los derechos naturales como inherentes al hombre por su propia naturaleza y culminaría” más adelante, con la elaboración de múltiples declaraciones de derechos. (Enriquez, 2016, p. 28).

Tal como se ha podido analizar en los literales que anteceden, la subjetividad moderna y el contrato social, son constructos teóricos que confluyen con el desenvolvimiento social, lo que va de la mano del avance normativo en materia de derechos humanos desde un enfoque del derecho natural contemporáneo. Estos antecedentes convergen con lo señalado por Galvis (2008) al afirmar que “la concepción y la situación actual de los derechos humanos en el mundo están íntimamente ligadas al desarrollo histórico de los pueblos”.

Si a los antecedentes antes abordados, se suman la indudable gestación de doctrina, legislación, filosofía, religión europea, que se propaga a todas partes del mundo como producto de procesos hegemónicos de colonización; e incluso de integración, se afirma esta concepción –de los derechos humanos– como atributos del ser humano.

c) Antecedentes históricos

Los acontecimientos históricos que anteceden al aparecimiento de los derechos humanos son quizá la forma más reconocida de abordarlos,

quizá por cuanto aquello denota la importante repercusión de su reconocimiento en la sociedad. En términos generales la evolución de la humanidad se ha dado de un modo similar entre una cultura y otra, esto por cuanto el estado de naturaleza, se transformó en un estado de derecho que permitió regular la convivencia entre individuos en aparente situación de igualdad¹.

Los hechos respecto de la transformación de la humanidad al estado de Derecho, ponen en evidencia que las primeras formas de gobierno de carácter absolutista, permitieron la concentración de poder en una persona denominada emperador, rey o monarca; además, estas sociedades vincularon al gobernante con los dioses, con lo divino, o con un ente superior; lo cual, le permitía a éste último, mantener un control total de la administración de su entorno.

En este sentido, se ubican los primeros antecedentes de las culturas más destacadas a lo largo del mundo, que surgen desde el modelo imperialista monárquico, entre las que destacan sociedades egipcias, babilónicas, Imperio Chino y japonés, Aztecas e Incas; el desarrollo filosófico de estas culturas, de culto hacia lo divino, los dioses y la naturaleza, generaron los primeros rasgos del iusnaturalismo medieval. Dada la posterior evolución de estas sociedades en regímenes plurales, algunas de estas características serían heredadas hacia otros grupos, a través de procesos de gobierno hegemónico, conquista y colonización; pese a que, en estos últimos la colisión cultural, conllevaría el reemplazo forzado de la forma de gobierno del conquistado, por la del conquistador.

En la transformación del estado de naturaleza al estado derecho, a decir de Prieto (2009) “existen dos factores que conducen la transición, siendo el primero la culminación del proceso de fortalecimiento del Estado como entidad política...y la teoría del contrato social” (p. 34), lo que permitió establecer en el poder soberano, características de ser una entidad unitaria, indivisible, plena e ilimitada; lo cual refleja, con

¹ Se menciona el aparente estado de igualdad por cuanto, más adelante se relaciona esta evolución desde el enfoque del feminismo, en donde se constata que, efectivamente los hechos no se transformaron según los preceptos de la igualdad; o al menos, no fue así para toda la humanidad.

bastante claridad su establecimiento como institucionalidad con un legislador único, el soberano.

Dentro del primer factor señalado, sobre el proceso de fortalecimiento del Estado como entidad política, es importante resaltar que, con el paso a la individualización de derechos, que ya no se encuentran establecidos por un ente superior a los individuos, mucho tiene que ver la separación entre el derecho y la religión, o lo que se ha denominado proceso de secularización del derecho natural.

No obstante, se afirma que aún no es posible hablar de historia de los derechos humanos sino más bien, de sus albores en un sentido figurado, ya que este no sería un modelo propiamente dicho, pero permiten “comprender algunos de sus rasgos; dado que, una parte de la crítica...se articula como defensa y recuperación de algunos elementos propios de aquellos” (Barranco, 2016, p. 31). Así pues, las cuestiones relativas a sus presupuestos éticos, como la igualdad, libertad y dignidad, que emanan previo al tiempo medieval, no aparecen como conceptos que confluyen para ser determinantes en el ámbito político.

Del segundo factor de transición al estado de Derecho, respecto de la denominada teoría del contrato social, es por medio de esta filosofía, que se establece aquella relación de los individuos con el poder político, lo que promueve a través del raciocinio, el desplazamiento de la idea de que el poder emana de manera natural; por el pensamiento de que, tanto el poder como la entidad estatal, nacen de los individuos y sus intereses conscientes para alcanzar determinados objetivos.

De tal manera, se desenvuelve la transición del absolutismo al individualismo consensual. Así pues, surgen rasgos de derechos fundamentales que sin duda influyen en la política y por los cuales se establece en la época medieval límites al poder, mediante la atribución de privilegios a grupos diferentes al monarca, lo cual se vería plasmado en instrumentos como la Carta de Juan sin tierra de 1212 por ejemplo.

De este modo, el contrato social a decir de Prieto (2009) “desempeñaba una función teórica, pero de indudable trascendencia práctica...pues

las instituciones desempeñarán un papel instrumental al servicio del individuo” (p. 39), quienes las conforman según su libre acuerdo, en función de sus propios y determinados intereses”. Esto revela, el establecimiento de una obligación de carácter recíproco que permite el desarrollo de la institucionalidad, cuyo fin es el beneficio del individuo, por lo que se instituye en la sociedad una organización política. En este punto, surgen aquellos rasgos que identifican el denominado tránsito de la época medieval a la modernidad, entre los que se apuntan: la transformación del sistema económico; la organización de la burguesía como grupo social independiente con sentido de poder económico en la acumulación de riquezas e industrialización; así también, la instauración del grupo social burgués en la dirección del ámbito político, mediante un sistema que le permitió alcanzar el libre desarrollo de su actividad económica. De tal manera, el cambio de poder político al grupo social burgués, influyó en todos los ámbitos sociales posibles, lo que afianzó la idea del individuo como principio y fin; esto último, como otra característica innata de los derechos fundamentales.

A decir de Peces-Barba (1995)

cuando el Estado absoluto deja de ser un elemento de apoyo al cambio y se convierte en una rémora y cuanto otros factores como los religiosos, coincidan en dificultar el progreso del protagonismo de la burguesía propietaria y comerciante, se empezarán a producir las primeras formulaciones de la filosofía de los derechos fundamentales en defensa de la tolerancia y de la limitación del poder absoluto. (p. 189)

En efecto, se configuró la aparición del Estado como sistema necesario para garantizar el poder burgués, establecer el orden de la sociedad, emanar la idea de seguridad en general; pero principalmente, para permitir a los burgueses continuar con fluidez sus actividades comerciales. Para dicha configuración, fue necesaria la ruptura del arraigado poder religioso como estamento de seguridad y de influencia generalizada en todos los aspectos de la sociedad; elementos que se articularon con el derecho, lo que devino en la seguridad jurídica.

De lo señalado en el párrafo anterior, se deduce que es este el momento histórico en donde se ubica al individuo libre y racional, para fundar en consenso al Estado y todo cuanto le fuere favorable, como mero instrumento para el alcance de sus propios objetivos. En dicho Estado, se concibe como idea de la modernidad, el sentido de que tanto el poder político como el sistema jurídico, deben tener como finalidad la regulación de la convivencia bajo una modalidad pacífica.

Con el desenvolvimiento del ente estatal, se considera principalmente la protección de la libertad individual; no obstante, al no permitirse la intervención estatal en los asuntos individuales, se generarán otras amenazas provenientes de las relaciones particulares, de tal manera devienen las sociedades capitalistas, que conllevan la acumulación de riqueza y explotación laboral.

Surge entonces, un cambio de mentalidad, que vendrá de la mano del humanismo y la reforma como movimientos de mutua influencia, que propugnan la ética de la libertad y de la gracia respectivamente; los que coinciden, aunque en sentidos opuestos, en "afirmar la autonomía, el valor del trabajo y de la actividad humana. Este antropocentrismo ético coloca al hombre, constructor de sí mismo y dominador de la naturaleza, en el centro del universo" (Peces-Barba, 1995, p. 123). Dicho pensamiento deriva en la ilustración, en donde se ubica, el primer momento histórico de los derechos fundamentales, entendidos como las libertades civiles, que se sustentan en las propuestas humanistas y reformistas, de la burguesía presionada por un Estado absolutista.

Con tales antecedentes, en la ilustración emanan los rasgos cruciales para la construcción de la filosofía de los derechos fundamentales que se centran en; la secularización, como indagación por un nuevo orden establecido sobre la base de la razón y la naturaleza humana; el naturalismo, que supone el regreso o interés por la naturaleza del ser humano, en donde se sienta el sustento del destinatario genérico y subjetivo; el racionalismo, entendido como el valor de la razón para la construcción del conocimiento; y, el individualismo, como interés por el hombre en todos sus aspectos y el deseo por conocerlo.

Estos rasgos, son precisamente los cimientos, de la teoría liberal, según la que se consideró “que el hombre era el centro del universo, a través del cual todo giraba, en que el Estado debía permitir plena libertad a los hombres, sin intervenir en su vida privada” (González, 2013, p. 16). En este contexto, se concibe una esfera de protección propia de cada individuo, que prevalece frente al Estado y en donde este último, al entenderse como la mayor amenaza del individuo, no puede interferir, de estos hechos se deduce que el modelo liberal permitió por una parte la imposición de quienes tuvieron más poder económico sobre los más débiles, por otra parte esto conllevaría a promover la desigualdad social, cuestión que en lo personal se considera un tema no resuelto, en ninguno de los momentos históricos analizado, lo que incluye la actualidad.

Dada la mínima intervención estatal, acontecen en esta época sendos abusos de poder no sólo por parte del Estado sino además entre particulares visibles a través de la historia en: exterminios masivos, vulneración sistemática de derechos y acontecimientos de crueldad atroces –como los hechos suscitados en las guerras mundiales, cuyo alcance a gran escala generó conmoción y alarma social–. Es precisamente, como respuesta a estos sucesos históricos en que, los documentos normativos alcanzarían una producción importante, desde la cual emana el reconocimiento de derechos inherentes a la persona, tales instrumentos servirían como referente para los procesos no sólo de positivación de derechos, sino de su generalización e internacionalización, tema que será abordado más adelante.

Por ahora, se anticipa el proceso de positivación, como la inserción de los presupuestos éticos en la estructura normativa de un determinado entorno, lo que acontece de la mano del ámbito político con el aparecimiento de los estados constitucionales, generalizados a través del Estado moderno de legalidad, en donde prevalecen los derechos entendidos como fundamentales. Respecto a la internacionalización se puede mencionar que, la creación de institucionalidad en cuanto a derechos humano, surge desde dos vertientes; por una parte, con el surgimiento de la Organización de Naciones Unidas; y por otra, debido a los cimientos y paulatino desarrollo del derecho internacional.

En contraposición al liberalismo individual surge el colectivismo que apunta a los ideales de eliminar la propiedad privada y colectivizar los medios de producción, se enfatiza en que el individuo es parte de una sociedad en donde se anteponen los intereses colectivos a los personales. Según González (2013) con la instauración del comunismo, la humanidad “vivió una gran bifurcación en la adopción de formas de gobierno de los estados, adoptando algunos, posturas liberales capitalistas, en tanto que otros se fundaron en doctrinas comunistas” (p. 20).

Sobre aquella bifurcación quienes asumieron la línea comunista –radical– atravesarían una transición en la que el proletariado pasaría a ser dueño del poder y lo emplearía para el alcance de sus intereses, esta transición se insertaría a través de la fuerza y sería conducente a una sociedad sin Estado y sin política de gobierno.

Después de las corrientes individualista, liberalista y colectivista, surgen los sistemas democráticos que pretende integrar aspectos de equilibrio entre las posturas que le preceden, por lo tanto, se toma en consideración las esferas del individuo y del colectivo hacia el alcance del bien común, en el marco de límites establecidos para el mantenimiento del orden social y preservación de intereses comunes. En esta etapa se pretende un alcance de la felicidad individual que aporte al desarrollo de la sociedad; cuestión que, aunque de difícil alcance sienta las bases para el concepto de justicia social, que viene a armonizar los intereses individuales y sociales.

De los acontecimientos históricos, sociales y filosóficos antes revisados se deriva que, el contexto del poder que se ejerce desde el ámbito político, es determinante para la existencia de un consenso final en cuanto a la construcción del sentido ideológico de los derechos fundamentales. Por ello es deducible en cada época, que los sucesos históricos articulados con la economía, promueven en los grupos de poder la inclinación y desarrollo de ideologías, que permitan no solo mantener su ejercicio en el mando, sino además desenvolverse de acuerdo a intereses económicos concretos que acrecienten la riqueza.

El consenso antes descrito, parte en el desacuerdo ante la monarquía absoluta, que al tratarse de un contexto político cerrado, no facilita el desenvolvimiento de intereses individualistas; más adelante, de modo conveniente se genera una alianza entre la monarquía y la burguesía, no sólo para establecer un marco de protección para los intereses de esta última, sino para superar en alianza los rastros medievales; en este escenario toma fuerza la burguesía, que para afianzarse en los ámbitos político y económico, promueven un disenso sustentado en la idea del humanismo y reformismo, que viene a instaurar un acuerdo con miras a establecer una filosofía para regular el poder, este viene a traducirse como la vigencia del constitucionalismo, en donde los derechos fundamentales tendrán su principal fundamento positivista.

Con los antecedentes históricos, sociales y políticos antes referidos, nos centramos en la filosofía de protección de derechos naturales, mediante la transformación de pretensiones morales en normas positivas, en donde acontece el nuevo Estado moderno; en donde, los gobernantes se someten a la ley, la soberanía radica en torno a personas, se plantea la separación de poderes como acciones para delimitar el poder.

En este contexto de predominio de la ley por encima de otros elementos, es en donde se consagra la entrada en vigor del constitucionalismo, cuyo elemento principal es la inserción de derechos fundamentales, en la norma máxima del naciente estado de derecho. Así pues, se justifica “la superioridad del poder constituyente sobre los poderes constituidos, pero, justifican al mismo tiempo la limitación del gobierno desde el momento en que el poder supremo se agota en la propia Constitución” (Prieto, 2009, p. 42).

El recorrido realizado a lo que se ha denominado como los hechos, permiten afirmar la existencia de tres momentos importantes, que derivados de la teoría del contrato social y de los aportes del iusnaturalismo, han dado paso a la inserción de derechos fundamentales en el orden positivo; estos momentos atienden al liberalismo con el reconocimiento de los derechos de autonomía, es decir no interferencia

estatal que devendrá en los derechos civiles; en el momento de la democracia en donde surgen los derechos de participación, que permitirían la justificación del mandato que emana de la soberanía de las personas; y, finalmente el constitucionalismo con la denominada ampliación del contenido del catálogo, que insertaría aquellos derechos relacionados con lo económico, social y cultural.

Del análisis de los hechos se concluye que, la teoría de los derechos fundamentales tiene un importante componente histórico-social, en donde el interés por el poder, se constituye en el medio por el cual se promueven distintas tendencias de la filosofía, que permiten establecer el mejor marco político posible para los intereses de los grupos de mando, que persiguen afianzarse y conseguir intereses propios. No en vano, es importante acotar sobre la importancia del análisis de la teoría de los derechos fundamentales que involucre una perspectiva sociológica, que permita articular los hechos acontecidos en la sociedad, a las dimensiones ética y jurídica que, además de influir, repercuten en el derecho y la sociedad.

1.2. Aporte de la filosofía liberal europea

Dada la influencia que en múltiples niveles ejerce la cultura europea que se expande a lo largo del mundo, se afirma que los derechos humanos están ligados a un movimiento desigual y en dirección contraria

para Europa son el ascenso de la razón, para los países del resto del mundo son el producto de la pérdida de su proceso autónomo de la conciencia histórica y su incorporación a la razón del colonizador (Galvis, 2008, p. 18)

Emana de ello una historia de los derechos humanos desde dos perfiles, por una parte, desde la expansión de la cultura europea que se tornó en propagación hacia el resto del mundo; por otra parte, aquel perfil del cual emanan los procesos de colonización, en donde la idea de derechos humanos surge a partir de la negación cultural originaria e imposición hegemónica.

Esta doble visión de los derechos humanos que implica para la cultura europea expansión, y para el resto de países significa la pérdida de identidad de la cultura originaria y por consiguiente recepción de esta visión, es la afirmación de una influencia de clara visión eurocéntrica, la cual de modo general se sustenta en varios ejes, los que se pueden apreciar en el gráfico 1 a continuación:

Gráfico Nro. 1. Ejes de la visión eurocéntrica.



Fuente: Elaboración propia con base en Galvis (2008).

Del gráfico 1 que antecede, se aprecian los ejes que sustentan los antecedentes de los derechos humanos desde la visión eurocéntrica, de este modo a continuación se aborda brevemente cada uno.

- Exaltación de la persona como ser autónomo: Se refiere a la concepción del hombre cuyo punto central es el ser racional libre, fuente de la ética y del conocimiento. Mucho tiene que ver este eje con el sentido del liberalismo europeo, el racionalismo y el pacto social.
- La democracia: La democracia es un modelo de gobierno ampliamente desarrollado por infinidad de pensadores que afirmaron que el hombre es un ser libre, autónomo y naturalmente sociable devolviendo por tal el poder del Estado. Como

eje de la visión eurocéntrica, este sistema social propone señala el sustento de la Constitución, y con ello de los derechos fundamentales, lo cual se constituiría en adelante en el hilo conductor de la historia de los derechos humanos

- **Ley natural y derecho natural:** Este eje apunta a los imperativos que emanan de la naturaleza humana y que regulan la vida tanto del individuo, como de la sociedad. En la modernidad esta ley natural se enlaza con la razón propia de la naturaleza humana, así los derechos son atributos desde donde se desprende la titularidad intrínseca al ser humano y su dignidad.
- **Desarrollo de las instituciones jurídicas:** Con este eje se hace referencia al desarrollo de aquellas instituciones jurídicas del Estado de derecho occidental, que a su vez toma como base los cimientos del Derecho Romano como el jus gentium –que también ha sido el sustento del Derecho Internacional Público–, y la igualdad ante la ley, todo aquello bajo una concepción de defensa de aquellas personas incapaces para defenderse por sí mismo. Se afirma de este modo la conciencia de la autoridad de la ley como ente regulador, y al ser humano como titular de derechos.
- **Antecedentes inmediatos:** Este eje enfatiza sobremanera en la democracia como el principal antecedente de los derechos humanos, en donde se contextualiza primeramente al ser individual como centro del poder, y seguidamente al contexto estructural para la funcionalidad de estos derechos.

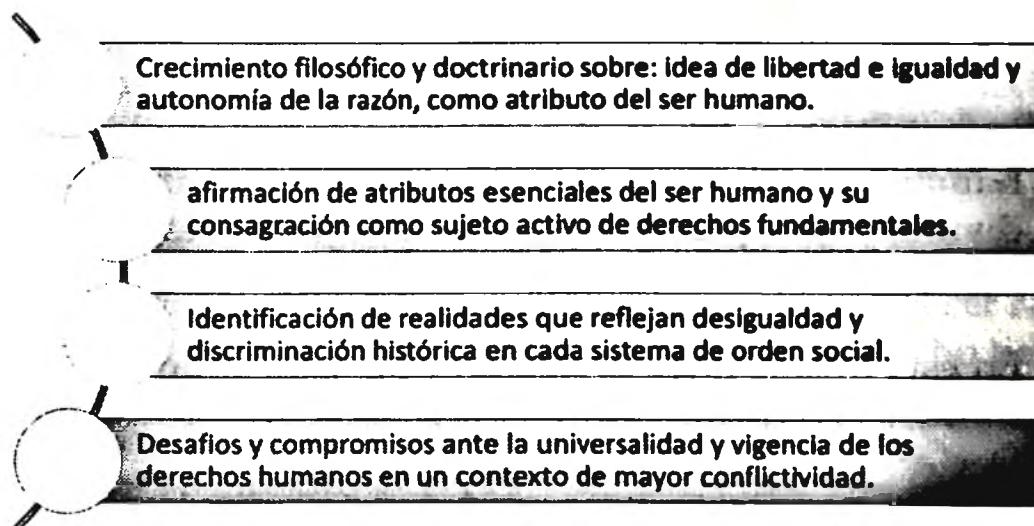
En esta misma línea se ubican varios antecedentes políticos como la revolución francesa, la redacción y proclamación de Declaraciones en distintos lugares del mundo y la expansión de los principales postulados de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, e incluso la devastación mundial provocada por la I y II guerra.

1.2.1. Vigencia de los derechos humanos en Europa

Con los ejes que sustentaron la filosofía cultural europea, la propagación de la concepción de los derechos humanos desde la visión eurocentrista hacia el resto del mundo fue inminente, lo cual, para los propulsores de la corriente expansionista, trajo diversas repercusiones, que ubicaron al contexto europeo como el principal influyente del sentido de los derechos humanos. Aunque, dicho sea de paso, y como se abordará más adelante, ha existido una disputa histórica sobre el antecesor de la concepción de los derechos humanos, sin embargo, es indudable que la visión eurocéntrica al menos para aquellos contextos que fueron sometidos a la conquista española, han sido prácticamente una herencia impuesta e innegable.

Por lo tanto, la vigencia de los derechos humanos en Europa conllevó para esta cultura, diversas repercusiones como el crecimiento filosófico, identificación de realidades derivadas de su contexto, de igual manera se resaltan desafíos, todo lo cual se puede visualizar en el gráfico 2 a continuación:

Gráfico Nro. 2. Repercusión de los derechos humanos en Europa.



Fuente: Elaboración propia con base en Galvis (2008).

La figura que antecede aborda de forma sintética los aspectos más importantes a rescatar en cuanto a la realización de los derechos humanos en Europa, así como sus necesidades y retos ante la realidad de la sociedad actual.

1.2.2. *Los derechos humanos en el resto del mundo*

La historia de los derechos humanos como ya se advirtió previamente, refleja un proceso distinto en el resto del mundo, por cuanto tomando como punto de partida los múltiples procesos de expansión de la cultura eurocéntrica –referidos en el apartado anterior–, esto implicó en otros contextos, el abandono de culturas originarias para asumir la visión europea. Según Galvis (2008) “para los pueblos originarios... la historia de los derechos humanos es la historia de la dominación y de la negación del derecho a la continuidad de sus culturas y la pérdida de la autonomía para conducir sus propios destinos” (p. 29).

En este sentido para los dominados este proceso de universalización de la acepción de la razón, implicó múltiples desventajas las cuales se aprecian en la figura 3 a continuación:

Figura Nro. 3. Implicaciones para los pueblos originarios.



Fuente: Elaboración propia con base en Galvis (2008).

La figura que antecede explica algunas de las consecuencias que se produjeron en los pueblos originarios al asumir un modelo impuesto de manera hegemónica y que por tal refiere un proceso e incluso una visión distinta de la concepción de los derechos humanos.

De este modo se afirma que “el ascenso de la razón en Europa significó para los pueblos originarios la pérdida de su identidad, de sus lenguas nativas, de sus costumbres y tradiciones...modelos de administración y de organización social”. (Galvis, 2008, p. 29)

Los procesos de colonización afectaron a todo el mundo, sin embargo, puede decirse que fue el continente americano el que sufrió mayor afectación. Por otra parte, existe la afirmación de que, en los grupos y pueblos del resto del mundo, aún no se consolida la verdadera lucha por la posesión de derechos y libertades, por lo cual, este sería un proceso en construcción.

1.3. Construcción de la cultura de los derechos humanos

Los antecedentes descritos muestran que las estructuras sociales originarias latinoamericanas no presentan indicios de igualdad, por lo tanto, los perfiles de la historia de la humanidad precisan como factor común *la desigualdad*, así el camino para la construcción de una noción de derechos humanos, inicia con estructuras de desigualdad si bien similares al referente europeo, pero no iguales.

Sin embargo, se establece un puente que conecta a la particularidad cultural de cada contexto y la universalidad de los anhelados postulados de igualdad, lo que sirve de fundamento no solo para los derechos humanos, sino también para proclamar aquellas libertades fundamentales.

En esta misma línea, es importante subrayar que muchos filósofos han desarrollado la teoría de derechos humanos como libertades públicas o libertades fundamentales, en este sentido la referencia que se hace sobre derechos y libertades fundamentales, se hace con el fin de referirse a los derechos humanos, haciendo alusión a las prerrogativas que refieren atribución y otras que expresan potestad de poder realizar algo.

Así la visión hacia la cultura de los derechos humanos se gesta en dos puntos de convergencia; la desigualdad, y la construcción de la utopía o el anhelo de alcanzarlos, es por ello que “las culturas tienen hoy el desafío de superar el pasado...para consolidar la vigencia y la protección de los derechos humanos” (Galvis, 2008, p. 35).

En los pueblos colonizados, dados sus antecedentes históricos, la construcción de la cultura de los derechos humanos –que refiere la ausencia del sujeto democrático–, requiere la consolidación de los atributos básicos para construir la titularidad de derechos que sirvan para modificar antecedentes vivenciales de sumisión producto de los procesos colonizadores.

Para ello parafraseando a Galvis (2008) se recurre al artículo 1 de la Declaración universal de los derechos que refiere que los atributos que definen al ser, son la dignidad, la libertad y la igualdad, así la construcción de la dignidad en lo contemporáneo arranca con el tránsito a la modernidad, de ahí que surgen con esta filosofía distintas denominaciones tales como dignidad del ser humano, dignidad de la persona, dignidad de los humanos.

Lo más importante es que desde la perspectiva de los derechos humanos, el contenido semántico de la dignidad se articula con dos sentidos, el primero se relaciona con la idea de excelencia, y el segundo establece una atribución. Es decir que quién ostente la dignidad merece un tipo de trato, y no de cualquier trato.

En cuanto a la igualdad y libertad, estos valores que han sido el emblema de luchas sociales históricas en el mundo, se constituyen en la base moral de los derechos humanos, que promueven la exigibilidad, alcance y reivindicación, mucho más para los pueblos colonizados en donde se constituyen en una recuperación y alcance de dignidad.

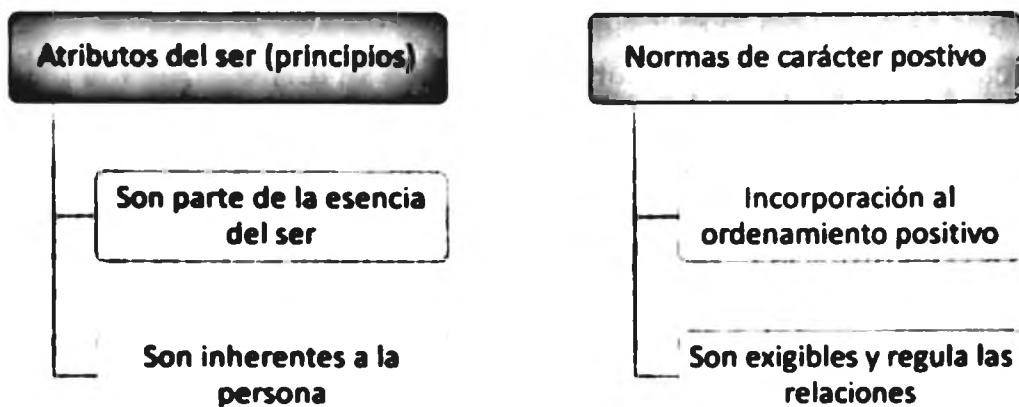
En conclusión, la cultura de los derechos humanos se constituye en un punto de convergencia para la humanidad, no obstante, para alcanzar la consolidación de sus postulados de igualdad, libertad y dignidad, basados en la convivencia y el respeto por el otro, se requiere afianzar por una parte una significación que atienda a la realidad de cada contexto, pero todavía más complejo aún, se necesita atender a su real vigencia, lo que comulgue con su eficacia para el alcance de justicia.

1.4. Reconocimiento de los derechos humanos

Este apartado implica abordar la denominada positivación de los derechos humanos sobre la cual tendremos oportunidad de volver más adelante, por el momento resulta necesario asumir una definición –cuestión poco recomendable pero necesaria para el estudio– que conduzca algunas precisiones en la materia, de igual manera, es importante afianzar la idea de que los derechos humanos desde su

funcionalidad son a la vez, atributos del ser humano y normas de carácter positivo, esto lo puede apreciar en el gráfico 3, a continuación:

Gráfico Nro. 3. Funcionalidad de los Derechos Humanos.



Fuente: Elaboración propia con base en Galvis (2008).

Del gráfico que antecede es posible deducir desde lo funcional, un doble punto de vista de los derechos humanos, según lo cual son primeramente atributos/condiciones/adjetivos del ser humano que le corresponden en función de la esencia misma de su ser. En segundo lugar, los derechos humanos son normas de carácter positivo –de ahí el término positivación de derechos– que se incorporan dentro del orden jurídico, de acuerdo a procesos que veremos más adelante.

Dicho de otro modo, los principios o valores que se constituyen en la esencia misma de los derechos humanos necesitan ser plasmados en enunciados normativos, para que puedan alcanzar todas las funcionalidades propias de los derechos. Caso contrario, estos principios, serían meros enunciados morales que nada tienen que ver con el mundo del Derecho.

En este punto es necesario abordar el dilema sobre la denominación de los derechos humanos, y cabe precisar que, si bien la denominación más utilizada no resulta ser la más adecuada a su significación, es al menos aquella que se ha propagada y goza de amplia aceptación.

1.4.1. *Precisiones conceptuales*

De manera general existe un dilema sobre la denominación o designación de estas prerrogativas, ya sea como derechos humanos o como derechos fundamentales la respuesta siempre va a depender de la postura filosófica que se asume. De manera práctica se afirma que los primeros –derechos humanos– hacen alusión a aquellos derechos reconocidos en un consenso universal como prerrogativas máximas del ser humano, respecto de los segundos –derechos fundamentales– abarcan aquellos derechos constitucionalizados en los ordenamientos jurídicos de un país.

Sin embargo, al profundizar en las diversas denominaciones de estos derechos se encuentra que, de cada designación que se les ha dado surgen atribuciones y construcciones teórico filosóficas del Derecho al que se corresponden. Así podemos encontrar diversidad de denominaciones tales como derechos naturales, derechos morales, derechos subjetivos públicos, derechos del ciudadano, etc.

- Derechos naturales

Esta denominación, no precisamente surge con el derecho natural racional, su ubicación data de tiempos previos, con filósofos del derecho natural ontológico que infiere derechos previos al gobierno y al derecho escrito; sin embargo, la definición de derechos naturales se diferencia de la filosofía ontológica, en cuanto articula al individuo como el titular, principio y fin de derechos. Por ello el uso de esta expresión se hace más frecuente durante el racionalismo, en donde filósofos como Locke y Rousseau promueven la teoría del contrato social en donde hacen referencia a estos derechos naturales.

El uso de la expresión derechos fundamentales, en Locke (1990) se identifica cuando señala que “hemos de considerar cuál es el estado en que los hombres se hallan por naturaleza. Y es éste un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones...dentro de los límites de la ley de naturaleza” (p. 36). De tal manera, del estado natural de los hombres, emanan ciertamente aquellos derechos naturales atribuidos al individuo en estado de igualdad.

Por lo que se refiere a, Rousseau (1921) señala la existencia de un orden natural de voluntades en donde “la voluntad general es siempre más débil; la voluntad de cuerpo ocupa el segundo grado, y la voluntad particular el primero de todos; de suerte que, cada miembro es primeramente él mismo” (p.93). En este sentido, el orden natural de voluntades expresa la existencia de prerrogativas naturales que se derivan primeramente de los individuos, incluso en su orden de importancia.

Por lo tanto, esta denominación es oportuna para el tiempo en el que surge, como producto de un proceso racional, que atribuye derechos naturales a la persona desde su individualidad, tales prerrogativas al ser entendidas como previas al Estado, al gobierno y al mismo derecho positivo se antepone a cualquiera de aquellos. Bajo esta reflexión se permite no solo atribuir derechos a la persona; sino también, establecer límites a los gobernantes y al ente estatal, para hacer realidad los enunciados de libertad y derechos proclamados durante la época. De tal manear, los enunciados que emanan de los denominados derechos naturales, se plasman en declaraciones de la época, que se convierten en la base para el sustento de instrumentos jurídicos importantes, como la Declaración de Derechos de Virginia, Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, que son antecedentes de las actuales declaraciones de derechos.

Según Peces-Barba (1995) “en el origen de la historia de los derechos humanos, estos aparecían como derechos naturales y en las primeras declaraciones liberales del siglo XVIII aparecen como derechos del hombre” (p. 25). Por lo tanto, otras formas para designar a estos derechos son: derechos del hombre, derechos inalienables, derechos innatos; dichas expresiones, se encuentran contenidas también, en instrumentos jurídicos de aquel tiempo.

No obstante, se identifica una falencia determinante en esta denominación, la que radica en un distanciamiento de la realidad social e histórica, dado que la evolución social, centra su accionar en la conformación de derechos positivo emana de la ley, mas no de una naturalidad innata del ser. De ahí que, los detractores de esta definición

de derechos, tanto positivistas como iusnaturalistas ontológicos, promueven la derivación de esta denominación en nuevas formas como la de derechos morales.

- Derechos morales

Esta denominación se entiende, como una definición más actual a la de derechos naturales que le precede, por tal motivo se deriva de una teoría iusnaturalista más bien contemporánea, en la cual se mantiene la idea de que los derechos morales; en este caso, son anteriores al Estado y al derecho; la diferencia radica en que, se consideran triunfos alcanzados frente a dichas instituciones, lo cual les atribuye un carácter de exigibilidad mayor, que refleja características de incondicionalidad y universalidad.

Con el desarrollo de la tesis sobre los derechos morales en el sistema jurídico y su aplicación, su principal promotor Dworkin (2011) expresa como “arrumbada la vieja imagen que exhibe el derecho y la moral como dos sistemas separados...la hemos reemplazado por la imagen de un solo sistema...tratamos el derecho como parte de...en donde el derecho es una rama...subdivisión de la moral política” (p. 491). Como aspecto importante a destacar, en lo manifestado para enfatizar en la postura de Dworkin, se encuentra su postura, que sugiere una unificación de sistemas, en donde el derecho es una parte del todo.

Por otra parte Hart (1961) señala la existencia de un sistema jurídico “como un fenómeno social que presenta siempre dos aspectos...reglas desde el punto de vista interno como pautas o criterio de conducta aceptados...y pautas jurídicas ...como fuentes de posibles castigos” (p. 249).² De tal manera, se identifica en la propuesta del filósofo, una clara postura sobre la existencia de una moral, aunque separada del derecho.

² Ronald Dworkin no coincide con la tesis de Herbert Hart por cuanto, mientras el primero sugiere una fusión, el segundo habla de una separación entre derecho y moral; lo que implica una contraposición de las corrientes filosóficas que predicen ambos autores; sin embargo, ambos coinciden en la denominación de derechos humanos como derechos morales inherentes a las personas.

En sus inicios, la definición de derechos morales tiene bastante aceptación, por reflejar una evolución avanzada de los derechos naturales; sin embargo, su expansión no sería general, por lo que más adelante pierde fuerza, debido a tres razones trascendentales. Primero, por cuanto al originarse en la cultura anglosajona, sus opositores afirman que no responde a una realidad histórica de la sociedad general; como muestra de ello, se afirma que esta tesis prescinde gravemente de desarrollo en temas de carácter jurídico cultural, como la especificación de derechos; de ahí que, sus propulsores provengan en su mayoría del continente americano.

Segundo, la denominación derechos morales, mantiene el mismo espíritu de su denominación antecesora, ya que el rasgo distintivo de incondicionalidad en cuanto a imponer derechos frente al Estado también se deduce de los derechos naturales, además al provenir ambas del iusnaturalismo, se torna difícil la diferenciación entre una y otra, lo que hace conveniente su poca aceptación.

De manera adicional, se encuentra su cercana estrechez con el iusnaturalismo, que los ubica en la dimensión moral, por lo que los referidos triunfos frente al Estado, se limitarían al plano de los derechos de autonomía, lo que deja de lado importantes conquistas históricas, relacionadas con el liberalismo y socialismo.

Una tercera razón de inconveniencia en el uso de la expresión, radica en la ambigüedad de la definición de derechos morales, por cuanto enlaza por una parte un concepto moral y por el otro le añade el de derecho, lo que dificulta la comprensión sobre si cabe o no, la sugerida separación entre derecho y moral.

Finalmente el uso de esta expresión, recae gravemente en lo que se ha designado como *prejuicio no justificado*, que hace referencia a reducir la validez del plano moral “al suponer que sólo se puede evitar en este campo el positivismo ideológico, especialmente en las sociedades democráticas donde rige el principio de las mayorías, con el uso de la expresión derechos morales” (Peces-Barba, 1995, p. 35). De ahí que, este prejuicio resulta desfavorable, por cuanto con ello se contradice

a la piedra angular de los derechos humanos, que es precisamente el uso de una denominación que atienda a un derecho moralizado.

- Derechos subjetivos

Según esta denominación y respecto de la declaración de derechos francesa, a decir de Jellinek (2009) “se ha formado en el derecho positivo...la noción de derechos subjetivos y públicos del individuo” (p. 5); por otra parte, refiriéndose al contrato social, manifiesta: “el individuo no conserva para sí un átomo de derecho en cuanto entra en el Estado. Todo lo que le corresponde en materia de derecho lo recibe de la *volonté générale*, la única que determina sus límites” (p. 45-46). De tal modo, el autor coincide con la existencia de derechos positivos subjetivos, atribuibles al individuo por una voluntad estatal.

De acuerdo a la denominación de derechos subjetivos; al reconocerse la voluntad individual de la persona por parte del Estado, éste último lo convierte en Derecho positivo, desde donde emana la capacidad de hacerse exigible, en cuanto a reconocimiento y acciones; es decir, el reconocimiento de capacidad y garantía de derechos, se condiciona por una parte, a la afirmación por parte del Estado; y, por otra a la transformación en norma escrita; por lo que, se entiende entonces, que si no operan estas condiciones, el individuo carece de tales derechos.

De tal manera, emanan de esta denominación algunos motivos, por los que el uso de derechos subjetivos para referir derechos humanos se vuelve inconveniente, por lo que sus opositores se valen de argumentos como el carácter de auto delimitación del Estado, el cual habiendo sido superado previamente en el Estado liberal conllevaría un retroceso; adicionalmente, esta teoría define derechos de los individuos frente al Estado, sin tomar en cuenta, el establecimiento de límites a las relaciones entre particulares, lo que torna complejo el determinar la existencia de un real ejercicio de derechos, al ser vulnerados por parte de otro individuo con iguales derechos.

Por otra parte, esta expresión tiende a ubicarse en un plano técnico del derecho de difícil comprensión, ya que requiere del uso de

terminología apropiada, y conocimientos en la materia, conducente al alcance de una comprensión que permita el uso frecuente de la denominación de derechos subjetivos; el uso de este lenguaje especializado, no necesariamente corresponde con la realidad histórico y social, que facilite el uso extendido de esta expresión en las personas ajena al derecho; de ahí que, esta denominación favorece su uso a quienes se encuentran relacionados con el ámbito jurídico.

Se ha manifestado que, el uso de esta denominación correspondería, además, a una adaptación al funcionamiento de un Estado de tipo liberal, que no corresponde con la actualidad; que imprime en los derechos subjetivos, no solo un distanciamiento de las raíces iusnaturalistas de los derechos humanos, sino una resistencia para su uso y aceptación.

- Derechos fundamentales.

La denominación derechos fundamentales es ampliamente aceptada y su uso ha sido extendido gracias a que, en ella coinciden posibilidades de incursionar en el estudio de la ciencia del Derecho salvando posibles ambigüedades de tipo histórico, filosófico y jurídico. Así mixto, el desarrollo teórico en torno a esta denominación no es reciente, puesto que se ha ido perfeccionando a la luz de las aportaciones filosóficas, de la dogmática jurídica y de la realidad social por lo que se constituye en un enunciado integrador.

Según lo manifestado por Peces-Barba (1995) uno de los principales exponentes a favor de esta denominación, existen importantes razones para considerarla como la más adecuada, ya que “es más precisa, carece de ambigüedad y puede abarcar las dos dimensiones en las que aparecen los derechos humanos, sin incurrir en reduccionismos” (p. 36). De tal manera, mediante este enunciado es posible articular aspectos éticos, con el carácter técnico necesario para su ejercicio.

Entre los motivos conducentes a favorecer la conveniencia del uso de este término para traducir el lenguaje de los derechos humanos estaría una mayor precisión para articularse de modo simultáneo

con las dimensiones iusnaturalistas y iuspositivistas del derecho, ya que conecta los ideales éticos como “una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, en tanto que la relevancia jurídica convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, e instrumento para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades” (Peces Barba, 1995, p. 37).

El no dejar de lado la dimensión iuspositivista, ausente en las expresiones de derecho moral, natural y humano; cuestión necesaria, como aspecto jurídico para el reconocimiento de derechos; ni omitir tampoco, al iusnaturalismo como sucede con la denominación derechos subjetivos, como aspecto ineludible para conservar la dimensión ética, sería otra razón elemental, que conduce a deducir que la expresión derechos fundamentales, no solo complementa los necesarios en otras denominaciones; sino que, es el camino idóneo para abarcar las dos dimensiones que involucra a los derechos humanos.

En cuanto a la mayor precesión en el uso del término Pérez Luño (2004) manifiesta que “derechos fundamentales poseen un sentido más extricot, ya que tan sólo describen el conjunto de derecho y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo” (p. 47); de tal manera, se alude a una delimitación.

- Derechos humanos

Aunque en el plano histórico y social, la denominación de derechos humanos es generalizada y ampliamente difundida, esta expresión también genera dificultades en cuanto al uso, ya que se basa en su uso inconsciente para expresar cuestiones de distintos ámbitos; ello se manifiesta, dada la ambigüedad que entraña esta expresión. Según lo señalado por Peces-Barba (1995) esta denominación tiene dos dimensiones: “supone una dimensión moral y una jurídica de Derecho Positivo” (p. 24). De ahí que, desde la primera dimensiones, se reflejan pretensiones morales del individuo y de acuerdo a la segunda dimensión, se hace alusión a normas protegidas por el Derecho.

Para hacer más explícito lo señalado en el párrafo anterior respecto de la ambigüedad de las dimensiones; se abordan varios aspectos entre los que se destacan, la ubicación de la moral y el derecho en dimensiones de raíces filosóficas distintas, así en el derecho natural y positivo respectivamente. Al hablar de dimensión moral se involucran aquellas pretensiones con las que aparentemente cuenta la persona a quién se atribuye cierto estatus –sea de dignidad de moral, de capacidad, de ciudadanía, de raciocinio–, por tal se considera como titular de tales exigencias; en cuanto a la segunda dimensión, se incursiona en la dogmática jurídica, es decir respecto de aquellos derechos recogidos en normas, por un ordenamiento determinado; y que en tal virtud, se constituyen en derecho positivo válido.

Otro modo de dar cuenta de la imprecisión en el uso de este término, es revelando sus repercusiones desde una dimensión normativa, conducente a su aplicación en la praxis jurídica, en donde para la resolución de casos se acude a derechos positivos que en la expresión analizada equivale a derechos. Sin embargo, con la segunda parte de la expresión, por pertenecer humanos, a una dimensión distinta de la expresión, se dificulta determinar el alcance para asignar la titularidad de derechos, cabría entonces el cuestionamiento en cuanto a quién se considera humano, ya que podrían considerarse dentro de esta categoría, otros entes como la naturaleza, las comunidades, las cosas, etc.

Una tercera forma de hacer notar la vaguedad en la expresión derechos humanos, cabe en que de ellaemanan perspectivas distintas, así desde la expresión derecho, surge una articulación a las normas contempladas en un documento como la Constitución, a las cuales se sujeta el individuo en estricto cumplimiento; en la segunda parte de la expresión humanos, deriva “una visión subjetiva que reconoce al sujeto y su protección como su núcleo central” (González, 2013, p. 13); cuestión que por tanto, resulta un enfoque poco preciso que emana del derecho natural racional.

Así pues, sobre el uso poco preciso de la expresión Pérez Luño (2004) manifiesta que “los derechos humanos aúnan, a su significación

descriptiva...una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas...que debiendo ser objeto de positivación no lo han sido" (p. 47); de ahí que, su uso resulta menos conveniente a otras posibilidades que resultarán mucho más precisas.

Cabe apuntar que, dados los motivos antes expuestos, a pesar de que la expresión derechos humanos sea ampliamente difundida y generalizada –debido a su derivación desde un plano histórico–, lo que ha motivado profundas transformaciones sociales, así como reivindicaciones políticas y normativas; su uso, no solo genera ambigüedad, sino también falta de objetividad para ser empleada en el plano de la teoría del Derecho.

De las denominaciones antes abordadas, se puede mencionar que aquella que se encuentra universalmente aceptada es la de derechos humanos, los que emanan de instrumentos internacionales de reconocimiento de derechos, que se constituyen en la base normativa internacional que, bajo los mecanismos establecidos, se articula con la perspectiva constitucional de diversos Estados del mundo.

Respecto de las definiciones para estos derechos, existe también una gran diversidad, las cuales se articulan con la perspectiva filosófica individual desde la cual se proponen o quizá de la propia ideología que tiene el intérprete. En este sentido Bobbio (1991) señala que la mayor parte de definiciones son tautológicas, así por ejemplo "Derechos humanos son aquellos que pertenecen al hombre en cuanto hombre" (p. 55).

Otras revelan la propuesta de un estatus que se pretende en los derechos así "derechos humanos son aquellos que pertenecen, o deberían pertenecer, a todos los hombres, o de los que ningún hombre puede ser despojado". En otras definiciones es posible encontrar términos de valor que revelan el contenido, así "Derechos humanos son aquellos cuyo reconocimiento es condición necesaria para el perfeccionamiento de la persona humana o bien para el desarrollo de la civilización" (Bobbio, 1991, p. 55).

La tautología significa repetir un pensamiento de manera innecesaria usando palabras similares, de esta manera en las definiciones anotadas en el párrafo anterior, se puede ver claramente dicha repetición, para tratar de conceptualizar a los derechos humanos, veamos otras definiciones:

La primera definición señala, que los Derechos humanos son aquellos que pertenecen al hombre en cuanto hombre, ciertamente la tautología se cumple, ya que se desconoce a ciencia cierta ¿qué son? o de todos modos ¿cuáles son?, se deduce que pertenecen al hombre, pero no se sabe ¿para qué le sirven?, ¿cómo se atribuyen?

La segunda definición señala que son aquellos que pertenecen, o deberían pertenecer a todos los hombres, o de los que ningún hombre puede ser despojado. Se verifica que los hombres no pueden ser despojados de estas atribuciones, sin embargo, tampoco es posible deducir un significado.

Estas imprecisiones en la definición de los derechos humanos, pueden prestarse a confusión si no se profundiza en la carga teórica que cada una tiene como base; es por este motivo que para fines didácticos es necesario trabajar con una definición que pretenda alcanzar una comprensión en cuanto a su contenido y quizás revele cuestiones en cuanto a su operatividad.

Ahora veamos dos definiciones teóricas, la primera que desde un punto de vista subjetivo revela la función de estos derechos en cuanto son esenciales para conseguir la vida social. Peces-Barba (1995) señala que

son aquellos derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades que el ordenamiento positivo establece, de protección a la persona, en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción a su seguridad, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a la libre elección de sus planes de vida, basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o grupos sociales, con posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación. (p. 469)

De la definición que antecede es posible alcanzar un acercamiento al carácter moral de los derechos humanos, ya que se destacan aquellos valores de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad que los envuelve en un marco que tiende al desarrollo de la vida de los seres humanos, a partir de respeto y responsabilidad estatal para el aseguramiento de los mismos.

Veamos una segunda definición que de un modo práctico, revela aspectos importantes de estos derechos, así el tribunal federal mexicano de conciliación y arbitraje señala “son el conjunto de Derechos y Libertades fundamentales para el disfrute de la vida humana en condiciones de plena dignidad, y se definen como intrínsecos a toda persona por el mero hecho de pertenecer al género humano” (Tribunal Federal de Conciliación, 2016).

De esta definición es posible comprender que los derechos humanos no solamente comprenden derechos –que la instancia estatal debe cumplir–, sino que además son libertades, en donde ni el Estado, ni los particulares pueden interferir.

De la revisión de las definiciones analizadas es posible concluir que en tanto el individuo cuente con derechos humanos, es posible que puedan asegurarse, aspectos relacionados con el disfrute de condiciones de vida básicas. Además, se entiende que los derechos y libertades, son atribuibles a todos quienes forman parte del género humano de manera general, de este modo no se identifica tipo alguno de discriminación.

1.4.2. Características y principios

Las características de los derechos humanos emanan de su propia naturaleza, es decir responden a sus dimensiones en cuanto son parte e inherentes al ser humano. De este modo al traducirse al lenguaje jurídico, se advierten las múltiples dimensiones y connotación de estos derechos por sí mismos.

Por lo tanto, este apartado incursiona en algunas de las características, ya no solo para la compresión de estos derechos, sino además

para tratar de brindar pautas sobre su alcance y evolución, tomando como sustento los cuestionamientos provenientes de la perspectiva crítica filosófica, así tenemos:

- ✓ **Carácter individual:** que traduce una visión individualista de los derechos en cuanto pretenden satisfacer cuestiones relativas a la persona, en virtud de aquello según Bobbio "respecto de los individuos los derechos pasan a primar sobre los deberes; respecto del Estado, pasan a primar los deberes sobre los derechos" (Como se cita en Carbonell, 2013, p. 24). Por lo tanto, con base a la individualidad se establece el fundamento de la libertad y autonomía para los sujetos.

El carácter individual toma como punto de partida la dignidad del ser humano, tomando base este criterio generalizado y ampliamente aceptado en el orden mundial. Sin embargo, se han emitido también posturas contrapuestas al sentido de la individualidad en cuanto a que en la primera Declaración se distinguen dos sujetos de derechos el individuo y el Estado, desconociéndose así el reconocimiento de los pueblos, ello pese a que cuando este documento se emitió, se conocía sobre la existencia de colectivos que no necesariamente se adscribían con un sentido de pertenencia o afiliación estatal.

Aunque como se ha estudiado previamente, tal situación ha sido corregida con la emisión de los denominados Pactos de Derechos y en la misma Declaración Universal, la crítica colonialista proveniente principalmente de los pueblos indígenas expresa claramente que, con esta ausencia de reconocimiento a los colectivos, el sentido de igualdad ante la ley no abarcó a toda la humanidad con lo cual los derechos individuales no surtieron efecto en cuanto a protección. Según Sousa (2014)

Debido a que los derechos colectivos no forman parte en principio del canon de los derechos humanos, la tensión entre los derechos individuales y los colectivos transcurre en paralelo a la lucha histórica de grupos sociales que, al estar excluidos

o discriminados por su condición como grupos, no estuvieron protegidos de forma adecuada por los derechos humanos individuales (p. 42).

Esto traduce las luchas históricas emprendidas por estos grupos a lo largo de los años, con la finalidad de alcanzar este reconocimiento para disminuir las desigualdades, injusticias, opresión e inseguridad. Lamentablemente esta no es una lucha concluida, pues a pesar de las contemplaciones normativas positivas existentes en materia de derechos humanos, nuestras sociedades reflejan día a día, las múltiples vulneraciones a colectivos indígenas y colectivos que refieren la necesidad de mayor eficacia en el alcance de sus derechos.

- ✓ Carácter colectivo: de esta característica es posible articular la historicidad de los derechos, ya que, con el paso del tiempo, enlazado a las luchas sociales, a los modos de organización de los gobiernos y al desenvolvimiento del orden normativo ante nuevas necesidades del contexto; es posible determinar que existen derechos que corresponden a los individuos organizados en grupos, o que mucho más allá, han sido excluidos de las normas proclamadas inicialmente en el marco de derechos humanos. En tal virtud el reconocimiento de derechos colectivos es posterior, y equivale a lo manifestado por Norberto Bobbio en cuanto a que los derechos "tienen una edad, son producto de su tiempo y de las necesidades concretas que desarrollan las sociedades y los individuos dentro de unas coordenadas espaciales y temporales determinadas" (Como se cita en Carbonell, 2013, p. 25).

Adicionalmente vale la pena acotar sobre la característica relacionada a lo colectivo, que esto traduce una evolución acumulativa y progresiva de los derechos, según la cual no se desconoce un derecho que se ha reconocido previamente, sino por el contrario se acogen nuevos derechos lo que tiene a ampliar el catálogo de derechos ya reconocidos. A esta evolución Carbonell (2013) la denomina como una matriz

expansiva, por la que en la actualidad algunos derechos se mantienen, por lo tanto, bien podrían “ser menos relevantes, todos siguen teniendo sentido, si repasamos el derecho positivo de los derechos fundamentales veremos que ninguno de los derechos que fue originalmente puesto...ha sido borrado...” (p. 27).

De esta manera, se puede referir que los derechos colectivos han sido insertados en los sistemas jurídicos estatales, algunas veces a nivel constitucional, en otros casos en agendas y políticas públicas de los estados, con lo cual es al menos posible enfatizar en su exigibilidad.

Según Sousa (2014) se distinguen dos tipos de derechos colectivos, aquellos derivados y aquellos primarios, al respecto los primeros hacen referencia a una especie de delegación del derecho así por ejemplo “cuando los trabajadores se autoorganizan en sindicatos y otorgan a esas organizaciones el derecho de representarlos en las negociaciones con los empleadores” (p. 42); en cuanto a los segundos, se entendería la ostentación directa del derecho como “cuando una comunidad de individuos es titular de derechos, con independencia de su organización o de la decisión de sus miembros de renunciar a los sus derechos individuales para hacer efectivo el derecho de la comunidad” (p. 43), tanto los derechos colectivos derivados como primarios, pueden ejercerse de forma individual o colectiva.

En la gran mayoría de los países –latinoamericanos especialmente–, el reconocimiento de derechos colectivos ha conducido la inserción de múltiples medidas de acción afirmativa, emitidas con el sentido de reparar o quizá equiparar las situaciones de injusticia y desigualdad, generadas por la necesidad de esta afirmación de derechos.

- ✓ **Universalidad:** Esta característica se articula con un razonamiento teórico de los derechos, según el cual estas

prerrogativas tienen una extensión cada vez más amplia, hasta llegar a abarcar a todo el género humano sin distinción alguna. La característica de universalidad se encuentra estrechamente relacionada con el principio de igualdad, por el que muchas veces se ha contrapuesto lo contemplado en la norma con su implicación en la realidad. De ahí que en principio se reconoce los derechos a todas las personas, más adelante a todos los ciudadanos y posteriormente a todos los seres humanos, de este modo se deriva nuevamente la amplitud y expansión sumativa del catálogo de derechos.

Es importante acotar que esta característica acompaña a los derechos humanos desde sus inicios por cuanto las primeras declaraciones de derechos ya contienen la pretensión de validez universal, por la que según Carbonell. (2013)

“se pone en evidencia que sus normas están dirigidas no solamente a los franceses, sino a todas las personas y que su ámbito de validez racional no se limitaba a Francia, sino que pretendía ir más allá de sus fronteras, como efectivamente lo hizo” (p. 30).

Tomando como punto de inicio que los derechos humanos son subjetivos, y que por tal refieren una expectativa de los individuos, en cuanto a los actos y omisiones –positiva o negativa– por parte de los estados, organismos e incluso de otras personas, entonces se derivan expectativas de que ciertas condiciones básicas, se deben proveer al ser humano dada una condición o sentido de dignidad –idea promovida por la ilustración y el liberalismo occidental–, esto es lo que traduce la esencia de que los derechos humanos son *exigencias éticas morales justificadas*, de su reconocimiento y garantía en los sistemas jurídicos, esta subjetividad entonces, es uno de los pilares que sostiene la idea de universalidad.

Lo señalado en el párrafo que antecede ha sido abordado cabalmente por multiplicidad de autores –Peces Barba, Carlos Nino, Ruiz Miguel, entre otros–, en donde existe un acuerdo

sobre el contenido de moralidad de los derechos humanos en donde el reconocimiento converge en la titularidad. Sin embargo, la idea de universalidad se apunta desde la perspectiva crítica, al sentido de que la titularidad fue difundida a una idea de sujeto universal que no responde al sentido de toda la humanidad, puesto que cada ser humano es diferente.

Entonces el sentido de universalidad como característica actual de los derechos humanos se enlaza a la igualdad y no discriminación, por lo que debe atender a la titularidad y exigibilidad acorde al sentido de los caracteres propios de cada ser humano o colectivo, a sus diferencias y necesidades. De ahí que la universalidad desde un sentido práctico debe “permitir la ampliación de los titulares de los derechos y de las circunstancias protegidas por esos derechos...debe mirarse tanto a quienes directamente se busca proteger como a las demás personas, especialmente a la más desprotegidas” (Vázquez y Serrano, p. 147).

- ✓ Interdependencia e indivisibilidad: en cuanto a estas características es posible determinar que existe articulación entre uno y otro de los derechos humanos contemplados; siendo así, al cumplirse con uno de ellos, se posibilita la oportunidad de realización de otros. Sucede lo mismo en el modo inverso, es decir el negarse uno de los derechos, ello va en detrimento de hacerse posible otro u otros, de ahí la idea de su interdependencia.

En cuanto a la indivisibilidad, sobre esta característica es posible hacer referencia al sentido de comprensión de los derechos humanos como una estructura única que reconoce a todos los derechos, tanto a los civiles y políticos, como a los económicos, sociales y culturales; en dicha estructura, todos los derechos cuentan con igual valor, es decir, todos tienen la misma jerarquía.

La idea de interdependencia de los derechos humanos se afirma en el contenido de los mismos preámbulos de los Pactos

de Derechos Civiles y Políticos; y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que hace referencia a la realización del ideal del ser humano libre, en donde se facilite el goce tanto de derechos civiles y políticos, como de aquellos económicos, sociales y culturales.

Por su parte el sentido de indivisibilidad de los derechos humanos no es reciente, pues se hace posible constatar una evolución sobre las visiones que trataban de consolidar la idea de una sola estructura de los derechos, cuyo inicio se centra en los primeros intentos por contar con una Declaración Universal que incluya ambos aspectos –tanto derechos civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales–, hasta la Conferencia de Teherán (1968) que declara la misma importancia para ambos Pactos de Derechos, pasando por la promulgación de los mismo documentos y sus Protocolos Facultativos.

Por lo tanto, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos son ideas complementarias que retoman la necesidad de dotar a todos los seres humanos de un sentido de condiciones integrales mínimas para su realización. En esta misma línea, en la Conferencia de Teherán (1968), además de la importancia de ambos pactos, se declaró que todos los derechos humanos son invisibles e interdependientes.

Desde la perspectiva crítica también se ha hecho visible el sentir de pueblos y nacionalidades, respecto a ambas características, por lo que se ha puesto en entredicho la necesidad de que se debe atender a las necesidades de carácter social, de manera principal en el sentido del derecho al desarrollo. Tales cuestionamientos devienen en la necesidad de mejorar el desenvolvimiento de los estados en el sentido de incorporar acciones para mejorar la realización de los derechos, puesto que

ya no se trata sólo de reconocer y garantizar un conglomerado de derechos con énfasis distintos y con una relación particular entre ellos, sino de internalizar en la acción estatal la dinámica

del funcionamiento de los derechos humanos, particularmente en las políticas de desarrollo, pero también en otras áreas (Vázquez y Serrano, p. 151).

El criterio de indivisibilidad e interdependencia ha sido abordado con mucha amplitud, así pues, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas (2016) ha manifestado que la violación a un derecho, conduce la afectación de otros, así, por ejemplo “el derecho a la vida presupone el respeto del derecho a los alimentos y aun nivel de vida adecuado”, otra exemplificación se señala en que “negar el derecho a la educación básica puede influir en el acceso de una persona a la justicia y su participación en la vida pública” (p. 23). En ambos supuestos, es posible constatar la igual importancia para el ser humano de que tanto la realización de sus derechos civiles y políticos –vida, acceso a la justicia, participación en la vida política–, como de aquellos económicos, sociales y culturales –alimentación, educación, nivel de vida adecuado–, se articulan con el sentido de su desarrollo humano pleno en dignidad.

Para concluir este apartado es necesario articular la idea de que el sentido de la existencia de los Derechos Humanos en el orden internacional, y del reconocimiento de los Estados a los mismos, mediante la adscripción de documentos propios del Derechos Internacionales de los Derechos Humanos, conlleva compromisos estatales claros, en cuanto a su realización y garantía, todo lo cual debe insertarse en el accionar estatal a nivel interno o nacional, como en las claras obligaciones de respeto y reparación ampliamente desarrolladas por organismos internacionales propios del sistema.

1.4.3. Procesos históricos de evolución

Es indudable la diversidad de factores que anteceden el surgimiento de los derechos humanos, los cuales pueden articularse a partir de dos puntos de vista, el primero que señala como principal antecedente a las luchas sociales que ejercen presión social para que desde lo político se tomen medidas que derivan en instrumentos para la protección de

derechos. Desde otro punto de vista un antecedente que se convierte en requisito *sine qua non* para la existencia de derechos radica en la pugna por el poder, en base al cual el desarrollo histórico de la organización de las sociedades apoyado en teorías filosóficas, promueven el criterio por el cual se establecen derechos, los que evolucionan de acuerdo a los intereses propios de quienes ostentan el poder.

Lo cierto es que, desde ambos puntos de vista, ciertamente soportados por un importante componente filosófico, es posible articular el desenvolvimiento y desarrollo de los derechos humanos, que derivarían más adelante en la conformación de elementos jurídicos institucionales, normativos, declarativos y mecanismos que conforman el sistema general para la protección de estos derechos, los que se han desarrollado dentro del ámbito nacional, regional y universal.

Las cuestiones relativas a los derechos humanos que conocemos en la actualidad han atravesado procesos históricos que han significado avances progresivos de derechos, que articulan la perspectiva filosófica con el desenvolvimiento de la realidad social. De esta forma, los procesos históricos de evolución nos muestran dicha coyuntura como un modo de aproximación.

1. **Positivación.**- El proceso de positivación de los derechos humanos, depende primeramente de la postura filosófica que cada persona tiene respecto del Derecho como una ciencia. De manera básica podemos asumir este momento de evolución desde el positivismo y desde el iusnaturalismo como corrientes filosóficas primordiales, y de la relación entre ambas posturas, mediante corrientes evolucionadas, como por ejemplo la postura tridimensional –la postura tridimensional ha sido desarrollada por varios filósofos del Derecho como Miguel Reale, Peces-Barba, entre otros–.

Es por ello que dependiendo de la teoría filosófica que se asume, este proceso dota de un estatuto jurídico a las pretensiones morales, lo cual se entiende como la justificación de que los valores subjetivos sean insertados en la norma formal

positiva –escrita–. Se desprenden entonces de este proceso tintes de carácter filosófico, histórico, político, cultural, social y principalmente jurídico; ya que, ninguno de estos ámbitos por sí sólo puede alcanzar tal trascendencia en el reconocimiento de derechos

En este sentido “el proceso de positivación sólo se entiende mediante el respeto por las etapas, ética, política y jurídica, sin pretender suprimir la identidad de ninguna de ellas, ni tampoco dominar desde ninguna de ellas” (Peces-Barba, 1995, p. 157), esto por cuanto solamente mediante estas etapas es posible encaminar la inserción en el derecho positivo de la moralidad de los derechos.

El proceso de positivación de los derechos humanos según Montoro (1984) es “la formulación y plasmación de dichos derechos –que son principios de derecho natural– en normas e instituciones jurídicos positivas, así como el efectivo ejercicio y disfrute de los mismos” (p. 301). En dicho concepto y en el mismo proceso de positivación se distinguen dos momentos, el primero se relaciona con la inserción de estos derechos mediante formulaciones técnico-jurídicas al ordenamiento jurídico, y el segundo momento de realización práctica de tales derechos, que refleja su ejercicio práctico por parte de las personas.

En esta misma línea de estudio, la función esencial del proceso de positivación ha sido convertir los derechos humanos “mediante su incorporación al ordenamiento jurídico positivo –fundamentalmente al ordenamiento jurídico constitucional–, en auténticos derechos sujetivos, desde el punto de vista técnico-jurídico, concretando y determinando su contenido, su alcance y sus límites, así como su régimen de garantías y tutela” (Montoro, 1984, p. 301).

Parafraseando a Montoro (1984), estas funciones a su vez, han tenido variaciones según las épocas históricas de la evolución

social, distinguiéndose tres significaciones, una práctica, otra filosófica y una normativa, la primera visible en la historia constitucional inglesa, la segunda en las declaraciones americanas y francesas, y la tercera en las propias constituciones modernas, en la última significación además de otorgarse validez se asignan garantías jurídicas a los derechos humanos en un determinado contexto.

De manera amplia, al constituirse la positivación en un proceso de jurídico constitutivo, se distinguen claros momentos para que opere dicha conversión, la legitimidad, legalidad y eficacia. Las vías para que opere la positivación son la legislación, las actuaciones del aparataje gubernamental, la jurisdicción –nacional e internacional– y el pacto o consenso verificable en instrumentos jurídicos –también de carácter interno o nacional, y de orden supranacional o internacional– (Montoro, 1984).

2. Generalización.- El proceso de generalización “en lo básico supone la extensión de la satisfacción de los derechos a sujetos y colectivos que no los poseían y, con ello, la atención a las circunstancias concretas que rodea a los individuos” (Asís, R, 2005, p. 302). Este proceso se articula de manera directa con la evolución histórica de la sociedad, por el cual la exigibilidad de derechos que en un inicio pretendió el reconocimiento de derechos de manera exclusiva a una clase social determinada, como lo es la burguesía, más adelante producto de aportes del pensamiento racional post liberal y marxismo social, la protección se amplía y abarca a otros sujetos.

Es este proceso se encuentra la transición, de un reconocimiento de los derechos del ciudadano, al reconocimiento para todos quienes recaen en la categoría de seres humanos, de este modo según Peces-Barba (1995)

el proceso de generalización tiene tres grandes dimensiones, que se refieren a la puesta en marcha de derechos que garantizan o hacen posible una participación política igualitaria, y por

consiguiente una participación de la clase trabajadora en la configuración de una nueva generación de derechos fundamentales para asegurar la solidaridad y la igualdad, y por fin en la desfundamentalización del derecho de propiedad (p. 168).

En este sentido, las dimensiones de este proceso, por una parte, amplían los derechos, por otra se regula el derecho de propiedad, como una pretensión justificada para atribuir derechos a otros grupos que se encontraban excluidos.

Este proceso cuenta con varias características de las que se destaca principalmente la intención por extender de manera universal la atribución de derechos, necesidad por vincular lo teórico con lo práctico e intento por contextualizar los derechos enlazando las ideas de igualdad, con la de universalidad. Es por ello que en este proceso se conduce el “abandono de construcciones en las que prima el tono filosófico realizándose otras que buscan dar a los derechos y libertades una realización jurídica no abstracta sino concreta” (Asís, 2005, p. 303), dicha conexión teórica con la realidad, en atención a contextos y situaciones concretas de los seres humanos, es el rasgo según el cual se supone el aparecimiento de los derechos de carácter económico social y cultural.

En el proceso de generalización según Asís (2005) se distinguen dos proyecciones principales de la igualdad –diferenciación negativa y positiva–, puesto que con este proceso se realiza “una extensión de la titularidad de los derechos a ciertos sujetos o colectivos...lo que se corresponde con la diferenciación negativa y se acomoda a la exigencia de universalidad...pero este proceso plasmará también una idea de igualdad como diferenciación positiva” (p. 303).

Con este proceso se hace visible que, al no haber alcanzado la atribución de derechos a toda la universalidad de los sujetos, se trata de intentar solucionar dicha titularidad, con ello se centra la atención especialmente en el surgimiento de otros

derechos –económicos, sociales y culturales– que conducen la satisfacción concreta de ciertas necesidades como la propiedad para que abarque a todos los ciudadanos.

3. **Internacionalización.** - Siguiendo las ideas de Norberto Bobbio (1991), este proceso histórico de los derechos humanos al igual que los otros, evidencian un progreso moral de la humanidad, que se refleja claramente en momentos como, la abolición de la esclavitud, la condena de la tortura, lo reprochable de la pena capital. Esta esperanzadora y profunda reflexión del autor se articula con la intención de centrar la preocupación en la eficacia nacional e internacional de los derechos humanos, mucho más allá del dilema de justificación y fundamentación.

Como su nombre lo indica, el proceso de internacionalización se relaciona con la existencia de una comunidad internacional integrada por los estados –al haberse adscrito al Derecho Internacional de los Derechos Humanos–, en donde los derechos humanos se reconocen ampliamente, lo cual permite en la actualidad afirmar la existencia de un verdadero derecho positivo en la materia. De tal manera se entiende que este proceso histórico es más reciente en la historia, y pone en evidencia la incorporación de estos derechos en instrumentos jurídicos internacionales como, declaraciones, pactos, convenciones, tratados, entre otros.

Este proceso histórico tiene entonces como punto de partida la misma Declaración Universal, más adelante se ha ido fortaleciendo con la subsiguiente emisión de documentos jurídicos de orden internacional, y se sigue afirmando con la adscripción mediante ratificación por parte de los países a este nivel supranacional. De ahí que este proceso es una cuestión inconclusa, ya su desenvolvimiento muestra un perfeccionamiento constante, por ello en la actualidad se hace imposible pensar en la existencia de derechos humanos sin el carácter internacional.

Con lo señalado anteriormente el proceso de internacionalización se gestiona mediante organizaciones internacionales

como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que actúan como entes que vigilan el desenvolvimiento de los derechos humanos a lo interno de los países. En este sentido a decir de Squella (1993) la internacionalización nos muestra una novedosa dimensión de

incorporación de los tratados de derechos humanos al derecho interno de los Estados, como consecuencia ya de la superioridad que se reconozca al derecho internacional sobre los derechos nacionales, o , simplemente, de la circunstancia de que estos últimos...declaran que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos humanos que estén garantizados por la propia Constitución o por los tratados internacionales, ratificados por el Estado de que se trate, abriendo así a los órganos estatales, y en particular a la judicatura, insospechadas posibilidades de directa aplicación de las normas de ese derecho internacional (p. 203)

Con lo señalado en el párrafo que antecede y ya que en éste se hace relación del orden internacional y nacional, que comprende distintos niveles jurídicos, señalaremos que ambos convergen en la inserción de los derechos humanos en el orden formal, queda sin embargo en entredicho, que sobresalen los dilemas que acompañan su real vigencia, en cuanto al alcance y realización en el sentido práctico.

Es por ello que a pesar de los aspectos evolutivos que se derivan de este proceso histórico de los derechos humanos, se puede afirmar –coincidiendo con múltiples filósofos en el tema– que estas prerrogativas por sí mismas se tornan vacías, de ahí la necesidad de reforzar sus modos o mecanismos de garantías.

Entonces, si este proceso tiene relación con la sujeción de los estados a distintos convenios o acuerdos internacionales que pretenden la promoción y vigencia de derechos humanos dentro de un contexto determinado –nacional e internacional–, el principal cuestionamiento que se plantea dentro del proceso

de internacionalización, es que no existe la suficiente fuerza política y jurídica por la cual se pueda forzar su eficacia, ya que la realidad de la sociedad muestra cómo es que los derechos básicos de la humanidad continúan y siguen siendo vulnerados.

4. Especificación.- Este proceso histórico implica la necesidad de reconocer la igualdad desde la diversidad de situaciones que atañen al ser humano, de esta manera, supone una diferenciación de los titulares de los derechos y del contenido de los mismos. Aún más allá de lo que ya se intentó equiparar con el proceso de generalización, la especificación rescata a aquellos grupos que, pese a la evolución sobre la atribución de los derechos, fueron excluidos porque ni siquiera alcanzaron el estatus de persona.

Es por ello que este “se ha configurado teóricamente por los juristas, especialmente como una metodología explicativa –y pedagógica– de los derechos” (Merino, 2012, p. 10). La especificación implica una evolución desde dos vertientes: respecto del contenido y en cuanto a la titularidad de los derechos.

Respecto del contenido, supone ampliar el alcance de reconocimiento de derechos, como producto de nuevas necesidades que provienen desde los mismos factores, que determina la formación de derechos, es decir de factores ideológicos, éticos y políticos. Sobre la titularidad; la especificación es visible, ya que inicialmente se instituyó la atribución de derechos a un individuo genérico-universal en representación de toda la especie, no obstante, sobre la base del historicismo, se considera la existencia de individuos que no encajan en dicho modelo, por lo que se requiere derechos más definidos a la situación específica de sus titulares.

Siguiendo las afirmaciones de teóricos como Bobbio y Peces-Barba, las situaciones distintas de los titulares, se derivan

de circunstancias compatibles con: una condición social o cultural que coloca a los individuos en un estado de discriminación –en este grupo el ejemplo más común es la situación de las mujeres–; una condición física que coloca al ser humano en una situación inferior en las relaciones sociales; y, una situación que ocupan las personas en determinadas relaciones sociales. En estos casos la motivación del proceso de especificación es la corrección mediante el derecho, de una desigualdad que supone debilidad en el grupo que lo ostenta; para ello se emplea, la técnica de la igualdad como diferenciación, en donde se atribuye titularidad a quienes tienen la insuficiencia normativa.

Desde esta doble vertiente, la especificación de derechos, supone un avance para ampliar el reconocimiento, como producto de nuevas necesidades que provienen desde los mismos factores, que determina la formación de derechos; es decir, de factores ideológicos, éticos y políticos. Así pues, “implica considerar que existen circunstancias cuya desconsideración puede producir problemas para la dignidad que son relevantes a efectos de la articulación de un sistema de derechos, pero que no afectan por todos igual” (Barranco, 2011, p. 22).

El avance hacia el proceso de especificación es, una concreción más adecuada que, por una parte, basada en un sentido de igualdad en la diferencia, genere un mayor alcance para la realización de derechos; y, por otra parte, permita adaptar los derechos fundamentales, a concepciones más amplias de protección. Dado que, la evolución de los derechos humanos se tradujo en generaciones, estos nuevos derechos corresponderían a una novedosa, última generación, que tomando por base fundamental los valores de la solidaridad y seguridad jurídica, propicia como punto de partida la propuesta de tres dimensiones; “protección del medio ambiente y entorno natural; el desarrollo; y la paz” (Peces Barba, 1995, p. 183).

De los procesos históricos de evolución de los derechos humanos, se concluye que, si bien estos se nutren de distintos ámbitos, es del

aspecto social de donde proviene una mayor influencia. En este sentido el poder y la economía, han sido factores de especial interés, para que los actores sociales, inserten cambios que han trastocado lo filosófico, social, político, cultural, económico y jurídico, siendo este último el elemento que, entendido como mecanismo de control, da paso al establecimiento de nuevas concepciones, lo que se verifica en la antes referida evolución.

De tal manera, cada momento histórico toma como base la racionabilidad y los argumentos referentes a la teoría del contrato social, para derivar en la posibilidad de alcance de determinados valores, así el liberalismo pretende el alcance de la libertad e igualdad; la democracia promueve la seguridad; y, el socialismo busca la solidaridad, así entendido, la integración de los valores conllevan al alcance de la dignidad humana en el individuo, en donde radica la esencia moral de los derechos fundamentales y se justifica su existencia en el ámbito del Derecho.

Como complemento a lo antes señalado, de acuerdo a los momentos históricos y los valores defendidos en ellos, se identifica en ellos una finalidad jurídica concreta, que se resume en no interferencia, participación y prestación respectivamente; esta funcionalidad de los derechos se articula de manera directa con su eficacia, la que es solamente susceptible de identificar, en el derecho positivo, esto nos conduce a la dimensión jurídica. Al respecto Peces Barba (1995) manifiesta “la dimensión jurídica no es un añadido a unos derechos que son autosuficientes sólo con su aspecto ético, sino que es un elemento inseparable para la misma existencia de éstos” (p. 199).

CAPÍTULO 2

2. Expansión en el Orden Internacional

El desarrollo de un sistema de carácter universal para la protección de los derechos humanos sería la base para la consolidación de las democracias a lo largo de todo el mundo, de ahí se desprende que el desarrollo de la perspectiva en materia de derechos humanos, así como el reconocimiento de derechos fundamentales varíe incluso de un Estado a otro. Este proceso toma fuerza en el contexto posterior a la Segunda Guerra Mundial en donde se retoma el interés por la protección de la dignidad del ser humano.

Se ha desarrollado una amplia diversidad de normas que reconocen y protegen derechos del individuo, sin embargo, este desarrollo no es igual en todo el amplio orden mundial, sino por el contrario es desigual y refiere un mayor o menor desarrollo de la perspectiva de derechos humanos en cada contexto.

Existe diversidad de antecedentes normativos de los derechos humanos en el contexto universal, puesto que sus documentos jurídicos han recibido influencias importantes de la filosofía americana y francesa, por lo cual incluso existe disputa entre autores que atribuyen a uno y otro contexto la materialización de un documento jurídico de orden universal. El debate más importante se señala entre Jellinek y Boutmy, por América y Francia respectivamente, de esta disputa lo que es seguro es que desde ambas perspectivas la mayor articulación se encuentra apuntalada desde la filosofía iusnaturalista racionalista.

De manera general, la diferencia principal señalada entre uno y otro contexto –americano y francés–, radica en la forma de constitucionalizar los derechos humanos³, de ahí que, para el caso americano los derechos fundamentales equivalen a derechos constitucionalizados, para el caso francés, en sus inicios los derechos humanos se extienden en

³ La constitucionalización de derechos humanos, se entiende como el insertar en la Constitución de un Estado aquellos derechos que tienen la estructura de derechos fundamental, al respecto léase Rea, S (2014) disponible en: file:///C:/Users/xmtorres/AppData/Local/Temp/Dialnet-ElReconocimientoConstitucionalDeLosDerechosHumanos-5605967.pdf.

el ordenamiento, mas no se constitucionalizan. Al respecto Carbonell (2013) citando a Cruz Villalón señala tres datos que distinguen ambos contextos la constitucionalización de derechos:

En primer término, en los textos americanos los derechos forman parte de las constituciones, no figurando como un anexo o un preámbulo. En segundo lugar, en los Estados Unidos los derechos se encuentran sujetos al poder de reforma constitucional, pudiendo por tanto ser modificados a través del procedimiento establecido por las mismas constituciones, lo cual es impensable en Europa. Finalmente, el tercer ejemplo de la distinta constitucionalización se encuentra en el control judicial de constitucionalidad de las leyes, lo que en Estados Unidos se conoce como la judicial review, que es ejercida incluso antes de que se promulgue la Constitución federal de 1787. (p. 25)

Esta diferencia se articula a la base conceptual que se conecta desde uno y otro contexto con la constitucionalización de derechos, por lo que esto repercute en el desarrollo del tema de derechos desde uno y otro ámbito; sin embargo, es de acotar que la idea de los valores de libertad e igualdad que se desarrollan desde ambos contextos americano y francés, también son importantes para comprender los instrumentos de carácter universal.

Como cierre a tal disputa, se afirma que, desde la perspectiva teórica, jurídica y filosófica, ambas corrientes francesa y americana, sirven como base para lo que hoy por hoy se conoce como el instrumento emblema del sistema de derechos humanos que fue declarado en 1789 en Francia con el nombre de Declaración de derechos del hombre y ciudadano y más adelante en 1948 derivaría en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la cual se aplica de una manera más adecuada los principios de igualdad y dignidad para los seres humanos.

Previo a profundizar en el desarrollo de la legislación que fundamenta la internacionalización de los derechos humanos, es importante obtener una perspectiva sobre la categoría de los documentos legales de orden internacional que se involucran en esta materia, los cuales se adscriben al sentido de la rama del Derecho Internacional Público siguiendo a su propio desenvolvimiento.

Existen diversos instrumentos que conforman la base legal para el desarrollo de los derechos humanos, ya sea en el ámbito internacional o nacional, esta legislación refiere una diversidad de instrumentos tales como: convenciones, declaraciones, pactos, protocolos, principios, entre otros. En esta misma línea; cada uno de estos instrumentos, tiene importancia en materia de derechos humanos, por cuanto su contenido produce efectos, que comprometen en mayor o menor medida a los Estados que afirman o ratifican su contenido.

De lo mencionado en el párrafo que antecede, es importante indicar que el mayor o menor compromiso de los Estados con un instrumento, depende de que su contenido exprese o no deberes que obligan de manera directa a su cumplimiento; esto último, equivale al denominado carácter vinculante del instrumento. Una vez aclarado este punto, es momento de obtener un panorama de cada uno de los instrumentos anteriormente referidos:

- Declaración.- El contenido de este instrumento refiere “recomendaciones de política sobre un tema determinado para que los Estados puedan orientar su gestión pública, pero no son de obligatorio cumplimiento” (Galvis, 2028, p. 94). Por lo tanto, al aceptar un documento de esta categoría, un Estado acepta un tipo de regulaciones morales universalmente aceptadas, pero no existe el elemento vinculante según el cual, pueda ser exigible su cumplimiento.

Una declaración entra en vigencia desde que se proclama en la asamblea que acordó su creación.

- Convención.- Este instrumento jurídico, a diferencia de la declaración, cuenta con normas, que tienen efectos jurídicos para los Estados en el caso de incumplirlas. Es por esta razón, que su entrada en vigencia para un país, inicia luego de haber superado sus procedimientos internos legislativos, de adhesión o ratificación del instrumento.

De esta manera el Estado que ratifica una convención, adopta voluntariamente, compromisos directos sobre su cumplimiento; la voluntad, se pone en manifiesto con la ratificación del instrumento.

- **Pacto.**- Este instrumento también cuenta con efectos jurídicos, para aquellos Estados que, pese a haberse adherido voluntariamente, incumplan con su contenido. En este sentido un pacto ratificado, es un instrumento jurídico de cumplimiento obligatorio con carácter vinculante.
- **Protocolo facultativo.**- Es un instrumento complementario de otro, que puede ser convención o pacto; de ahí que, su contenido también es complementario en cuanto al carácter vinculante del instrumento que complementan. Para aceptar la sujeción al protocolo, un Estado deberá realizar el proceso interno de adhesión o ratificación.

Según Galvis (2008) “hay dos clases de protocolos. El protocolo adicional que agrega elementos nuevos a la convención o al pacto al cual se adhiere, mientras el protocolo facultativo, que desarrolla uno o varios temas del instrumento principal” (p. 24).

- **Principios.**- Son instrumentos, cuyo contenido refiere orientaciones para los Estados miembro, sobre temas de interés concreto y particular, con dicha orientación, los Estados pueden desarrollar políticas de gobierno en el orden interno de su jurisdicción. La esencia de los principios, es brindar información especializada, es por esta razón, que este instrumento es creado por expertos en la materia.

Los principios, no tienen carácter vinculante, por lo tanto, no son de cumplimiento obligatorio para los Estados miembro, su contenido es equivalente a establecer directrices para los países en asuntos que afirman la vigencia de la democracia.

Un aspecto a resaltar, sobre el carácter vinculante de los instrumentos jurídicos previamente analizados, refiere que, para el efecto de su cumplimiento –el cual es obligatorio para los Estados que los ratifican– cuenta con órganos y comités, cuyas funciones se centran en brindar operatividad y velar por el cumplimiento del instrumento.

En esta misma línea, la creación tanto de órganos como de comités en el sistema internacional, se realiza mediante los instrumentos jurídicos convencionales. Es necesario indicar que “el derecho propiamente dicho lo conforman las Convenciones, los Pactos y los Protocolos. Las declaraciones y los principios son instrumentos que orientan a los Estados en su gestión pública para asegurar la vigencia de los derechos humanos” (Galvis, 2008, p. 24).

2.1. *Internacionalización*

El proceso histórico de internacionalización que conduce la positivación de los derechos humanos en el plano internacional, se articula con el sentido de la presencia de una comunidad internacional que acepta y afirma la existencia de derechos inherentes a los seres humanos. En este sentido, existen instrumentos que permiten ratificar este consenso, así como mecanismos que se establecen con miras a procurar la vigencia de derechos.

Son varios los documentos que se convierten en antecedente jurídico para la conformación de los instrumentos jurídicos que, en la actualidad podemos relacionar con los derechos humanos, todos los cuales han sido promulgados en distintos años y contextos, sin embargo, cada uno aporta significativamente en el sentido de necesidad de una proclama universal de derechos que confirme la protección de derechos básicos para todos los seres humanos. De este modo podemos mencionar como antecedente a: la Carta Magna de Juan sin Tierra (1215), Edicto de Nantes (1598), Petition of Right (1628), Cuerpo de Libertades de Massachussets (1641), Bill of Right (1689), Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776), Declaración de Independencia de Estados Unidos (1776).

A tales documentos jurídicos se suman los eventos atroces de la Segunda Guerra Mundial, todo lo cual condujo la emisión de conformación de la Carta de las Naciones Unidas que se firma en San Francisco en el año 1945, con lo cual se crea en el orden supranacional la institucionalidad necesaria para gestionar el consenso universal sobre estos derechos, nos referimos a la Organización de las Naciones Unidas. Esta organización cuenta además con varios antecedentes normativos internacionales de los cuales se destacan la Carta del Atlántico (1941), la Declaración de las Naciones Unidas (1942) y la Conferencia de Moscú (1943), producto de ésta última se emite la Declaración de Moscú en donde se expresa la necesidad de "una organización internacional basada en la igualdad de los Estados amantes de la paz".

En el año 1945 y luego de varias reuniones entre los Estados, se estructura finalmente la Carta de las Naciones Unidas (compuesta por 111 artículos) y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (como anexo a la Carta) con lo cual entra en vigor la Organización de las Naciones Unidas ONU, cuya sede permanente se sitúa en Nueva York, sin perjuicio de contar con algunas oficinas en otras localidades.

Tanto los principios, como los fines de esta institución se detallan en la Carta de las Naciones Unidas, los que de manera general apuntan a mantener la paz y seguridad, fomentar las relaciones de amistad basadas en el respeto e igualdad, realizar la cooperación internacional en la solución de problemas y servir de centro para que las naciones logren propósitos comunes.

De manera general la ONU cuenta en su estructura con diversos órganos que gestionan el alcance de sus propósitos, entre los cuales en la categoría de principales se encuentran la Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social, Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría. También de acuerdo a la naturaleza de esta organización, se cuenta con diversos organismos subsidiarios.

Con la Organización de las Naciones Unidas en sus siglas ONU, nace la piedra angular del sistema universal que cuenta con elementos,

instituciones, normativas, mecanismos que, en suma, conforman el sistema para la protección de derechos humanos. Como parte de las gestiones de este organismo internacional, se han promulgado los documentos emblemáticos del sistema universal que se integran en la denominada Carta Internacional de Derechos Humanos.

2.2. *Legislación Internacional*

El marco de la legislación internacional se desarrolla gracias a la labor de la Organización de las Naciones Unidas más conocida por sus siglas ONU, y por los sistemas regionales creados en lo posterior, siendo de estos últimos el europeo y americano los que han alcanzado mayor desarrollo.

En este punto se debe subrayar que a la protección de derechos en el ámbito mundial se lo denomina como Sistema Internacional de Derechos Humanos, y aquellos desarrollados en los contextos regionales, se designan como Sistemas Regionales de protección, sobre ambos tipos profundizaremos más adelante.

Por otra parte, en los contextos señalados en el párrafo anterior, se han desarrollado instrumentos jurídicos encaminados a la protección de derechos, ahora nos ocuparemos de los de carácter internacional, y dejaremos para más adelante los de carácter regional.

En cuanto a los instrumentos jurídicos, se enfatiza en que tienen distinta naturaleza “unos de carácter jurídico vinculante, como las convenciones, los pactos y los protocolos facultativos; otros de carácter declarativo que establecen recomendaciones dirigidas a los Estados para orientar la política interna relacionada con los derechos humanos” (Galvis, 2008, p. 91); entre esto últimos tenemos, recomendaciones, informes, declaraciones y principios.

Los primeros antecedentes de la legislación internacional consolidada por la ONU, se apuntan con la creación de la Organización Internacional del Trabajo OIT –que surge con el tratado de Versalles–; la convención contra la esclavitud; y, la convención contra los trabajos forzados.

La proclamación de la Carta de las Naciones Unidas (1945), sería el documento que vendría a dar paso a la creación de la Organización de las Naciones Unidas, consolidando así la institucionalidad para los Derechos Humanos. Más adelante en el contexto de esta organización se seguirían conformando otros documentos importantes que fortalecen el cuerpo normativo del derecho internacional de los derechos humanos, así tenemos: La Declaración Universal de Derechos Humanos Convención contra el genocidio, Pacto de derechos civiles y políticos, Pacto de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolos facultativos a los pactos, Convenios sobre la protección a sujetos especiales.

De los documentos antes señalados, las más trascendentales por su naturaleza son la Declaración Universal de Derechos Humanos, los pactos de derechos económicos sociales y culturales; y, de derechos civiles y políticos, así como sus protocolos facultativos. Estos documentos conformarían la Carta Internacional de Derechos, que afirma la operatividad, órganos, y puesta en marcha del Sistema Internacional, desde este punto y en adelante, el desarrollo normativo de protección sigue en continuo avance.

En el marco de desarrollo de instrumentos jurídicos para la protección de derechos, surge el debate en cuanto a la igual o desigual importancia de proteger los derechos civiles y políticos, frente a los económicos sociales y culturales. En este sentido las principales discusiones surgen en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán y Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena en 1968 y 1990 respectivamente; ambas conferencias, derivan en documentos de los cuales emanan elementos que refuerzan la teoría de los derechos humanos y su reconocimiento a lo interno de los Estados.

La Conferencia de Teherán ha aportado sobremanera a la teoría de derechos humanos, en cuanto enfatiza dos puntos; primero, sobre la necesidad de hacer de tendencia obligatoria la declaración universal de derechos, para lograr universalizar los principios y hacer exigibles las normas de derechos; segundo, promueve la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales, como equivalentes a los civiles y políticos.

Por otra parte, la Conferencia de Viena, aporta a la teoría de derechos humanos en cuanto coloca a estas prerrogativas para fortalecer las políticas en el orden económico, social y cultural; conlleva a que la institucionalidad internacional y nacional realice esfuerzos conjuntos, a fin de mejorar la vigencia de derechos con su incorporación en planes de desarrollo que se articulen a la política social.

Respecto del funcionamiento del sistema internacional, éste se realiza mediante asamblea, organismos principales, órganos subsidiarios, comisiones, subcomisiones; y, órganos de los tratados relacionados a temas especiales. Es importante hacer un paréntesis para mencionar que el sistema comprende también los procedimientos y órganos encargados de su vigilancia, de este modo se regula además el proceder de otros organismos creados en virtud de convenios y pactos, sobre el funcionamiento del sistema a través de la ONU, tendremos oportunidad de volver más adelante.

Los procedimientos internacionales en cuestión de derechos humanos se manejan por medio de agotamiento de recursos de jurisdicción interna de los Estados; es decir para proceder con los mecanismos del orden internacional, primero deberán acabarse todas las formas jurisdiccionales posibles en el ámbito nacional. De ahí que, resulta importante, conocer cuestiones de derecho internacional como la noción de sujeto en el derecho internacional, categorías de instrumentos internacionales y exigibilidad y vigilancia en el derecho internacional de los derechos humanos.

La titularidad y exigibilidad en materia de derechos humanos recae en los individuos y Estado respectivamente, estos últimos cuentan con capacidad internacional. Los avances en el Derecho Internacional, han derivado en reconocer también la capacidad a otros sujetos entre los que se destaca la santa sede, la cruz roja, la ONU, OEA Unión Europea, en el caso de los individuos son titulares ante instancias internacionales, y en casos excepcionales puede declararse su responsabilidad por el cometimiento de crímenes de lesa humanidad.

En cuanto a las categorías de instrumentos, como se apuntó antes, estos pueden ser meramente declarativos o también de carácter

vinculante, de ahí emana la responsabilidad del sujeto internacional estatal. Así por ejemplo la declaración contiene recomendaciones para los Estados, las que no son de obligatorio cumplimiento sino a través de una convención, pacto o protocolo.

Es por ello que a la declaración se atribuye una obligación moral, a diferencia de la convención y pacto que goza de carácter vinculante. Así, todos los documentos dependen para su cumplimiento y obligatoriedad, de la aceptación y ratificación estatal

Según Galvis (2008):

la clasificación de los instrumentos internacionales nos permite entender que los compromisos que adquieren los Estados en virtud de los pactos, convenios y protocolos son de obligatorio cumplimiento y, por tanto, son exigibles. Pero para que se generen esos vínculos jurídicos, se debe perfeccionar la relación Estado-convenio. Una vez aprobado el convenio por la Asamblea General, queda abierto para la ratificación o adhesión de los Estados y entra en vigor cuando se cumpla el número de ratificación o adhesiones establecido en el mismo convenio y se venza el plazo de gracia que también establece el instrumento (p. 95).

2.2.1. Carta Internacional de Derecho Humanos

Como se ha venido mencionando previamente la carta internacional está conformada por los principales documentos de los cuales emanan las disposiciones consagradas internacionalmente en la categoría de derechos humanos. Así los atributos, facultades y libertades fundamentales de los individuos y de los pueblos que han sido reconocidos internacionalmente se han positivado en el orden internacional como prerrogativas inherentes e irrenunciables para todos los individuos.

De esta manera la Carta Internacional de Derechos Humanos, es el documento guía que establece todas las directrices del sistema internacional, es el referente para los sistemas regionales y es el conjunto de principios primordiales que los Estados consideran para los ordenamientos de carácter nacional.

La Carta Internacional de Derechos Humanos, se encuentra conformada por los instrumentos fundamentales básicos del sistema los cuales son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966), ambos pactos incluyen además los siguientes protocolos facultativos: Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Segundo Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte (1989); y, Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2008).

Retomando el sentido del consenso universal antes señalado, el acuerdo se viene a consolidar primeramente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que se valida en el orden jurídico del Derecho Internacional Público, con una aceptación de los estados concomitante al denominado contrato social que atribuyó la ciudadanía y derechos a los individuos, más adelante, también evolucionaría para abarcar a todos los seres humanos con base al postulado de la dignidad.

Es de enfatizar que, pese a que la Declaración Universal no posee fuerza vinculante *per se*, sin embargo, con el transcurrir del tiempo, su contenido adquirió el estatus de norma de *ius cogens* por el sentido del derecho consuetudinario, por lo que se vuelve de obligatoria consulta para el ámbito jurídico del orden supranacional y nacional, además “dado que está ampliamente aceptada, se utiliza como baremo de la conducta de los Estados. Son citadas en las leyes fundamentales o constituciones de muchos de los países recientemente promulgadas y en otras legislaciones nacionales” (DHpedia, s.f., p. 3).

La Declaración Universal de Derechos Humanos es la piedra angular del sistema, fue proclamada en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y ha adquirido la categoría de norma internacional que rige a todos los sistemas, por ello su autoridad equivale a una recomendación para los Estados, que no implica exigibilidad.

La carencia de poder vinculante de la Declaración Universal, que no disminuye en lo más mínimo su autoridad por sobre el orden supranacional, es su principal mérito, lo cual emana de su contenido que le atribuye un amplio imperio moral. En tal virtud los derechos y principios de la declaración se han catalogado como obligatorios para todos los Estados del mundo, lo cual ha sido confirmado en conferencias mundiales como la de Teherán.

La Declaración Universal contiene un preámbulo y 30 artículos sobre derechos básicos para toda la humanidad, su contenido fue reforzado con la emisión de dos documentos que acarrean un mayor nivel de compromiso y cumplimiento para los Estados, es decir, documentos que cuentan con el carácter vinculante en el orden del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con ello me refiero a los Pactos Internacionales de Derechos, sobre los cuales se profundiza más adelante.

a) *Catálogo de Derechos Humanos según la Carta Internacional*

Precisamente en virtud de los documentos que conforman la Carta Internacional de Derechos Humanos, a continuación, se analiza cuáles son los derechos que se consideran y reconocen en el sentido universal para toda la humanidad. Para ello se aborda primeramente cada uno de los artículos que contiene la Declaración Universal, y más adelante se matiza con aquellos derechos que se incorporan en virtud de los pactos.

- **Derecho a la libertad e igualdad**

El contenido de este derecho, se establece en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, debe comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Este derecho se complementa con lo previsto en el artículo 2 del mismo documento, que refiere que “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados...sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión...”.

Es importante considerar que a diferencia del modo cómo se describió la atribución de igualdad en los documentos que sirven de antecedente normativos, es decir la Declaración Francesa de derechos y la Constitución de 1787 de Estados Unidos, la de Declaración Universal declara este derecho de manera abierta y no excluyente, por lo que se establece esta atribución a todos los seres humanos. Sin embargo, este derecho con algunas matizaciones que se desprenden del reconocimiento de derechos a otros colectivos que se incluyen a grupos especificados, sería motivo para la exigibilidad de concretización de derechos para evitar la exclusión; lo que será corregido y complementado en uno de los pactos, como se verá más adelante.

- Derecho a la vida, libertad y seguridad

Estos derechos se encuentran comprendidos entre los artículos 3, 4 y 5 de la Declaración Universal, en este orden se contempla el no sometimiento a esclavitud, servidumbre, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, los cuales atentan de manera directa a la vida, asimismo la vida se protege de manera enfática y directa, en el artículo 3 del mismo documento. El derecho a la libertad también es ratificado por el artículo 9 que refiere que nadie puede “ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”, abarca además la libertad de circulación que se contempla en el artículo 13.

- Derecho a la seguridad e igualdad jurídica

Estos derechos se encuentran previstos en los artículos 6, 7, 8, 9 y 10 de la Declaración Universal, por lo que contemplan el reconocimiento de la personalidad jurídica de todos los individuos, la igualdad ante la ley, protección legal sin distinción, acceso a recursos efectivos legales, no detención arbitraria, ser escuchados por la justicia; todo lo cual se establece en el marco de la protección legal de derechos del ser humano.

- Derecho a la presunción de inocencia

Este derecho abarca una salvedad a favor de todas las personas acusadas de cometer un delito, por lo cual debe prevalecer el criterio respecto

de su inocencia hasta que se demuestre cabalmente su culpabilidad, esta declaración se estipula en el artículo 11 de la Declaración, también se hace de manera indirecta alusión a la no retroactividad de la ley, por cuanto se establece que “nadie puede ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos...ni tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. Adicionalmente este derecho encontrará su complemento en que anteceden, en cuanto se precautela el aseguramiento jurídico de todas las garantías necesarias para la defensa.

- Derecho a la intimidad

Por este derecho se entiende la protección al ser humano de “injerencias arbitrarias en su vida privada, familia, domicilio, correspondencia, y ataque contra la honra”, todo lo cual se contempla en el artículo 12 de la Declaración.

- Libertad de circulación y asilo

De acuerdo a esta libertad todas las personas pueden circular libremente, y tienen el derecho de “salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”, esto se contempla en el artículo 13 de la Declaración Universal. En cuanto al asilo toda persona puede “buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país”, esto lo contempla el artículo 14 del mismo documento.

- Derecho a una nacionalidad

Según este derecho todas las personas “tienen derecho a una nacionalidad”, adicionalmente los seres humanos no pueden ser privados de ella de manera arbitraria, esto lo prevé el artículo 16 de la Declaración.

- Derecho a una familia

Esto se deduce de lo prescrito en el artículo 16 de la Declaración, según el cual, este derecho implica que todas las personas en edad de hacerlo y sin distinción alguna, pueden contraer matrimonio, dicha

institución goza además de protección de la sociedad y el Estado por cuanto se declara como su elemento natural y fundamental.

- Derechos a la propiedad

Según este derecho, todas las personas tienen derecho a tener una propiedad, ya sea individual de manera individual o colectiva, adicionalmente nadie puede ser arrebatado de ésta de manera arbitraria. Este derecho se contempla en el artículo 17 de la Declaración.

- Libertad de pensamiento, conciencia, religión, opinión, reunión y asociación.

De acuerdo a esta libertad, todas las personas tienen el derecho a que se respeten sus pensamientos, credos, opiniones, así como la potestad de reunirse y asociarse de manera abierta, es decir sin restricción de ninguna naturaleza. Estas libertades, que se constituyen en un derecho, se contemplan en los artículos 18, 19 y 20 de la Declaración.

- Derecho de participación política

De acuerdo al artículo 21 de la declaración, todos los seres humanos tienen el derecho de participar de los procesos políticos del país al que pertenecen, ya sea mediante el sufragio, ejerciendo cargos políticos o accediendo a las funciones públicas dentro de un contexto territorial.

- Derecho a la seguridad social

De acuerdo a este derecho la seguridad social y los recursos del Estado se constituyen en elementos a los que todas las personas pueden acceder, este derecho se establece en el artículo 22 de la Declaración.

- Derecho al trabajo

El derecho al trabajo es otra prerrogativa que se prescribe en la declaración universal, precisamente en el artículo 23 se describe además que el trabajo debe ser realizable en condiciones equitativas,

satisfactorias, sin discriminación. Dentro de este derecho se contempla, además la posibilidad de fundar sindicatos.

- Derecho al descanso

Como un complemento al derecho al trabajo, también se contempla el derecho al descanso, disfrute, limitación de jornada laboral, así como vacaciones pagadas; todo lo cual se establece, en el artículo 24 de la Declaración universal.

- Derecho a un nivel de vida adecuado

Este derecho abarca adicionalmente la salud, bienestar, alimentación, vivienda, asistencia médica y otros servicios sociales que deriven en un nivel de vida idóneo para el desarrollo de la vida. Esto se establece en el artículo 25 de la Declaración Universal; dentro de esta categoría, también se incluye el derecho a cuidados especiales durante la maternidad y la niñez.

- Derecho a la educación

El artículo 26 de la declaración universal, contempla de manera directa el derecho a la educación, así como a todo lo relacionado con medios que faciliten la realización de este derecho como la gratuidad de la instrucción básica, acceso a estudios superior en igualdad de condiciones con miras a promover el desarrollo de la personalidad del ser humano.

- Derecho a tomar parte de la vida cultural

Según este derecho toda persona puede por derecho ser partícipe de la vida cultural de la comunidad, de las artes y del progreso científicos. Adicionalmente se prescribe el derecho a la protección de intereses morales y materiales en función de las producciones científicas o artísticas de su autoría, esto se establece en el artículo 27 de la Declaración.

- Derecho al establecimiento de un orden social

De acuerdo al artículo 28 de la Declaración todos los seres humanos tienen el derecho de que se establezca un orden social en ámbitos

nacionales e internacionales, para asegurar la vigencia de los derechos declarados universalmente.

- Deberes respecto a la comunidad y limitación a lo previsto en la ley

Se establece este deber para sujetar a los seres humanos al cumplimiento de deberes dentro de la comunidad en la cual desenvuelven su vida, asimismo se contempla el ejercicio de derechos y libertades dentro de los límites establecidos por ley, tal ejercicio de derechos no puede oponerse a los principios de las Naciones Unidas; todo lo cual, se incluye en el artículo 29 de la Declaración

- No supresión de derechos

Finalmente, el artículo 30 de la Declaración establece una norma por la cual se garantiza que, ni el Estado, ni particulares, pueden mediante acciones proceder a la supresión de derechos.

Adicionalmente el aporte de los Pactos a la Carta Internacional de Derechos Humanos, conlleva en esencia la atribución del carácter vinculante a los derechos que han sido declarados, por lo cual los Estados que han ratificado los mismos, se sujetan a cumplir con tales preceptos. Adicionalmente son dos los derechos que se afianzan en virtud de los pactos de derechos Civiles y Políticos, como de derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- Derechos de los pueblos a la libre determinación

Este derecho se contempla en el preámbulo de ambos Pactos, en virtud del cual todos los pueblos tienen la libertad de elegir de manera auto determinada, respecto de su estatus político para alcanzar el desarrollo integral. Esto se contempla en el artículo 1 de ambos documentos.

- No discriminación

En virtud de los Pactos también se afirma el principio de no discriminación, lo que es favorable para los grupos vulnerables tradicionalmente

excluidos, asimismo se enfatiza de manera expresa en la igualdad de derechos entre hombres y mujeres para el goce de derechos. Estos principios se expresan en los artículos 2 y 3 respectivamente.

Del catálogo universal de derechos abordado, se puede manifestar que son posibles otro tipo de divisiones, por ejemplo, la distribución en el catálogo de derechos, deberes y las garantías.

b) Pactos Internacionales de Derechos

Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos que componen la Carta Internacional de los Derechos Humanos, cuentan con poder vinculante y fueron aprobados por la Asamblea General de la ONU en el año 1966, su finalidad es fortalecer a la Declaración Universal, por lo que desarrollan y complementan sus postulados. Así también “plasman en obligaciones jurídicas los derechos que figuran en ella, a la vez que establecen órganos para vigilar el cumplimiento por los Estados partes” (DHpedia, s.f., p. 3).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuenta con un preámbulo y 31 artículos, que inician haciendo referencia al derecho a la libre determinación de los pueblos, más adelante su contenido aborda aspectos relativos a la libre disposición de la riqueza, cooperación internacional económica, cumplimiento por parte de los Estados del contenido del Pacto Internacional en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales; y, señala el mecanismo de presentación de informes estatales sobre las medidas adoptadas para dicho cumplimiento.

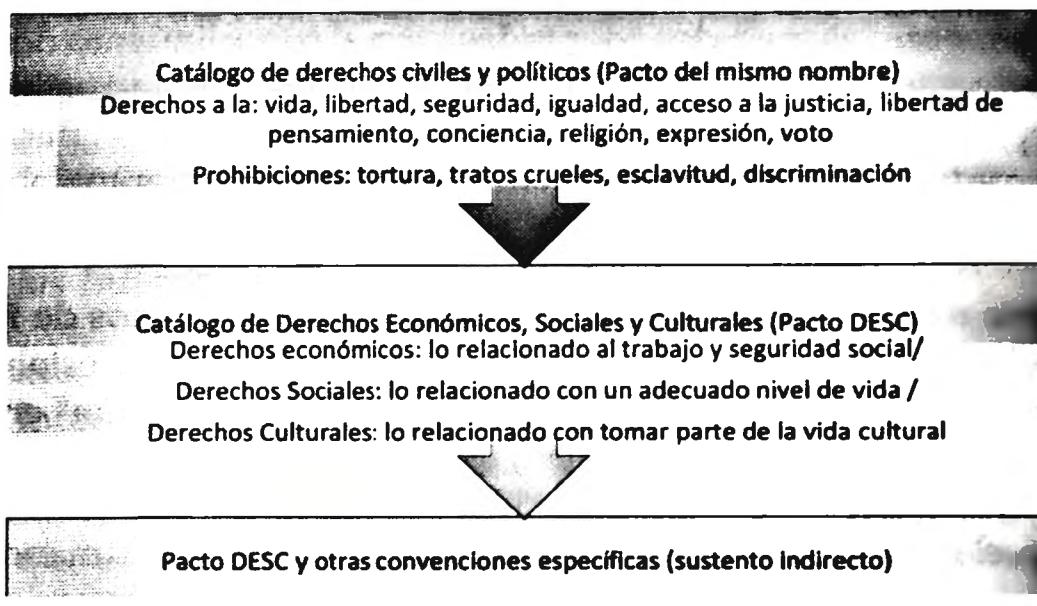
El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuenta con un preámbulo y 53 artículos, comienza haciendo énfasis en la “dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”, y reconoce en su primer artículo la libre determinación, más adelante se señalan derechos a la vida, prohibición de tratamientos crueles o inhumanos, esclavitud, derechos de libertad, presunción de inocencia, derechos de los niños y sobre el cumplimiento por parte de los Estados del contenido del Pacto

Internacional en cuanto a derechos civiles y políticos. Además, se prevé la creación del Comité de Derechos Humanos, su composición, atribuciones, y se señala el mecanismo de presentación de informes estatales sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento del contenido de este instrumento jurídico, se añade también, la posibilidad de aceptación estatal sobre la competencia de esta entidad para examinar comunicaciones en donde se alegue incumplimiento del Pacto por parte de otros estados.

Respecto de los Protocolos Facultativos, primero diremos de forma general, que son documentos accesorios a otro principal y establecen “procedimientos de investigación, denuncia o comunicación” en relación con el tratado principal o bien, desarrollan aspectos particulares del mismo, por eso su estatus jurídico es de un tratado internacional. En el caso de la Carta Internacional de Derechos Humanos, los Protocolos Facultativos acompañan a ambos Pactos Internacionales –de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– y contienen “procedimientos voluntarios a adoptar por los Estados” (DHpedia, s.f., p. 3), por lo tanto, están abiertos a la firma y ratificación de aquellos países que se han adscrito el tratado principal, es decir, los respectivos Pactos Internacionales.

Los preceptos catalogados en la Declaración Universal de Derechos Humanos abarcan distintos derechos, libertades y prohibiciones, de ahí que una forma más clara de conocer el contenido de estos derechos es a través de los pactos. Para fines didácticos, se asociará la clasificación de derechos de acuerdo a su contenido en virtud de los pactos derechos civiles y políticos y derechos económicos sociales y culturales; en su contenido se puede obtener una visión detalladas de las prerrogativas que se entiende como derechos humanos, tal como se muestra en el gráfico 4 a continuación:

Gráfico Nro. 4. Distribución del catálogo de Derechos Humanos en función de los Pactos Internacionales.



Fuente: Elaboración propia con datos de las Pactos Internacionales de Derechos.

El gráfico que antecede muestra los derechos humanos, con los documentos desde donde emanan, cabe indicar que en este flujo no existe una atribución de mayor o menor importancia respecto de uno u otro derecho.

2.3. Organización de las Naciones Unidas

Como se señaló en el apartado que antecede la conformación de la Organización de las Naciones Unidas, toma como base diversos instrumentos jurídicos y contextos de graves vulneraciones a los derechos –en su mayoría secuelas de la Segunda Guerra Mundial–, lo que hace visible la necesidad de terminar con el colonialismo, el apartheid y la lucha contra las endemias que aquejan a la humanidad. La historia que envuelve el inicio de esta entidad es bastante amplia, por lo que se enfatiza en el antecedente inmediato de la misma, que se ubica en la Conferencia de Moscú (1943) producto de la cual se proclama la Declaración de Moscú y de manera subsecuente

se emite la Carta de San Francisco (1945) que da inicio a la ONU y sus organismos.

La ONU cuenta con 193 países miembro y es una organización única en la historia ya que según Bregaglio (2013) “es la exponente por antonomasia de las fortalezas, los retos y las contradicciones de la comunidad internacional siendo el foro intergubernamental con mayor capacidad de decisión y más recursos de la historia contemporánea” (p. 92). En sus inicios y dado el contexto en el que surge esta institución, su base normativa y objetivos principales apuntaron al alcance y mantenimiento de la paz.

Lo antes señalado se refleja en el contenido de la Carta de las Naciones Unidas cuyo artículo 1 señala como fines “mantener la paz y la seguridad internacional, fomentar relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos y tomar medidas para fortalecer la paz universal”, más adelante los artículos siguientes, enfatizan en este mismo objetivo como un aspecto imperante para la sociedad.

Con el avance del desenvolvimiento del sistema, surgen nuevas problemáticas que atender, derivadas de los problemas sociales que aquejan al mundo y por ende a toda la humanidad, tales como, la pobreza, precarias condiciones laborales, erradicación de enfermedades endémicas, entre otros. En virtud de ello, se han realizado ciertas modificaciones en cuanto a la estructura inicial de este organismo, lo que ha permitido gestionar el alcance de fines comunes a los Estados miembro.

La estructura de la ONU de acuerdo a lo señalado en el artículo 7 de la Carta de las Naciones Unidas, se compone de órganos principales, entes especializados, agencias especializadas, oficinas y el organismo propiamente dicho. Entre los órganos principales como se señaló antes se encuentran “la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Secretaría y el Tribunal Internacional de Justicia”.

La institucionalidad de la Organización de las Naciones Unidas es la que formaliza el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, que gestiona con base al Derecho Internacional de los Derechos Humanos los acuerdos estatales, dando sentido a la promoción, vigencia y realización de los derechos humanos en el orden universal, planteando objetivos comunes a gran escala y supervisando el cumplimiento de ello, también en los entornos nacionales estatales.

a) *Órganos del Sistema de Naciones Unidas*

La Declaración de las Naciones Unidas (1945) es la que señala la creación de los órganos principales del organismo y posibilita además la creación de entidades subsidiarias que gestionen el sistema. Dentro de este accionar, se encuentra el impulso del Sistema Internacional de Derechos Humanos con la puesta en marcha de órganos que brindan operatividad.

En este organismo internacional existen entes de carácter principal y otros de carácter subsidiario. Aquellos órganos principales son: la Asamblea General, Secretaría General, Corte Internacional de Justicia, Consejo Económico y Social, Consejo de Administración Fiduciaria y Consejo de Seguridad, veamos a continuación los aspectos más relevantes de estas entidades principales.

- *Asamblea General:* Este órgano surge en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, es un órgano de deliberación, supervisión y revisión de la gestión de la entidad, a su vez este órgano se encuentra integrado por órganos subsidiarios, fondos y programas, institutos de investigación y capacitación y otros órganos y órganos conexos. Entre las funciones de la Asamblea General se destacan la promoción de los contenidos de la carta, creación de normas de derecho internacional, aprobación de decisiones de carácter obligatorio para los Estados, secretaría y sistema de naciones unidas⁴, por lo tanto "la Asamblea cumple

⁴ Para conocer más sobre las funciones de este órgano usted puede ingresar a este link: <https://www.un.org/spanish/ga/president/64/presskit/functions.shtml>.

también un papel importante en el proceso de la creación de normas de Derecho Internacional, pues en ella se debaten las propuestas de tratados internacional que crean nuevas obligaciones para los Estados” (Bregaglio, 2013, p. 94).

De lo señalado en el párrafo que antecede, en virtud de la Asamblea se crean órganos subsidiarios entre los que se ubican: las Comisiones Principales, Comisión de Desarme, Comisión de Derecho Internacional, Comités Permanentes y órganos especiales, Dependencia Común de Inspección y el Consejo de Derechos Humanos. Entre los fondos y programas se cuenta con entidades como UNICEF, en la calidad de otros órganos se destacan la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres); y, entre los órganos conexos es de especial interés la Corte Penal Internacional (CPI).

Entre los órganos subsidiarios, por ser un organismo intergubernamental del Sistema de las Naciones Unidas, se destaca el *Consejo de Derechos Humanos*, que es el ente encargado de fortalecer la promoción y protección de los derechos humanos a nivel global, hacer frente a las situaciones de violación de derechos humanos y formular recomendaciones (Oficina del Alto Comisionado, 2008). Para ello, es la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el ente que cumple con la función de secretaría de este Consejo.

De las funciones del *Consejo de Derechos Humanos* que se apuntó anteriormente, se destaca el ocuparse de las “violaciones de los derechos humanos, incluidas las violaciones graves y sistemáticas, así como de promover la coordinación eficaz y la incorporación de los derechos humanos en la actividad general del sistema de las Naciones Unidas”. Entre varios de los mecanismos que ejerce este órgano subsidiario se encuentra el

denominado “*examen periódico universal*, y un procedimiento para el examen, racionalización y perfeccionamiento de todos los mandatos relativos a los procedimientos especiales” (Oficina del Alto Comisionado, 2008, p. 75-76).

En esta misma línea, es el Consejo el que define las directrices para el examen periódico universal que “es un proceso singular que incluye un examen de los expedientes de derechos humanos, de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas” (Organización de las Naciones Unidas, 2018).

El *examen periódico universal* es un mecanismo por el cual el *Consejo de Derechos Humanos*, mediante un diálogo interactivo con los estados, revisa el cumplimiento de los derechos humanos en cuanto a obligaciones y compromisos por parte de los países miembro de las Naciones Unidas, dada su complejidad la duración del procedimiento es de cuatro años e inicia con la elaboración de la información recabada, el examen propiamente dicho, la aprobación de los documentos del resultado del examen y seguimiento de la aplicación del resultado por parte del Estado examinado, además, se brinda apertura para que las organización no gubernamentales ONGs sean parte del proceso (Oficina del Alto Comisionado, 2008, p. 75-76).

- *Secretaría General*: Este ente es de carácter ejecutivo en la organización, por lo tanto, es un órgano administrativo que está liderado por un secretario que es nombrado por la Asamblea General, quien además de desempeñar estas funciones, goza de independencia respecto de los estados, siendo el máximo funcionario administrativo de la ONU al mando de los funcionarios nombrados por él.

Las funciones de este organismo son la operatividad del carácter ejecutivo de la organización y la gestión de los otros organismos del sistema, para lo cual tanto el secretario como quienes dependen de este ente, son independientes en el ejercicio de sus deberes, tal independencia incluye además a los

Estados, los que no pueden interferir o influir en el desempeño de sus funciones.

De esta manera el secretario tiene la potestad de actuar debido a sus funciones, en sesiones del consejo de seguridad y asamblea general. Así pues, la Secretaría “administra operaciones de mantenimiento de la paz, es mediadora en controversias internacionales, examina tendencias y problemas económicos y sociales y prepara estudios sobre derechos humanos y desarrollo sostenible, entre otros” (Bregaglio, 2013, p. 94).

La Secretaría General cuenta para su funcionalidad con Departamentos y oficinas, además de realizar un trabajo articulado con las Comisiones Regionales. De entre sus diversas oficinas y departamentos se destaca de manera especial la Oficina del Alto Comisionado.

El *Alto Comisionado* es elegido por el secretario general, con el fin de que cumpla funciones de una subsecretaría general adjunta, con funciones específicas asignadas, este organismo aporta para fortalecer la estructura y capacidad de gestión del sistema, que depende del Consejo de Derechos Humanos que es un órgano subsidiario de la asamblea general.

Su representante tiene la responsabilidad directa en aquellas actividades de naciones unidas en materia de derechos humanos, es por ello que cumple con una función principal de liderazgo en el sistema tendiente a fortalecer los mecanismos, fomentar la igualdad, luchar contra la discriminación, combatir la impunidad, incorporar los derechos humanos en planes de desarrollo, ampliar el ámbito democrático, entre otros. Para ello, “opera como el principal centro para la investigación, la educación, la información pública y las actividades de promoción de los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas” (Página del Alto Comisionado de Naciones Unidad, s.f.), asimismo, otorga asesoramiento y

asistencia técnica y financiera a los Estados que lo requieren y a los sistemas regionales.

Este órgano cuenta con cuatro divisiones: de investigación y derecho al desarrollo, tratados de derechos humanos, operaciones sobre el terreno y cooperación técnica; y, consejo de derechos humanos procedimientos especiales.

- *Corte Internacional de Justicia:* es el órgano judicial principal del sistema, cumple además funciones consultivas en temas jurídicos para la Asamblea General y el Consejo de Seguridad y otros organismos especializados –con autorización de la Asamblea–, su sede se encuentra ubicada en la Haya. El estatuto de esta Corte forma parte de la de la carta de Naciones Unidas, está integrada por magistrados que se escogen en virtud de sus méritos, su período dura nueve años, luego de los cuales pueden ser reelegidos.

Para el cumplimiento de sus fines, este órgano principal de la ONU cuenta con dos funciones, la contenciosa y la consultiva, con la primera “busca resolver litigios por controversias jurídicas entre los Estados parte o por cualquiera de los asuntos previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en tratados y convenciones vigentes”, con la segunda función “opina sobre cuestiones jurídicas formuladas por la Asamblea General, Consejo de Seguridad u otros órganos de la ONU, con permiso de la Asamblea General, siempre que tales cuestiones correspondan al ámbito de sus actividades” (Bregaglio, 2013, p. 94).

De tal manera, todos los miembros de la ONU pueden acudir a esta Corte, de acuerdo a los modos previstos, entre dicha modalidad se señala que las personas de manera individual no podrán recurrir a la Corte sino a través del Estado. Cabe indicar que los Estados pueden obligarse a aceptar la jurisdicción de la Corte mediante la firma de un tratado o convención, adicionalmente “la jurisdicción de la Corte se extiende a todos los litigios que los Estados le sometan y a todos los asuntos

previstos en la Carta de las Naciones Unidas en tratados y convenciones vigentes" (Galvis, 2008, p. 225).

- **Consejo Económico y Social ECOSOC:** Como su nombre lo indica, es el órgano encargado de la planificación y ejecución de las políticas de las Naciones Unidas en los aspectos económicos, sociales y culturales. Para ello, este organismo principal actúa bajo la directriz de la Asamblea General, por otra parte, este organismo tiene potestad para la creación de comisiones especializadas, regionales, permanentes y subsidiarias, que permiten el alcance de los fines de este organismo.

La operatividad del Consejo Económico y Social, consiste en coordinar con otros órganos del sistema sobre aspectos económicos y sociales, presentar consultas y recomendaciones. De ahí que, "puede iniciar estudios e informes sobre asuntos internacionales derivadas de sus competencias y dirigir sobre aquello recomendaciones a la Asamblea General, a los miembros de la ONU y a sus demás órganos a fin de promover el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales y el cumplimiento en la práctica de estos principios" (Bregaglio, 2013, p. 94).

Entre los organismos subsidiarios que pertenecen al ECOSOC se resaltan las siguientes comisiones: prevención del delito y justicia penal; condición jurídica y social de la mujer, desarrollo sostenible, entre otras. Asimismo, cuenta con organismos regionales para África (CEA), Asia y el Pacífico (CESAP), para Europa (CEE), para América Latina y el Caribe (CEPAL) y para Asia y Occidente (CESAO). Adicionalmente cuenta con comisiones permanentes como el foro permanente para cuestiones indígenas y de derechos económicos, sociales y culturales.

Dentro de la potestad para la creación de organismos subsidiarios, se destacan el fondo de las naciones unidas para la infancia (UNICEF) y la organización de las naciones unidas

para la educación la ciencia y la cultura (UNESCO), ambas dependen directamente de la asamblea general. Algunas de las funciones del Consejo ECOSOC son la realización de estudios y luego informes y recomendaciones, sobre actividades relacionadas con sus líneas de trabajo, a la asamblea general, organismos especializados y miembros de la ONU; realizar recomendaciones para la promoción y vigencia de derechos humanos; formulación de proyectos de convención; convocar conferencias sobre sus ámbitos de trabajo.

- *Consejo de Seguridad:* Es una entidad política creada por la Carta de las Naciones Unidas que apunta a mantener la paz y la seguridad internacional, de ahí que cuenta con facultades para la toma de medidas y de decisiones de carácter obligatorio en pro de estos propósitos. De acuerdo al documento de su creación este organismo principal se conforma por “15 Estados miembros, 5 permanentes y 10 electos cada dos años con un criterio de equidad en la representación regional”, su presidencia se ejerce por rotación mensual y las decisiones se adoptan por mayoría de votos.

Las medidas de este organismo comienzan con una exhortación a los Estados en busca de soluciones pacíficas, luego procede el envío de misiones para recuperar la paz, luego medidas coercitivas y de cooperación para el desarrollo social. Adicionalmente el Consejo de Seguridad puede crear tribunales especiales para juzgamiento de crímenes de guerra, cabe indicar que las decisiones de este ente son de cumplimiento obligatorio para los Estados.

Entre los órganos subsidiarios del Consejo de Seguridad se destacan los Comités de sanciones (ad hoc), Mecanismos Residual Internacional de los Tribunales Penales y Misiones Políticas y operaciones de mantenimiento de la paz⁵.

⁵ Para analizar la composición de este organismo visite el siguiente link: <http://www.onu.cl/es/wp-content/uploads/2011/05/organigramaONU.pdf>

- *Consejo de Administración Fiduciaria*, cumplió con el papel de supervisión de territorios puestos bajo el régimen de administración internacional de administración tributaria –régimen fiduciario–, de ahí que éste órgano se creó mediante la Carta de las Naciones Unidas como un órgano principal de la ONU. Dicho régimen “buscaba lograr la libre determinación o independencia de los territorios que aún no eran autónomos al momento de creación de la ONU mediante la instauración de un gobierno propio o la unión con países independientes” (Bergaglio, 2013, p. 94).

De acuerdo a la finalidad de este órgano principal, y una vez que ya no existen territorios en fideicomiso, el Consejo de Administración Fiduciaria se encuentra inactivo. La suspensión de sus labores se efectuó en el año de 1994, luego de que el último territorio que se encontraba bajo esta figura, alcanzó su independencia.

b) Procedimiento de denuncia ante el Sistema de Naciones Unidas

Los procedimientos de denuncia toman como base la forma de realización de las mismas según como se desarrollaban ante la extinta Comisión de Derechos Humanos, y que más adelante en virtud del ejercicio de petición, con la evolución y reemplazo de este órgano por el Consejo de Derechos Humanos, se incorporó el procedimiento público de examen de comunicaciones de acuerdo al procedimiento 1503, que permiten revelar reiteradas violaciones a los derechos humanos y confidencialidad en cuanto a la denuncia, además de asegurar objetividad, eficiencia y oportunidad.

De lo anteriormente indicado el procedimiento de denuncias “sirve para abordar los cuadros persistentes de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de todos los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales que se produzcan en cualquier parte del mundo y en cualquier circunstancia” (Oficina del Alto Comisionado, 2008, p. 82). Para ello el procedimiento se sustenta en informes provenientes de individuos, grupos u organizaciones que se señalan como

víctimas de tales vulneraciones a sus derechos humanos o que cuentan con vasto conocimiento sobre las mismas.

Con el fin de admitir las denuncias, que tienen el carácter de confidencial, se han señalado criterios de admisibilidad, y dos grupos competentes para examinar y señalar a la atención del Consejo los cuadros de violaciones manifiestas y probadas de derechos humanos. En cuanto a los criterios de admisibilidad del contenido de la denuncia se contempla: la no existencia de motivaciones políticas y compatibilidad con la carta de Naciones Unidas, descripción fáctica de las presuntas violaciones, uso de lenguaje adecuado, presentación por parte de persona o personas cuya pretensión esté fundada en el sentido del contenido de la Carta de Naciones Unidas, no basarse únicamente en informes de medios de comunicación, no encontrarse en curso en otro procedimiento especial del sistema, que se hayan agotado los recursos internos.

En lo referente a los grupos de trabajo, se contempla el primer grupo de trabajo sobre las comunicaciones y el segundo sobre las situaciones, estos grupos tienen establecidas modalidades de trabajo sobre la base del consenso, que abarcan desde criterios de admisibilidad, hasta la cooperación y conocimiento por parte del Estado denunciado con el fin de garantizar que el procedimiento de denuncia esté orientado a la protección y reparación de las víctimas de manera oportuna. Ambos grupos de trabajo de las comunicaciones y situaciones, están encargados de examinar las comunicaciones presentadas y señalar al Consejo, los cuadros de persistente violación de derechos humanos y libertades fundamentales.

En lo concerniente al *grupo de trabajo de las comunicaciones*, tiene como objetivo decidir la admisibilidad de las comunicaciones y evaluar en cuanto al fondo la denuncia, para develar la existencia o no, de cuadros reiterados y probados, de violación de derechos y libertades. En cuanto a la existencia de rechazos de comunicaciones, el grupo presentará un informe de los rechazos tras el informe inicial, puede, además, desestimar un caso. Este grupo transmitirá al grupo de las situaciones un archivo con las comunicaciones admisibles, que incluye recomendaciones.

El *grupo de trabajo de las situaciones*, cuenta con miembros que se desenvuelven a título personal, se basan en el archivo y recomendaciones que le han sido entregados, para estructurar y presentar al Consejo de Derechos Humanos un informe sobre la existencia de cuadros de violaciones reiteradas de derechos y libertades, presenta posibles soluciones, recomendaciones de acuerdo al caso puesto a su conocimiento. Cuentan con la potestad de desestimar un caso. Todas las decisiones de este grupo deben ser cabalmente justificadas.

En este contexto, el Consejo de Derechos Humanos, puede adoptar medidas desde terminar, ampliar, mantener el estudio, aplicar un examen público y nombrar un experto independiente altamente calificado, y, recomendar al alto comisionado la necesidad de que se preste cooperación técnica para brindar asesoría al Estado.

También se han señalado en el Consejo de Derechos Humanos, la posibilidad de la realización de *procedimientos especiales* como mecanismos que sirven para “examinar, vigilar, asesorar e informar públicamente acerca de las situaciones de violaciones de los derechos humanos en un país determinado o territorio, o sobre un fenómeno importante relativo a las violaciones de los derechos humanos en todo el mundo” (Oficina del Alto Comisionado, 2008, p. 82-83), tales mandatos pueden ser: mandatos por país y mandatos temáticos.

c) *Órganos del Sistema de Naciones Unidas que se crean en virtud de los tratados*

Los órganos que se contemplan en este apartado, surgen de la legislación que contiene mecanismos para la aplicación de dichos instrumentos, es precisamente en virtud del carácter vinculante de estos documentos que se hace posible la creación de estos entes.

De manera general estos órganos brindan operatividad a la normativa que emana de convenciones y tratados celebrados entre los Estados en materia de derechos humanos, es por ello que en estos mismos instrumentos internacionales se crean comités que a modo de mecanismos ponen en marcha los acuerdos. Entre los documentos con éste

carácter están los pactos de derechos civiles y políticos, así como el de derechos económicos, sociales y culturales, también las convenciones sobre sujetos de protección especial.

Así entendidos los comités, tienen el fin de velar por el cumplimiento de los documentos a los que los Estados voluntariamente y a través de la ratificación, se han sometido. Estos comités creados por las convenciones entre estados, están integrados por personas expertas en el tema, por ello se enfocan a temas y sujetos especiales, su modo de integración, forma de composición y funciones específicas se encuentran contempladas en los documentos que han sido sustento de su creación.

El período de los integrantes de estos comités es de cuatro años, luego de lo cual pueden ser reelegidos, presentan informes anuales dirigidos a la Asamblea General y lo hacen a través del ECOSOC, el contenido de este documento son los informes presentados por parte de cada Estado, poniendo a su consideración las medidas y acciones tomadas para cumplir cada documento ratificado.

Como ya se ha dicho anteriormente, los Estados al ratificar un convenio adquiere compromisos a ser cumplidos en el orden nacional en diferentes niveles, adicionalmente se insertan dentro de la vigilancia por parte de la comisión. Todo ello es constatable a través de la presentación de informes inicial y periódico a las instancias internacionales, el contenido de los informes versa sobre la legislación nacional, cambios en virtud del alcance de derechos y otras formas de aplicación de los documentos.

Son múltiples los comités creados en virtud de los tratados, y dada la modalidad de su creación, su composición avanza en función de las necesidades de los principales órganos del sistema, veamos a continuación algunos de ellos:

- Comité de derechos humanos: emana del pacto de derechos civiles y políticos es por ello que precautela las medidas que adoptan los Estados en virtud de este pacto. Cuenta con un recurso individual supranacional.

- *Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales:* surge en virtud del pacto del mismo nombre, trabaja con la modalidad de informes, ha incorporado un protocolo adicional que contempla el recurso individual.
- *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial:* Creado en virtud de la convención del mismo nombre, examina medidas de los Estados sobre la aplicación de este instrumento y que constan en los informes, conoce el recurso interestatal e individual supranacional.
- *Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer:* creado en virtud de la convención del mismo nombre, examina los informes de los Estados sobre las medidas tomadas en este instrumento, contemplan el recurso individual supranacional en virtud de un protocolo adicional. Vela por las violaciones relacionadas con la discriminación de la mujer.
- *Comité de los Derechos del Niño:* creado en virtud de la convención del mismo nombre, tiene reuniones anuales en donde presenta sugerencias y recomendaciones para la aplicación de la convención a los Estados. En el marco de estas convenciones se han aprobado otras convenciones.
- *Comité contra la tortura:* se crea por la convención del mismo nombre, realiza vigilancia de los procesos alcanzados por los Estados para cumplir con los compromisos de esta convención. Conoce el recurso interestatal, el individual supranacional.
- *Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias:* Cumple con los fines de la convención del mismo nombre, examina informes, presenta observaciones, conoce el recurso interestatal e individual supranacional y presenta un informe anual a la Asamblea General.
- *El Grupo de los Tres:* Aunque su nombre no figura como comité, su creación se instituye con la misma operatividad de los

demás comités. El grupo de los tres, es creado para vigilar el cumplimiento de la Convención interestatal sobre la represión y el crimen del apartheid y culminó con la eliminación de este régimen en Sudáfrica. Sus funciones eran similares a las de los otros comités.

- *Comité de los derechos de las personas con discapacidad:* Se crea en virtud de la convención del mismo nombre, lleva el seguimiento de sus compromisos. Cuenta con el recurso individual supranacional y monitoreo mediante examen periódico universal.

Los comités realizan los análisis de las comunicaciones en el marco de la confidencialidad, los cuales son públicos una vez terminada su actuación. Trabajan con el principio rector de la concertación en el marco de un diálogo constructivo entre los Estados a través de representantes y los comités, con la finalidad de establecer la cooperación para el cumplimiento de los derechos y libertades contenidos en los tratados.

Para las comunicaciones interestatales e individuales, todos los comités trabajan con dos etapas, según la primera se define la admisibilidad de la comunicación, la segunda analiza el fondo de la comunicación, en cuanto a las pretensiones y las posibles consecuencias. Tanto el autor de la comunicación como el Estado sobre el que versa la comunicación deben cumplir y esperar ambas etapas.

De esta manera se excluye cualquier tipo de modalidad indagatoria, que resulte contraproducente para lograr la cooperación de los Estados y consolidar la colaboración y asistencia por parte de los comités. Finalmente cabe resaltar que esta modalidad de gestión se basa en el principio de buena fe.

2.4. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Con el desenvolvimiento institucional y normativo abordado hasta este punto, es posible afirmar que, en el contexto del perfeccionamiento institucional de los organismos internacionales que trabajan mancomunadamente para mejorar desde diversas aristas la situación de los

derechos humanos en el mundo, en el marco del desarrollo normativo, se ubica la construcción de instrumentos jurídicos que sustenta el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como una disciplina concreta para su ejercicio y promoción.

De este modo “si el reconocimiento de los derechos humanos era un asunto reservado a la exclusiva soberanía de los Estados, actualmente el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos reconoce estos derechos y … ha creado una jurisdicción internacional para su protección por voluntad soberana de los Estados” para tratar de hacerlos efectivos. En esta línea se apuntan aquellos pactos y convenios que establecen la *conciliación y sanción* ante la transgresión de derechos humanos asignando al ser humano la “aptitud para reclamar *por siempre*, siendo esta una de las características fundamentales de este derecho” (Mejía, 2017, p. 40).

Desde esta perspectiva se alinean instrumentos jurídicos como, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), la Convención Americana sobre Derecho Humanos (1969), la creación de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1987) la Resolución 688 del Consejo de Seguridad de la ONU (1991) –sobre el derecho de injerencia– y más adelante la Convención de Roma (1998) –que establece el sistema de derecho penal internacional y la Corte Penal Internacional–, todos los cuales cuentan con este sentido de armonizar y sancionar.

De los instrumentos señalados anteriormente y por su naturaleza, a continuación, se dedica un breve apartado al tema denominado justicia penal internacional, en donde se abordan aspectos relacionados con el derecho de injerencia y el sistema penal internacional.

a) *Responsabilidad en materia de derechos humanos*

La responsabilidad derivada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentra anclada de manera indiscutible con el ejercicio del Derecho Internacional Público, no solo por la manera de creación

de la institucionalidad estructural de los Derechos Humanos, sino de manera esencial por la normatividad y maneras de sustentarse en los ordenamientos internos de los estados, los cuales, a su vez han asumido determinadas obligaciones al adscribirse al sistema.

Esta responsabilidad, nace desde el momento que un Estado, mediante sus procedimientos legales internos decide ratificar o adherirse a un pacto o una convención. De manera general, existen dos teorías estudiadas con respecto a la responsabilidad del estado, la teoría clásica u ortodoxa que refiere que el estado es el único responsable por la vigencia y violaciones de derechos humanos. Y la teoría heterodoxa, que señala que existen otros sujetos diferentes al estado que son responsables de violaciones de derechos humanos.

De este modo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos humaniza al Derecho Internacional cuando a este último ya no le resulta ajeno el tratamiento dado a los seres por parte del poder público “muy por el contrario, por ser los derechos humanos la primera obligación de los Estados, es su deber protegerlos y garantizarlos a todos sus ciudadanos, tanto a nivel interno como a nivel internacional”. No obstante también se han señalado las tensiones y contradicciones en el ejercicio de tales jerarquías jurídicas, por lo que se ha enfatizado en que al aplicarse las normas de derecho internacional y nacional, en donde se involucren aspectos de la normatividad de los derechos humanos “concurren de manera activa y concertada a su finalidad común la protección de la persona humana, se relativiza la jerarquía, no se gradúa en términos escalonados, sino en los de protección, que conducen a armonías e inclusiones atendiendo al principio *pro persona*” (Mejía, 2017, p. 59).

En el marco del Derecho Internacional cuando un estado expresa su voluntad de ser parte de un tratado mediante la ratificación, asume por ello, obligaciones concretas y también deberes, todo lo cual con base al principio *pacta sunt servanda*⁶ debe ser cumplido.

⁶ Sobre los principios como el *pacta sunt servanda* y otros aplicables a los tratados, véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1980) disponible en https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.

Entonces tanto en el ámbito de los Derechos Humanos al igual que en el Derecho Internacional, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1980), los tratados se interpretan en el sentido que, obliga a las partes, y de que el cumplimiento se debe dar de buena fe por parte de los mismos (Parte III, 26, C Viena DT).

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cuestión de responsabilidad se debe distinguir primeramente que los actores que intervienen son dos, el estado, y el sujeto titular de derechos. Es posible analizar la intervención de estos actores desde dos puntos de vista, primero de la relación que surge en virtud del cumplimiento de los derechos humanos de modo general y segundo desde la perspectiva de los sistemas establecidos para la vigencia de derechos.

Desde el primer punto de vista, aunque las violaciones a los derechos humanos pueden provenir de cualquier persona o grupos no estatales “los Estados son los principales titulares de deberes, que asumen obligaciones en relación con los derechos humanos” (Oficina del Alto Comisionado, 2016. p. 33), es de señalar al respecto que, desde la filosofía de los derechos humanos, se identifica aquí, una evolución en cuanto a dicha titularidad, que antes radicaba en los gobernantes, cuya pugna por el poder condujo sendos abusos para perpetuarse y alcanzar intereses económicos individuales, más adelante, con la vigencia de los estados constitucionalistas, la exigibilidad de los derechos humanos como titular del deber corresponde al Estado.

Por lo tanto, de acuerdo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos y como titular del deber “se imponen tres obligaciones a los Estados, el deber de respetar, el deber de proteger y el deber de cumplir...además tienen el deber de proporcionar reparación en el nivel interno en caso de violación de los derechos humanos” (Oficina del Alto Comisionado, 2016, p. 33).

Así pues, en cuanto al deber de respeto “los Estados están obligados a abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos por parte tanto de los individuos como de los grupos”, con ello se evidencia la

prohibición de cualquier acto gubernamental que pueda transgredir el ejercicio de los derechos humanos dada la obligación negativa de intervención” (Oficina del Alto Comisionado, 2016, p. 33-35).

En cuanto al deber de proteger, consiste en una obligación positiva de intervención estatal tanto de prevención como de reparación, es decir, de realizar acciones para la protección de los seres humanos ante posibles abusos de sus derechos, de ahí que el Estado “tiene el deber de promulgar leyes que protejan los derechos humanos, adoptar medidas para proteger a los individuos cuando tenga conocimiento de amenazas a los derechos humanos de los individuos, y garantizar el acceso a recursos jurídicos imparciales en caso de sospecha de violaciones de derechos humanos” (Oficina del Alto Comisionado, 2016, p. 33-35).

Sobre la obligación de cumplir, conlleva también un accionar por parte de los Estados mediante la adopción de “medidas positivas para garantizar que los derechos humanos puedan ser ejercidos”, en este sentido se señala que “el alcance de la obligación de cumplir varía conforme al derecho de que se trate y a los recursos de que disponga el Estado, no obstante, en términos generales se deberían crear las condiciones jurídicas, institucionales y de procedimiento” necesarias para el ejercicio y pleno disfrute (Oficina del Alto Comisionado, 2016, p. 33-35).

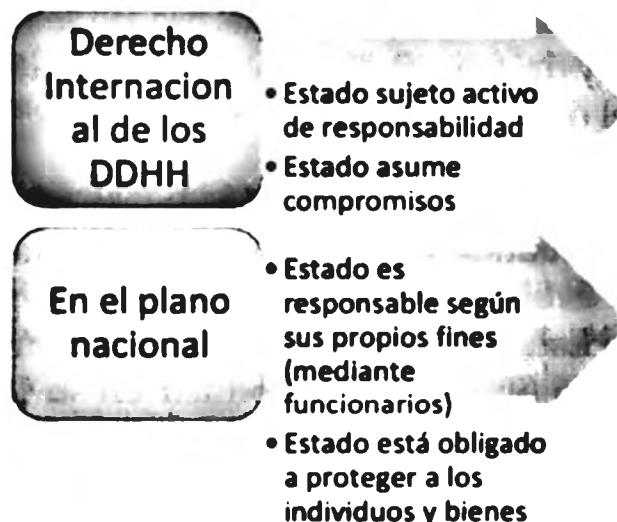
En el orden interno o nacional se prevé la obligación del Estado de reparar, ello cuando por los medios jurídicos establecidos en el sistema se ha constatado que existe responsabilidad estatal por la violación a los derechos humanos faltando a su deber de respeto, protección o incumplimiento. En este sentido el sistema cuenta con los procedimientos judiciales supranacionales, que permiten declarar dicha responsabilidad y por lo tanto señalar su cumplimiento.

La reparación es un elemento del derecho a un recurso efectivo “en los casos en que el Estado es responsable de una violación de los derechos humanos debido a sus acciones u omisiones” (Oficina del Alto Comisionado, 2016, p. 33-35), por ello existen varias formas de reparar

que varían dependiendo de las circunstancias de cada caso y del derecho internacional, en atención a la gravedad de la afectación y un sentido pleno de reparación. De esta forma la Observación general 31 del Comité de Derechos Humanos ha señalado como formas de reparación las siguientes: rehabilitación, indemnización, satisfacción y garantías de no repetición.

Desde todos los puntos de vista el ser humano es el sujeto titular de derechos, quien debe ser protegido y es el sujeto activo de los derechos, con lo cual puede propiciar la exigibilidad de los cuales el Estado es responsable. Estos y otros elementos importantes son visibles en el gráfico que se propone, a continuación:

Gráfico Nro. 5. Responsabilidad del estado en materia de DDHH.



Fuente: Elaboración propia con base en Galvis (2008)

En resumen y como se desprende del gráfico que antecede, existen de manera inicial, dos planos para la protección de derechos humanos, uno internacional y otro nacional, en los cuales el Estado, al haber asumido compromisos internacionales, debe cumplir con determinadas responsabilidades para la vigencia de derechos.

Por lo tanto, el sujeto responsable del cumplimiento de los derechos es el Estado, por su parte las personas, se entienden como los sujetos titulares de tales normas. En este contexto la responsabilidad

nace con la ratificación de un Estado ya sea a un pacto, protocolo o convención que se aprueba en reuniones internacionales cuyo resultado es el establecimiento de uno u otro documento que proclama derechos.

La responsabilidad que asume el Estado involucra la adopción de medidas en diferentes niveles, primeramente, en la constitución, segundo en normas de menor jerarquía, en instituciones públicas; y tercero, adoptar medidas tendientes a precautelar la vigencia de derechos humanos a nivel local. La responsabilidad se deriva tanto por acciones o actos que comete el Estado, como por omisiones, es decir, por aquellos casos en los que el Estado debiendo actuar para garantizar derechos, no lo hace.

Por otra parte, el ejercicio de tales derechos, le corresponde a la persona, quién es titular de derechos, dentro de los límites que de tal ejercicio derivan, y de acuerdo a las normas constitucionales y demás que contemple el orden nacional.

Por otra parte, sobre la interpretación de los tratados de derechos humanos se han debatido diversas teorías entre las que se destacan, la sistemática, la evolutiva y la denominada *pro homine*. Esto considerando que “un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones que resultaren necesarias para asegurar el pleno cumplimiento” (Mejía, 2017, p. 60-62) o en su defecto que se declare su obligación de reparar.

En cuanto a la interpretación sistemática, también denominada universalista señala que “para interpretar las normas de un tratado de derechos humanos se debe tomar en cuenta el *corpus iuris* internacional...apoyado en su doble dimensión...escala mundial y en la dimensión continental...entendidos como una cadena entre otras muchas, todas las cuales componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Mejía, 2017, p. 60-62). De esta forma se comprende una interpretación como un todo, que se encuentra sujeto al plano del derecho Internacional al cual se pertenecen.

La interpretación evolutiva de los instrumentos jurídicos señala que la acción de interpretar debe ajustarse a los hechos y circunstancias de la sociedad, la cual se encuentra en constante evolución, por lo que la interpretación se adecua al momento actual que puede ser diferente a como se desenvolvió el tratado al momento de su adopción. En este sentido los tratados de derechos humanos se consideran “instrumentos vivos, cuya interpretación evoluciona con el tiempo por el obrar del principio de progresividad que impulsa permanentemente el diario devenir de la dignidad de la persona y con ella el aumento de perfeccionamiento de la tutela originaria” (Mejía, 2017, p. 60-62).

Sobre la interpretación *pro homine* o pro persona, emana del objeto principal y fundamental de los tratados de derechos humanos según el cual “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes a su ejercicio o suspensión extraordinaria” (Mejía, 2017, p. 60-62).

b) Justicia penal internacional

Surge como producto de las atroces violaciones a los derechos humanos perpetradas durante las guerras mundiales, por lo que sugiere el establecimiento de una justicia supranacional que se encargue de juzgar a los responsables de estos hechos.

Dada la magnitud de estos acontecimientos un punto neurálgico en el análisis de este apartado es la responsabilidad internacional como consecuencia de los crímenes de guerra y la guerra injusta. De ahí según Galvis (2008) “se puso en evidencia la necesidad de contar con normas sustantivas, procedimientos y una institucionalidad permanente para hacer efectiva la responsabilidad” (p. 265).

De esta manera y en un momento de convergencia entre el sistema universal de derecho humanos y el Derecho internacional humanitario –que es el Derecho de guerra–, surge la necesidad de establecer este mecanismo jurisdiccional para recuperar desde

este aspecto la vigencia de los derechos humanos, cuya operatividad sea aplicada desde el plano supranacional, sobre la base del Derecho Internacional.

Los primeros antecedentes para el estímulo del Derecho Internacional, codificación, y alcance de justicia penal en el nivel supranacional, son los siete principios de Núremberg contenidos en la Resolución 95 (I) de la Asamblea General de 1946, los cuales fueron empleados para realizar los juicios a consecuencia del holocausto. Dicho juzgamiento fue acordado por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (1945) para aplicar un *juicio justo* “a los responsables de crímenes o participación en las atrocidades cometidas por los alemanes en Europa” (preámbulo), en aquel entonces, se debatieron teorías para determinar la responsabilidad de los sujetos y de los Estados, además de reflejarse la necesidad de normas e instituciones especializadas dentro de este ámbito.

Los principios de Núremberg (1946) establecen diversos parámetros en la línea penal, de ellos se destaca el Principio Sexto que establece delitos punibles de Derecho Internacional además de tipificar sus conductas, y definirse categorías:

- “Delitos contra la paz:
 - Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales.
 - Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso previo.
- Delitos de guerra: las violaciones de las leyes o usos de la guerra que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito de la población civil de territorio ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de 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 injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.

- Delitos contra la humanidad: el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil. Las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrarse un delito con la paz o un crimen de guerra, o en relación con él”.

Por otra parte “estos principios definen los sujetos del delito y las circunstancias que no los eximen de responsabilidad” (Galvis, 2008, p. 266), de esta forma, se señala la atribución de responsabilidad, primero a las personas consideradas individualmente por ser los sujetos activos de la agresión, asimismo se atribuye responsabilidad al Estado que debe asumir obligaciones de indemnización y reparación. En este contexto y por mandato de la Asamblea General, la antigua Comisión de Derecho Internacional llevo a cabo tres tareas importantes: formuló los principios reconocidos por el derecho internacional, elaboró el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, y elaboró un proyecto de estatuto para la creación de una corte.

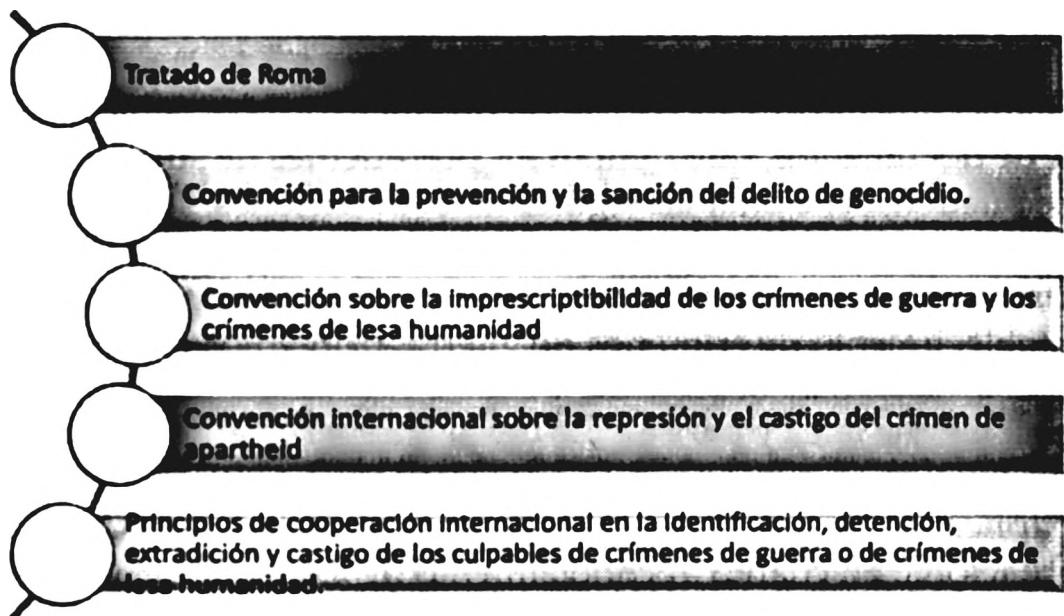
En esta misma línea, en la convergencia de la justicia penal internacional se ubica el *derecho de injerencia* promovido por múltiples documentos del Consejo de Seguridad de la ONU tales como la Resolución 688 (1991), Resolución 713 (1991), Resolución 724 (1991), Resoluciones 740, 162, 764, 771, 780 (1992) que establecen “un derecho-deber de injerencia o, al menos de asistencia por razones de humanidad” (Resolución 688, 1991). En este sentido son números los documentos jurídicos que “reafirman el deber de todas las partes de cumplir con sus obligaciones internacionales y enuncian la responsabilidad de quienes cometan u ordenen la comisión de violaciones a las Convenciones de Ginebra”. (Mejía, 2017, p. 43)

Más adelante como reafirmación a la posibilidad de injerir para cesar las graves violaciones a los derechos de la humanidad, se emiten resoluciones por las cuales se crean tribunales para el cese y juzgamiento de delitos a manera de ayuda humanitaria, se puede señalar aquí el Tribunal para ex Yugoslavia (Resolución 808 del Consejo de Seguridad del ONU de 1993), más adelante dados los graves escenarios de conflictos y en circunstancias de extrema vulneración, el derecho de injerencia ha devenido en intervención armada como se suscitó ante el conflicto de Somalia (Resolución 794 del Consejo de Seguridad de la ONU de 1992). En este sentido el *derecho de injerencia* conduce la intervención de los organismos supranacionales de derechos humanos para remediar la gravedad de situaciones en los contextos de la humanidad, siempre en el marco del procedimiento establecido en el Derecho Internacional y para la salvaguarda del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Con lo señalado en los párrafos que anteceden, y el accionar de los organismos internacionales para la salvaguarda de los derechos, de manera especial ante las graves vulneraciones en contra de los seres humanos en diversos contextos del mundo, en la Convención de Roma de 1998 se establece el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en donde se afirma que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia” (Preámbulo del Estatuto de Roma).

A decir de Mejía (2017) “el proceso del Sistema Penal Internacional se inició con el Tribunal de Núremberg (1945) y Tokio (1946), la creación de las Naciones Unidas...y recibió un fuerte impulso con la creación de dos tribunales *had hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda” (p. 47). La consolidación del mismo, se encuentra en el Estatuto de creación de la Corte Penal Internacional.

Existen múltiples instrumentos jurídicos que sustentan la creación de la Corte Penal Internacional, a continuación, en el gráfico 6 se señalan algunos:

Gráfico Nro. 6. Antecedentes jurídicos de la Corte Penal Internacional.

Fuente: Elaboración propia.

En el flujo que antecede se visualizan algunos de los principales instrumentos convencionales –abiertos para la firma y adhesión de los Estados–, que consolidan el marco de la justicia penal internacional con la primera y única Corte Penal Internacional con tales atribuciones y competencias. De los señalados, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), establece que los responsables de estos crímenes sean juzgados por tribunales nacionales primariamente y luego por la Corte Penal Internacional, dicha entidad que toma fuerza en los años noventa aproximadamente.

b.1. Corte Penal Internacional

La concepción de la Corte Penal Internacional comulga con el derecho internacional humanitario en buscar la humanización de los conflictos y la consolidación de la paz mundial, a través del juzgamiento de crímenes graves en contra de la humanidad, lo cual conduzca a determinar la responsabilidad de los individuos y los estados ante el cometimiento de delitos de trascendencia internacional. En esto último se adscribe en la línea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que

atribuye a los seres humanos la atribución por reclamar ante el atropello de sus derechos, de manera concreta de aquellos operados a gran escala y magnitud que transgreden la vigencia de derechos.

El establecimiento de esta corte es el producto de la expedición de una serie de documentos, que sientan los precedentes de su operatividad, así se pueden mencionar las siguientes convenciones: sobre la sanción del genocidio, imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad, sobre represión del crimen del apartheid, principios para el establecimiento de crímenes de guerra, principios de Nüremberg.

En esta misma línea y para efecto del juzgamiento ante la Corte Penal Internacional, se contempla la competencia, admisibilidad y derecho aplicable. Respecto de la competencia, recae en la Corte Penal Internacional en cuanto al conocimiento de los siguientes delitos de trascendencia internacional: genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y agresión.

Sobre la admisibilidad, como en todo derecho internacional se deben agotar las instancias nacionales, por lo que la jurisdicción de la Corte penal es complementaria a la penal nacional en cuanto ésta no ha sido efectiva para juzgar o la normativa es insuficiente para tratar el tema.

De esta manera las demandas son inadmisibles si aún son motivo de juzgamiento en la instancia nacional, cuando quién es el infractor ya ha sido juzgado y en el caso de que el delito denunciado no sea de mayor gravedad. El procedimiento que se desenvuelve en esta Corte es de tipo penal por lo que el juicio, sanciones y reglas para la ejecución de las penas se realizan en este marco, además, los procedimientos empleados para la investigación de los asuntos sometidos a su competencia, deben realizarse en el marco de respeto de los derechos de los sujetos involucrados.

Sobre el derecho aplicable se acude al Estatuto de Roma, a las normas de derecho internacional humanitario, a los principios que la corte asuma del resto del mundo y a los que emanan de las sentencias de esta misma Corte.

La Corte Penal Internacional cuenta con otros órganos entre los cuales se destacan: la secretaría, fiscalía, apelaciones de primera instancia y temas preliminares, apelaciones y presidencia.

Los Estados deben aceptar los documentos necesarios para someterse a la jurisdicción de la Corte, lo que incluye además aceptar que cuando ratifican el estatuto de Roma, lo hacen de manera completa, por lo que no se contempla la posibilidad hacer reservas (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998).

c) *Derecho Internacional Humanitario*

El Derecho Internacional Humanitario surge como modo de establecer normativa aplicable a los conflictos armados, ya sean de carácter internacional o en el contexto interno. Como sabemos la historia de la humanidad ha sido marcada profundamente por acontecimiento atroces provocados principalmente por los vergonzosos acontecimientos de las guerras mundiales, a partir de lo cual surge la preocupación por la protección del ser humano.

En sus inicios la finalidad apuntó a la protección de personas heridas y prisioneros de guerra, más adelante esta protección alcanzó a los civiles, de ahí que este sería el punto que en cierto modo aproxima, pero también distingue a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Otra de las preocupaciones para el surgimiento del Derecho Internacional Humanitario radica en la impunidad de delitos sobre hechos acontecidos en contextos nacionales, en donde se ha reflejado la incapacidad de los Estados, tanto de la investigación, como de la sanción de delitos.

De esta manera, los organismos internacionales establecidos para la vigencia de derechos, como Naciones Unidas, así como los sistemas regionales, acuerdan la creación de un ente que regule este ámbito. Surge así en el año 1998, el Estatuto de Roma, documento que estipula la "creación y regulación de la Corte Penal Internacional, con

el objeto específico de investigar y juzgar los crímenes de guerra, de lesa humanidad y de agresión de potencias extranjeras" (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998). Lo más trascendental de este ente es que tiene capacidad jurisdiccional, es decir, tiene la capacidad para juzgar crímenes en virtud de la exigibilidad por parte del Estado o individuales, mediante recursos interestatales y supranacionales, respectivamente.

Esta Corte, resuelve aquellos casos en que la jurisdicción nacional, no es suficiente para encontrar una resolución según la normativa nacional, de ahí que muchas veces la jurisdicción internacional logra mayor eficacia. En esta misma línea, las resoluciones que se adopten en este nivel son de cumplimiento obligatorio.

En este punto es importante acotar que, para el sometimiento de un Estado a esta Corte, debe previamente haber aceptado tal jurisdicción a través de la ratificación de tratados y convenios, como el Estatuto de Roma.

El Derecho internacional humanitario tiene un sentido y ámbito de aplicación; es decir, cada uno atiende a una propia naturaleza y características concretas. En cuanto al sentido es el de humanizar la guerra, lo que significa la disminución de la crueldad, hostigamiento, sufrimiento de enemigos, y afectación a civiles; para lo cual existen normas a las que los Estados en conflicto deben sujetarse, el Convenio de Ginebra y sus protocolos.

De lo antes indicado se deduce que el Derecho internacional humanitario es más restringido y está delimitado al tiempo que dure un conflicto, de ahí su denominación como derecho de guerra. En su contexto surge la institución encargada de velar por estos compromisos, así como de la protección de sujetos que es el Comité Internacional de la Cruz Roja; la forma de cumplir con estos propósitos es mediante la diplomacia.

Por su parte, el derecho internacional de los derechos humanos, no tiene esta limitación de tiempo, ni restricciones, ya que goza de

jurisdicción universal, es permanente, y se desenvuelve de manera amplia para hacer de los derechos humanos, normas justiciables bajo un sistema que cuenta con procedimientos establecidos. Para ello cuenta con una importante institucionalidad, organismos, mecanismos, instrumentos normativos, que basadas en el compromiso asumido por los Estados pretende como fin máximo la vigencia de derechos humanos.

Al proteger ambos las normas establecidos sobre derechos humanos, atendiendo a un sentido, naturaleza, atribuciones y características propias; y a pesar de ello encontrarse estrechamente relacionados, es posible afirmar que el Derecho internacional de los derechos humanos, abarca al Derecho internacional humanos.

En esta relación es posible deducir semejanza y diferencias, que radican en su naturaleza, objeto, ámbito de aplicación, sujetos protegidos y la titularidad de derechos, lo invito a apreciar el gráfico 7 a continuación:

Gráfico Nro. 7. Diferencias entre DIH y DDHH.



Fuente: Elaboración propia con base en Galvis, (2008)

Entre las semejanzas se verifican que en ambos casos su sistema se basa en la protección a la dignidad de las personas, que han sido

codificados en convenidos y protocolos, y su ámbito de aplicación territorial se extiende a la jurisdicción de los Estados parte, ambos cuentan con órganos con capacidad jurisdiccional.

Entre las diferencias, tenemos que el Derecho internacional humanitario es más específico, se extiende por el tiempo de duración de un conflicto armado, los sujetos protegidos son los combatientes, civiles y bienes públicos de los Estados, cuenta con un órgano único con capacidad jurisdiccional que es la Corte Penal Internacional y requiere la ratificación del Estatuto de Roma, Convenios de Ginebra y protocolos adicionales.

En cuanto al Derecho internacional de los derechos humanos, se han apuntado previamente los elementos de amplitud, permanencia, la existencia de varios mecanismos para la protección de derechos, varios órganos con capacidad jurisdiccional, así como una multiplicidad de documentos en materia de derechos humanos.

Mucho se ha dicho de la poca eficacia del Derecho internacional humanitario, en cuanto a su propósito de humanizar la guerra, sin embargo, es necesario resaltar que en su ejercicio se han logrado acuerdos importantes y sobre todo se han logrado llevar al ámbito jurisdiccional crímenes de lesa humanidad, que caso contrario se habrían quedado en la impunidad. Se hace lo propio con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no obstante, su normatividad está vigente y permite “impedir la arbitrariedad, limitando el dominio del Estado sobre los individuos...con mecanismos de control muy variados” (Mejía, 2017, p. 46).

d) Sujetos de protección especial

Entendida como la forma de afirmar la igualdad y uno de los atributos intrínsecos del ser humano, este derecho pretende no solo prevenir, sino erradicar de forma completa la discriminación lo que conduzca a la eliminación de las desigualdades.

En tal virtud desde la Carta de las Naciones unidas, contempla directrices para erradicar la discriminación, además se han conformado

organismos con miras a encaminar acciones para el cumplimiento de tales disposiciones. Adicionalmente los instrumentos jurídicos que surgen, con el fin de combatir la discriminación son:

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.
- Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen del apartheid.
- Normas para prevenir y erradicar la discriminación racial en sectores especiales.
- Derechos de las personas pertenecientes a las minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.
- Eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones.

Más allá de los instrumentos internacionales para la protección de derechos humanos desarrollados en el contexto de las Naciones Unidas, el sistema ha emitido documentos de diversa índole cuya finalidad es proteger a determinados grupos, que por su situación requieren especial atención.

Así Galvis (2008) explica que, al ser considerado grupos especiales por el sistema, se hace referencia a “la fragilidad de los grupos para reivindicar sus derechos y para ser reconocidos como sujetos de derechos con la misma autonomía y capacidad de los sujetos plenamente reconocidos por la ley” (p. 157). Es por esta razón que resulta importante tratar de aproximarse a estos grupos de un modo tal, que su tratamiento conduzca a la protección, de ahí que es mejor referirse a estos grupos como dignos de una legislación especializada para el alcance definitivo de derechos.

Con esta consideración previa, se deduce que el desenvolvimiento de estos colectivos se refuerza constantemente mediante el

desarrollamiento del sistema y la emisión de instrumentos jurídicos específicos. Por lo tanto, su evolución se articula con el *poder blando* que ejerce la sociedad, que de manera cada vez mayor se empodera de sus propios derechos, por lo tanto, cabe enfatizar en que, ni los instrumentos jurídicos creados para protegerlos, ni quizás los grupos protegidos, sigan siendo los mismos que se consideraron *a priori*, revisemos brevemente algunos de los más relevantes.

- **Mujeres**

El desarrollo de instrumentos jurídicos concerniente a los derechos de las mujeres ha evolucionado de manera importante, esto por cuanto desde la misma visión y concepción de la humanidad respecto de los derechos de la mujer, han atravesado contradicciones que evidenciaron la existencia de desigualdades sociales, en las cuales la mujer era desfavorecida.

La exigibilidad de derechos de la mujer se convierte entonces en uno de los principios de la democracia y entra en vigencia a partir del siglo XX, es así que se retoman en la Carta de las Naciones Unidas, de igual modo se han desarrollado organismos especializados en asuntos de las mujeres.

Además, existen instrumentos jurídicos que siguen desarrollándose con miras al alcance de un equilibrio entre algunos de ellos tenemos:

- Convención sobre los derechos políticos de la mujer.
- Declaración sobre eliminación de la discriminación contra la mujer.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres.
- Niños y niñas

Serían dos las razones que condujeron a la ONU a la adopción de medidas para la protección de los niños, por una parte, la falta de

madurez física y mental hace que el niño necesite cuidados adicionales o una protección reforzada, por otra parte, la protección que la humanidad debe al niño.

Entre los instrumentos jurídicos desarrollados para amparar los derechos de niños y niñas se encuentran:

- Convención sobre los derechos del niño.
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.
- Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- Pueblos y comunidades indígenas

Este derecho surge aproximadamente en el siglo XX, su finalidad es erradicar el colonialismo y empoderar a los pueblos en su derecho a autodeterminarse, lo que los faculta a tomar sus propias decisiones.

En este sentido y al elevarse este derecho a la categoría de derecho humano, se han concretado instrumentos que promueven la vigencia de este derecho, partiendo por su consagración como norma de derecho internacional en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos; y, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como se analizó previamente.

Otros documentos que promueven este derecho son: la declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales; y, la resolución sobre el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales.

En tal virtud, el reconocimiento de derechos de estos colectivos consiste en la toma de conciencia de que la historia de discriminación ha

empujado a este colectivo a una ausencia forzada por el colonialismo, que negó incluso al indígena su calidad de seres humanos.

De ahí que el reconocimiento de derechos de los colectivos indígenas implica no sólo su existencia, sino su autonomía para asumir decisiones en estricto respeto a su cultura, de ahí que entre los instrumentos jurídicos que se especializan en este ámbito tenemos:

- Declaración de los derechos de los pueblos indígenas.
- Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
- Personas en situación de discapacidad.

Como se va advirtiendo los procesos de especificación abarcan a grupos de personas que por su estado de desigualdad requiere de una protección reforzada, así es el caso de las personas con discapacidad.

Al igual que otros grupos, la percepción de las personas con discapacidad era distinta, al punto de que en sus inicios se reconocían como grupos que requieren de protección hasta ser más adelante reconocidos como sujetos titulares de derechos.

Entre los instrumentos jurídicos desarrollados en virtud de la protección a las personas con discapacidad están:

- Declaración de los Derechos del Retrasado Mental.
- Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental.
- Declaración de los Derechos de los Impedidos.
- Adultos mayores

En contraposición a otros colectivos cuyo desarrollo ha ido transformando la percepción para la exigibilidad de derechos; en el caso

de los adultos mayores se entiende la existencia de un vacío para la exigencia de derechos.

De este modo los esfuerzos por conformar instrumentos normativos destinados a la atención de este grupo se empiezan a hacer visibles en el año 1948 de la mano de los órganos de la ONU, de ahí que sobre instrumentos jurídicos para la protección se señala se señala en 2015 la siguiente:

- Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores.
- Personas en situación de migración.

La necesidad de alcanzar condiciones de vida óptimas ha impulsado a las personas a trasladarse a otros países lejos de su lugar de nacimiento, los motivos para ello son múltiples entre las cuales se destacan factores económicos, sociales, políticos, etc.

De la causa que motiva el desplazamiento del individuo o individuos, deriva la clase de migración, esto se vincula estrechamente con el ánimo de trasladarse, por lo tanto, los tipos de desplazamiento son: voluntario u obligado.

Este fenómeno ha sido motivo de preocupación, desde el momento en que las migraciones se hicieron masivas y los países receptores tomaron medidas para frenarla, a pesar de que estas medidas se constituyeron en violatorias de los derechos humanos.

Es por ello que, desde las instancias internacionales para la defensa de los derechos humanos, se consolida la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, como instrumentos que permitan a los Estados asumir compromisos para salvaguardar los derechos de este grupo.

Adicionalmente y a modo de cierre podrá conocer la situación respecto de los derechos de los defensores de los derechos humanos y sobre la declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz.

e) Género y derechos humanos

Las transformaciones históricas, construyen y trastocan el contenido de los derechos fundamentales, según las necesidades que emanan de la sociedad, así pues, la noción actual de derechos humanos, no es la misma que hace siglos pasados. Sin embargo, los enunciados de estos derechos en el contexto global, mediante la Declaración Universal de Derechos Humanos, son la evidencia de que, un sistema de valores es consensuado por la sociedad y se reconoce válido para toda la humanidad.

En este sentido, tal sistema de valores según Bobbio (1991) se funda de tres maneras, “deducirlos de un dato objetivo constante, por ejemplo, la naturaleza humana; considerarlos como verdades evidentes por sí mismas, y, finalmente descubrir que en un determinado período histórico son generalmente consensuados (la prueba, precisamente, del consenso)” (p. 64, 65). De ello se establece que, la primera forma; es decir, el deducirlos como un dato objetivo constante atendiendo a la naturaleza humana, ofrecería una mayor garantía de validez universal de tales prerrogativas; aunque, la noción de un consenso de la naturaleza humana en un período histórico, es el que, mayormente ha tenido desarrollo filosófico.

De la segunda y tercera forma de fundarse el sistema de valores; es decir, considerarlos como verdades evidentes y descubrir que han sido consensuados, recae la clara evidencia de que, históricamente ha sido complejo establecer un consenso universal, de aquellos valores que deben reconocerse como una verdad evidente; lo cierto es que, en este contexto, la Declaración Universal de Derechos Humanos como instrumento, atiende a una universalidad más bien de hecho.

Ante esta aparente noción imprecisa de valores universales, que acarrea una carencia de sustento absoluto de los derechos humanos, se suscita más bien una fundamentación relativa, que pone en evidencia una aparente crisis de fundamentación de tales derechos. No obstante, a decir de Bobbio (1991)

“el problema que se presenta no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son

estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados". (p. 64)

Con este antecedente, los derechos humanos en el contexto actual, requieren más allá de atender su problema de justificación, centrar la atención en los mecanismos por los cuales puedan ser efectivamente realizados; es decir, se requiere superar el problema de su validez, para centrarse en el sentido de su eficacia y protección.

De ahí que, la noción de derechos humanos destinados para el individuo es una percepción ampliamente aceptada, como un punto de partida desde el que, la especie humana puede acceder a la protección, tomando como base estos estándares de derechos. Sin embargo, y pese a la contundencia del estándar establecido, la pretendida universalidad de derechos, resulta excluyente para ciertos grupos específicos, entre los que se encuentran las mujeres, de ahí lo necesario de su redefinición.

En este contexto, al revisar el modo en el que se articuló la titularidad de derechos a los individuos, como partícipes de una vida social en donde la mujer fue excluida, tenemos dos momentos importantes: primero, el reconocimiento de la ciudadanía, en donde la mujer no cumplía con los requisitos para alcanzar dicho estatus, por lo cual se estableció su ejercicio de derechos, a través del padre o el esposo; segundo, dado que la atribución de derechos se enlazó inicialmente al contexto laboral que correspondía a la esfera de desenvolvimiento masculino, la mujer fue relegada de sus derechos laborales.

En este sentido, la transformación de derechos según la perspectiva feminista, redefine al conjunto de derechos humanos; de ahí, que "el concepto de derechos humanos no es un concepto estático o propiedad de un solo grupo, más aún, su significado se amplía al tiempo que la ciudadanía redefine sus necesidades y deseos en relación con ellos" (Maquieira, 2010, p. 99). En consecuencia, la redefinición de derechos humanos según el feminismo, promueve su pertenencia

como colectivo, a los estándares de derechos humanos establecidos; así también, el reconocimiento sobre la vulneración de derechos de la cual es sujeto en múltiples contextos.

No obstante, para el caso del colectivo femenino, los antecedentes históricos evidencian un reconocimiento tardío y progresivo de derechos, lo que conlleva la posibilidad de interpretar que, la mujer es un ser objetivamente vulnerable, o que su humanidad se ha hecho vulnerable, dados los antecedentes de discriminación, desigualdad y restricción de derechos que le preceden. Otra posible lectura, de esta lentitud, podría darse con relación a que, el reconocimiento de derechos de la mujer, se articula con ambas esferas, pública y privada, en donde se requiere intervención estatal, a fin de develar las vulneraciones suscitadas a lo interno de la esfera doméstica; tales como, la violencia intrafamiliar, ejercicio de derechos sexuales, reproductivos, entre otros.

Desde esta perspectiva, la posibilidad de análisis para el alcance de derechos femenino, ha sido posible dado el contexto de propagación y evolución de los movimientos de mujeres en el ámbito internacional, cuya exigibilidad ha dado cabida a la redefinición de los conceptos sobre desarrollo, democracia y derechos humanos. A partir de ello, se establece una relación histórica y filosófica, entre las demandas feministas y los derechos humanos; desde donde, estos últimos, recibirían un aporte sustancial del pensamiento feminista, en cuanto a la tesis de reconocimiento de derechos de las mujeres en su calidad de seres humanos; y por tal, de su estatus de sujetos de tales derechos.

En este escenario, se hace evidente que, a pesar de los importantes avances en materia de derechos humanos, la realidad muestra grupos que evidencian mayor vulnerabilidad de derechos, por tal motivo, estos colectivos refieren la necesidad de lo que se ha descrito como una protección reforzada. Así pues, en el marco de convergencia analítica entre exigencias feministas y reconocimiento de derechos humanos, el colectivo de mujeres ha sido agrupado dentro del proceso de especificación de derechos, que responde a intereses de aquellos

colectivos sociales, cuya particularidad, es su estado de mayor afectación y vulnerabilidad.

En este sentido, el proceso de especificación de derechos, reconoce la mayor afectación o situación de desventaja, de la que han sido sujetos determinados grupos, lo cual los ha colocado en situaciones de mayor vulnerabilidad de derechos; ante lo cual, se requiere de una doble protección; por una parte, del reconocimiento general de su calidad de seres humanos en los instrumentos internacionales, y, por otra parte, de una protección más específica, mediante instrumentos de protección directa, que abordan concretamente sus necesidades. De ahí que, la especificación de derechos y los mecanismos creados para el efecto, reflejan también, una respuesta a estos grupos, como resultado de sus luchas históricas.

A partir de la visión integradora de derechos humanos, alcanzada mediante la filosofía política y social del feminismo que introduce la perspectiva de género, se establece un marco de reconocimiento y modernidad democrática, que toma como punto de partida la igualdad; de ahí que, según Cuesta y Santana (2014) "la igualdad es un principio y también un derecho, el derecho a no ser discriminado, entre otros, por razón de sexo" (p. 161); así entendido, la igualdad lleva implícito la prohibición de discriminar; es decir, ambas se derivan de este principio legal y establecen un derecho encaminado al alcance de una igualdad efectiva, entendida, no como un mismo tratamiento para todos los casos; sino más bien, incluye tratos diferenciados que se justifican mediante criterios de razonabilidad y objetividad, o según lo analizado en apartados previos de este trabajo, igualdad en la diversidad.

Así pues, en el contexto internacional la mayoría, de instrumentos internacionales de los derechos humanos, han establecido entre sus principios, el de igualdad y no discriminación por razón de género, lo cual les atribuye un carácter y reconocimiento universal, como principios máximos de los derechos humanos. En este sentido, la Declaración de Viena (1993) señaló que "los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible

de los derechos humanos universales” (Declaración y Programa de Acción de Viena, parte I, párrafo 18).

Desde otra línea de acción, los organismos de defensa de los derechos humanos verifican entre los países miembro, que el ente estatal desarrolle una labor de promoción de derechos de las mujeres, he incorpore dentro de las agendas políticas de desarrollo nacional, la eliminación de las desigualdades y prohibición de exclusión. Pese a ello, y al ser la discriminación en razón de género tan antigua, se evidencia que su práctica, persiste a través del tiempo, es más, se extiende perjudicando “a mayor número de personas; es la que más formas reviste y la más primaria, porque a ella se suman todas las demás discriminaciones” (Cuesta y Santana, 2014, p. 162); de ahí que, el principio de igualdad y no discriminación por razón de género, sigue siendo transgredido y se mantiene firmemente arraigado en las sociedades actuales.

De tal modo, pese a que, en el marco de exigibilidad de derechos, los logros alcanzados, han conllevado el reconocimiento de derechos que incluyen la ciudadanía, desarrollo, derecho a una vida libre de violencia, derechos sexuales, reproductivos, medio ambiente y derechos respecto de identidades étnicas y raciales. Sin embargo, la consagración normativa, dista mucho aún de una suficiente amplitud, para los problemas que sigue enfrentando la mujer; de ahí que, las campañas promovidas por diversas organizaciones de mujeres han puesto mayor atención, en hacer visible la situación de la violencia de género como un problema de las democracias.

En tal virtud, el problema de la violencia de género en la actualidad, se presenta como uno de los principales objetivos de la perspectiva feminista en el contexto jurídico y social, de ahí que, las sociedades se concentran en la disminución y eliminación de esta problemática, incorporando para ello cambios normativos, políticas públicas, instituciones que velan por la protección de derechos e instrumentos jurídicos multilaterales.

La violencia se traduce en uno de los mecanismos para legitimar la subordinación y segregación femenina, en este sentido, a decir de

Marugán y Miranda (2018) “es un concepto analíticamente construido, que responde a una realidad tremadamente dolorosa y compleja” (p. 269). En este sentido, la realidad sobre la violencia, traduce que su práctica se ha naturalizado, de modo que no distingue entre procesos ni contextos, sino a un estado de normalidad o de aquello que resulta inevitable.

Desde la perspectiva de creación de instrumentos jurídicos, uno de los principales instrumentos normativos instituidos en el marco internacional de derechos humanos de las mujeres, con el propósito de aunar esfuerzos para erradicar la violencia de género, es la Declaración sobre la Eliminación de Violencia contra la Mujer (1993), cuyo artículo 1 señala que:

“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como amenazas a tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”

En esta definición se destacan importantes enfoques del feminismo, con relación principalmente a los actos de violencia en la vida privada, lo cual coloca en tela de discusión aquellas acciones de agresión a la mujer que, por estar en un ámbito de la vida familiar se hicieron invisibles, en este sentido se hace evidente que

la violencia contra las mujeres ha existido siempre, pero la consideración del fenómeno como un quebranto de los derechos humanos ha sido muy reciente y ha requerido de un ejercicio de extrañamiento de la aceptación del dominio masculino en las relaciones inter generos para que se conceptualizara y observara (Marugán y Miranda, 2018, p. 268).

En definitiva, las demandas progresistas en el contexto de género y de la eliminación de la violencia per se, se traducen como aquellos hitos en los cuales se verifica el avance y funcionamiento sostenible de los estados democráticos, que asumen de manera consiente la articulación de los principios de la democracia con un mejoramiento

de la calidad de vida de la mujer, como un “anhelo ético y objetivo político de construir una modernidad democrática que albergue una vida pacífica para las mujeres y para todos” (Díaz y Dema, 2013, p. 326). Sin embargo, tal y como se puede deducir, la exigibilidad de derechos humanos para la mujer, recaen nuevos paradigmas, que perjudican su acceso a la democracia, al estado de bienestar y por lo tanto al ejercicio de sus derechos humanos.

e.1. La violencia de género en el contexto de exigibilidad de los derechos humanos de la mujer

De modo general, la palabra violencia tiene muchas acepciones, dependiendo del ámbito en donde se emplee, expresa situaciones en donde se utiliza la fuerza, con motivo de imponerse a la voluntad de otro. En este sentido, la polivalencia del término, puede conllevar a describir desde actos de grupos armados, hasta aquellos actos entre individuos particulares; es por este motivo, que se atribuye al término, un carácter sobre significado; es decir, se le asigna un significado, tomando como punto de partida, el tipo de violencia, la persona que ejerce el acto, y el espacio en donde se genera.

Así pues, según Ávila, Salgado y Valladares (2009)

todas las personas somos vulnerables frente a uno o varios tipos de violencia y les corresponde a los estados democráticos el mandato de generar las condiciones o crear los mecanismos para defender o proteger a las personas de las varias formas de violencia que nos rodean (p. 400).

Desde el ámbito de las mujeres, la carencia de esta protección se refleja, cuando la fuerza expresada desde sus diferentes formas, no se verifica como una forma de violencia, sino como una manifestación de una cultura o grupo, en el ejercicio de manifestaciones del poder; así entendida, la violencia se constituye en una grave violación de derechos humanos que afecta a las mujeres de un modo desproporcionado.

De tal manera, la violencia se encuentra presente en los diversos contextos de la sociedad, lo cual se enlaza con la construcción y

establecimiento de relaciones de poder que se asocian al aspecto biológico, tanto del hombre como de la mujer, en este sentido, la violencia puede ser analizada como la imposición de un modelo preconcebido y naturalizado, el “que beneficiaba a los hombres, que los convertía en protagonistas y en sujetos activos de los derechos y del poder, y que nadie había cuestionado su lugar en la sociedad” (Salazar, 2013, p. 34). De ahí que, desde la teoría feminista y el activismo social, se promueve el análisis de la violencia, lo que ha hecho posible su visibilización, como una problemática que requiere la intervención jurídica, estatal y social; es decir, sacar a la luz a la mujer como sujeto activo, cuya afectación de derechos fundamentales, evidencia un estado de vulnerabilidad, que debe ser reivindicado; o, dicho de otro modo, es necesario dar cabida a lo privado como asunto de interés público.

De tal manera, la teoría feminista ha categorizado al tema de la violencia de género y sus causas, como un asunto estructural, ya que este tipo de prácticas, afectan las condiciones de vida en que vive la mujer, en el espacio público y privado. En este sentido, cabe subrayar que, la violencia contra la mujer, se produce en los dos ámbitos y no se restringe al abuso físico únicamente; sin embargo, su finalidad se enfoca en mantenerla en un estado de represión, que la ubica en una jerarquía social inferior, y limita su proyección para desenvolverse y desarrollarse en la sociedad.

Con tales antecedentes, la violencia estructural vista en el entorno social, como naturalizada o normalizada, hace que esta problemática sea imperceptible para la sociedad e incluso para la propia víctima que teme transgredir el modelo establecido. De tal manera, la violencia resulta un mecanismo eficaz para el mantenimiento del estado de dominación cultural patriarcal, que se afirma en entramados culturales, jurídicos sociales y políticos.

Así pues, la relación entre hombre y mujer adquiere un desenvolvimiento natural, dentro de los parámetros establecidos en el modelo cultural dominante de características patriarcales, que se articula con orden natural en donde la mujer es un mero objeto. Este modelo patriarcal, según el contexto, adquiere distintos rasgos del entorno, que

legitima la desigualdad. Se teje así la violencia, unida a la construcción de identidades de género, renombrada como violencia simbólica, que puede afectar a cualquier persona que no cumpla sus imperativos.

La violencia simbólica, a decir de Gil (2007) es un proceso que

se interioriza en los sujetos e influye en el comportamiento de cada ser, tan insidioso e invisible, que se impregna en los cuerpos, en las emociones, en los comportamientos, y no se puede desligar de cómo nos constituimos como hombres o mujeres (p. 20).

En esta misma línea respecto de la violencia simbólica Butler (2006) intenta explicarla como un duelo que

contiene dentro de sí la posibilidad de aprehender la socialidad fundamental de la vida encarnada, las formas por las cuales estamos desde el principio, y en virtud de ser seres encarnados, ya entregados más allá de nosotros mismos, implicados en vidas que no son las nuestras (p. 41-42)

Así entendida, la violencia simbólica requiere de asumir por parte de los sujetos el modelo, a cambio de ser aceptado socialmente; es decir, la necesidad de conformar vínculos afectivos con los otros, lo que conllevaría la aceptación de estas jerarquías, lo contrario implicaría la inexistencia y el rechazo por parte de la sociedad. De tal manera, se traduce una condicionante que, al limitar el desenvolvimiento de la persona como individuo primero, y luego como miembro de la sociedad, se extiende como una problemática del contexto político.

Desde el punto de vista jurídico, la violencia acarrea la transgresión de derechos particulares del ser humano, por acciones que atentan contra su propia dignidad; de ahí que, la crítica feminista al derecho, también pone en evidencia que el sistema normativo, se vuelve un mecanismo que mantiene el esquema de desigualdad. Así pues, las leyes se habrían afirmado como garantes de la estructura de violencia, en cuanto no aseguran soluciones a la erradicación de la conflictividad.

Así, por ejemplo, en el plano histórico normativo, el tratamiento de la violencia sexual, ha sido el reflejo de la desigualdad social

—ampliamente denunciada por el feminismo jurídico—; ya que, el derecho penal, para la descripción de conductas y tipos penales, ha hecho prevalecer el uso de terminología, que atañe a la moralidad, al establecimiento de valores en torno a la mujer y a su cuerpo; lo que disminuye las reales posibilidades, para la exigibilidad de sus derechos, “porque el bien jurídico protegido son la honra, la virginidad o el honor, y no los sujetos jurídicos concretos que la viven” (Ávila, Salgado y Valladares, 2009, p. 407). De este modo, la defensa del imputado se esfuerza, al enfatizar que sus acciones, son la consecuencia del comportamiento femenino, en este sentido, la conducta del agresor se justifica legalmente.

No obstante, las nuevas percepciones sobre violencia sexual, refieren el ejercicio de una relación de poder mediante el ataque del cuerpo femenino, en donde el agresor pretende someter e invalidar la posibilidad de consentimiento de la agredida; de ahí que, desde esta amplia comprensión, la mujer es sujeto de derecho y por tal, hace exigibles la vulneración de tales prerrogativas. Así pues, desde los nuevos enfoques penales, la definición de violencia incluye la afectación de la integridad de la persona, mediante el ejercicio de la fuerza —física, sexual, psicológica—, con el afán de imponerse a su voluntad para lograr anular, intimidar y controlar a la persona. De tal manera, la violencia contra las mujeres, puede ser también una forma de tortura, puesto que según Qureshi (2013) puede compartir aquellos elementos que la constituyen

“1) dolor y sufrimiento físico o mental severos; 2) infringidos en forma intencional; 3) para propósitos específicos como castigar, intimidar a la víctima u otro motivo basado en la discriminación de cualquier tipo; 4) con alguna forma de participación oficial ya sea activa o pasiva” (p. 43)

En este contexto, la violencia sexual, se constituye en una transgresión de derechos humanos, dado que atenta contra las libertades y derechos de la mujer tales como la vida, la prohibición de torturas, tratos crueles, derecho a la protección, a la igualdad, entre otros. Así también, los ámbitos en los que puede presentarse son diversos; así tenemos el ámbito laboral, político, educativo y principalmente en

el ámbito familiar o de las relaciones afectivas; lo que por una parte confirma la existencia de un estado de desigualdad, y por otro afecta gravemente al desenvolvimiento personal.

De los múltiples contextos apuntados, es en el ámbito intrafamiliar o doméstico, en donde ha resultado más difícil de evidenciar, no solo en la sociedad sino también en el Derecho, ya que se ha desarrollado en la esfera privada y más íntima; es decir en las relaciones erótico-afectivas entre hombres y mujeres; sin embargo, se convierte en uno de los tipos más limitadores y extremos que restringen el desarrollo de la mujer.

La violencia sexual en el ámbito doméstico, en sus inicios se asoció a tres argumentos; primero, que se genera únicamente en clases sociales de escasos recursos económicos, sociales y educativos, sin embargo, los estudios ampliamente desarrollados sobre el tema, dan cuenta de que esta problemática se genera en todos los estratos de la sociedad; segundo, que las causas que la provocan son el alcoholismo o enfermedad mental del hombre, según lo cual se “niega toda la responsabilidad en cuanto a conducta y voluntad” en el hombre. (Gil, 2007, p. 40); y, tercero que es producto de una provocación por parte de la mujer, lo que tiende a justificar la conducta del hombre y atribuye la responsabilidad del acto a la mujer. En esta misma línea, dichas creencias, tratan de ocultar la existencia de violencia estructural, que, al ser visto de manera simple, termina por hacer notar los aspectos netamente superficiales del problema.

En efecto, la violencia dentro de la pareja, según Gil (2007) no se desarrolla de forma constante sino por ciclos “puede haber períodos de calma y afecto intercalados con episodios de violencia” (p. 46). Así se distinguen, la acumulación de la tensión en donde se presentan reacciones intensas y desproporcionadas, estallido de la violencia en donde se producen las reacciones violentas y fase de manipulación afectiva en donde se trata de minimizar la agresión para recuperar la confianza de la persona que ha sido agredida.

Desde otra perspectiva, con el fin de evitar que la violencia se reduzca a experiencias particulares exclusivas de quienes la sufren,

diversos estudios –entre los cuales se encuentra los feministas y los de género–, han logrado conceptualizar los tipos de violencia denominando sus formas, asignando categorías, lo que atribuye existencia social al problema. No obstante, el verdadero problema jurídico de la violencia sexual en el ámbito penal, recae en que el elemento objetivo a juzgar, se establece en el agresor y no en la víctima; de ahí que, a decir de Ferrajoli (2009) en dicho elemento “la parte ofendida, es la única que puede cualificar un hecho como violencia o como molestia sexual, nominarlo como tal en cuanto sea para ella subjetivamente molesto o no deseado, que es una cuestión diversa e independiente de la prueba” (p. 87).

Retomando la violencia desde su amplitud, se enfatiza entonces en que, existe una relación estrecha, entre identidad de género y práctica violentas, configuradas en la realidad social e histórica; desde esta perspectiva, el lema “lo personal es político” (Millet, 1995, p. 68) cobra total sentido. En el caso de la mujer a decir de Kelly (1988) “se trata de un continuum que emplea diversos modos para lograr la opresión” (p. 71-72); de ahí que, sus expresiones traducen el uso de la fuerza masculina para controlar a la mujer. Es por ello que, el establecimiento de la violencia contra las mujeres, como violación de derechos humanos, conlleva al análisis de este problema como un fenómeno integral, que se comete sobre un sujeto con plenos derechos.

En este sentido, la perspectiva de género permite abordar no sólo el análisis del problema, sino ha conllevado a la implementación de estrategias para combatirlo y eliminarlo; para ello, el Derecho y el ámbito de los Derechos Humanos de manera especial, se consideran instrumentos importantes, para promover el verdadero cambio en la sociedad, ya que han permitido implementar acciones para denunciar, demandar, castigar y hacer visible el contexto de vulnerabilidad de la mujer y la necesidad de su protección.

Así pues, el comprometimiento universal y mundial con los Derecho Humanos, permite que los estados, al ratificar instrumentos internacionales, adquieran la obligación de adecuar su derecho interno, para generar cambios en cuanto a todas las acciones atentatorias de

derechos. De este modo, el diseño de propuestas para el tratamiento jurídico de la violencia, debe ser planteado e implementado por los estados, mediante políticas públicas y normas tendientes a reivindicar las situaciones de vulneración.

Finalmente, es importante resaltar que, tanto la generación de instrumentos jurídicos e instituciones en el ámbito internacional, así como, la adecuación normativa de los contextos nacionales, en materia de derechos humanos de las mujeres y en concreto de la violencia, se constituyen en grandes avances para el enfrentamiento de este problema. No obstante, queda mucho camino por recorrer, desde donde se haga posible el tratamiento de temas como, la concepción de los administradores de justicia, el personal que recepta denuncias, la arraigada noción patriarcal respecto de la costumbre cultural y mucho más allá, los nuevos escenarios y contextos de violencia para la mujer, conducen a que en el tratamiento de esta problemática, no solo se enfatice en la responsabilidad estatal, sino también, se devuelva la mirada hacia una reevaluación, de la misma responsabilidad social.

CAPÍTULO 3

3. Sistemas Regionales de Protección

Como se ha venido revisando, la concepción internacional de derechos humanos es el producto de siglos de evolución histórica, social y política. De la misma manera el progreso en cuanto a la vigencia de estos derechos en ámbitos regionales, implica la aceptación del denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte de los Estados que se encuentran próximos regionalmente.

En el plano regional, se entiende la composición de entes supranacionales para la protección de derechos humanos en las diversas regiones a nivel del mundo, por lo tanto, para que operen las garantías establecidas a este nivel, un Estado debe expresar su voluntad de someterse a los mecanismos del sistema mediante la ratificación de convenios y protocolos.

El nivel de comprometimiento de estos Estados con la concepción misma de Derechos Humanos, responde a diferentes momentos históricos, sociales y políticos. Es por ello que los sistemas regionales refieren un desarrollo desigual que difiere uno de otro.

Previo a realizar el estudio de los sistemas regionales para la protección de derechos humanos, se anticipa que los más representativos son el europeo e interamericano, los cuales han reportado importantes avances en el ámbito jurisdiccional y consultivo para el fortalecimiento de la vigencia de los derechos humanos.

3.1 Procesos en construcción

a) Asia

En ésta región no se registra aún la estructuración de un sistema regional de derechos humanos, esto debido según Galvis (2008) a la “complejidad cultural que caracteriza esa parte del mundo” (p. 279), que refiere obstáculos políticos e ideológicos. De esta manera en la región asiática compuesta por una diversidad de culturas, ha prevalecido el componente religioso cultural por sobre

la estructuración de una visión basada en la vigencia de derechos humanos.

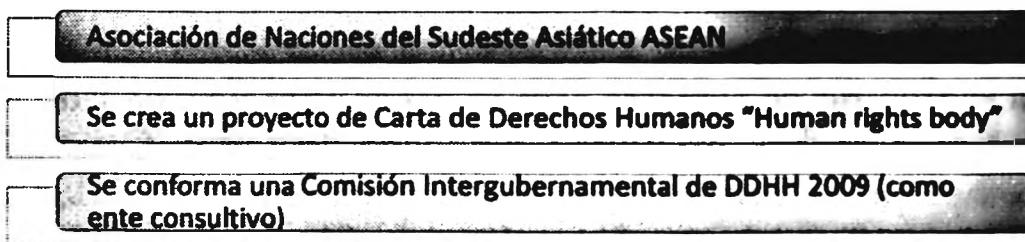
Esta región se compone de subregiones en donde se han conformado asociaciones, comisiones y ONGs que reportan algunos avances, entre los cuales está el de identificar aquellos problemas de la región que se alinean con la cultura de los derechos humanos.

Además, se ha venido impulsando un proyecto de Carta de derechos humanos del Pacífico, se han establecido en algunas de sus regiones la identificación de derechos y deberes básicos de la población que se relacionan con los derechos individuales y colectivos; se contempla además la responsabilidad del Estado para el cumplimiento de estos derechos. En otras regiones se han registrado avances en cuanto al análisis sobre el tratamiento de violaciones de derechos y sobre las formas de su prevención.

El avance de mayor relevancia según Carvajal (2016) es el resultado de la realización de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos que tuvo como resultado la proclamación de la Declaración de Bangkok (1993), adicionalmente se registran el Seminario de Teherán (1998), la Carta Asiática de Derechos Humanos (1998), Seminario de Beirut Islamabat (2003), Foro Asia Pacífico y Declaración Phnom Penh (2012).

Los avances de este sistema en construcción se visualizan en el gráfico 8 a continuación:

Gráfico Nro. 8. Avances de la región.



Fuente: Elaboración propia con base en Pastor y Acosta (2014)

El gráfico que antecede muestra los primeros avances importantes que registra la región, destacándose principalmente la conformación de la Carta de Derechos Humanos cuyo contenido se enfoca desde el punto de vista de la sociedad civil, se pueden constatar temas sobre niños, mujeres, ancianos, refugiados principalmente. Adicionalmente se conforma en el año 2009 una comisión intergubernamental de naturaleza consultiva.

b) *Los Derechos Humanos en los Países Árabes*

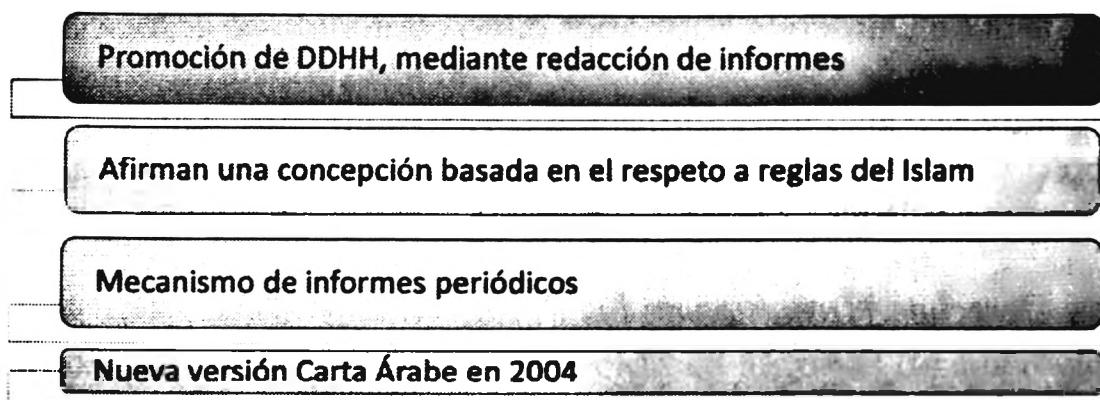
La concepción de Derechos Humanos en la región, está vinculada al aspecto religioso específicamente al Islam, como credo que predomina en el contexto, de esta manera se refleja una resistencia en cuanto a la aceptación de una cultura externa relacionada directamente con los derechos humanos.

En tal virtud el Islam ha promovido sus propias nociones de derechos humanos, las cuales emanan de manera directa de sus propios postulados⁷. De ahí que existan contraposiciones entre los criterios de la concepción internacional y la visión desde el punto de vista árabe en donde prevalece el pensamiento religioso.

Pese a la inexistencia de un sistema de derechos humanos en esta región, según Carvajal (2016) sus países refieren esfuerzos en esa dirección, siendo avances importantes la Adopción de Estatutos (1994 y 2004), que más adelante conformaría la Carta Árabe de Derechos Humanos (2004), el Comité Árabe de Derechos Humanos junto con Comités de Expertos (2009), y luego la Corte Árabe (2014). Los primeros avances, de este proceso de construcción se visualizan en el gráfico 9 a continuación:

⁷ La religión del Islam comenzó a principios del siglo VII con un hombre llamado Mohamed. Él aseguró haber sido visitado por el ángel Gabriel. Durante estas visitas angélicas, las cuales continuaron por cerca de 23 años hasta la muerte de Mahoma, el ángel supuestamente le reveló a Mohamed las palabras de Dios (llamado "Alá" en árabe y por los musulmanes). Estas revelaciones dictadas comprenden el Corán, el libro sagrado del Islam. Tomado de la página ¿Qué es el islam y en qué creen los musulmanes? (2018). Disponible en: <https://www.gotquestions.org/Espanol/Islam-musulmanes.html>.

Gráfico Nro. 9. Avances en países árabes.



Fuente: Elaboración propia con base en Pastor y Acosta (2014)

Del gráfico que antecede se visualiza el proceso de construcción de la región en materia de derechos humanos, cuyos avances más recientes refieren los inicios de un mecanismo mediante el reporte de informes periódicos. A decir de Galvis (2008) “la concepción islámica de los derechos humanos es la más alejada de los planteamientos occidentales que consideran al individuo el titular de todos los derechos y a la democracia la razón del ser, espacio de realización de los mismos” (p. 286)

Ello refleja lo complejo de establecer una noción universal de los derechos humanos, dada la historia, cultura y política de cada contexto regional existente en el mundo. De esta manera también es importante recalcar que quizá por ello la noción de derechos humanos de la región asiática es la más alejada de la visión occidental, lo cual no es erróneo, pero devela la complejidad de construir una visión única de derechos.

3.2. Sistema Africano

Al igual que en otros contextos, esta región refiere una historia de colonización que conllevó la negación forzada de derechos a sus habitantes, de ahí que la concepción de derechos humanos no coincida necesariamente con la visión occidental, incluso pese al importante desarrollo que en materia de derechos se produce en los contextos de sus conquistadores.

En virtud de estos procesos a la población le fueron negados varios elementos como su cultura, organización política y económica, lo cual repercute en la pérdida de identidad, seguridad y proyección para el desarrollo. Esta situación ni siquiera sería totalmente reivindicada con la fuerte proyección de derechos que se daba en el contexto universal con el nacimiento de la ONU.

Tuvieron que pasar muchos años para que se dieran en el contexto africano los procesos independentistas y reconstrucción del orden territorial, político y gubernamental. En el tiempo posterior a la independencia de la región, este contexto refleja una historia de conflictividad lo cual es producto de las estructuras políticas que han regido, las que se constituyen en “factores que han llevado al continente africano a los estados de violencia que ha sufrido durante este periodo” (Galvis, 2008, p. 314).

Por otra parte, y pese a los antecedentes históricos de la región, los avances que reporta África, en materia de derechos humanos son mucho más importantes que en las dos regiones previamente analizadas. Entre los antecedentes de la región se cuenta con instrumentos y mecanismos para la vigencia de derechos, como lo son la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos o Carta de Banjul (1981) que “reafirma y reconoce las tradiciones y valores culturales de los pueblos africanos, menoscabados y despreciados por los colonizadores”, así también “reconoce que el grupo tiene supremacía sobre el individuo, la comunidad es el todo” (Carvajal, 2016, p. 402).

En la Carta de Banjul se declaran tanto derechos civiles y políticos, como también derechos económicos, sociales y culturales, “cosa que no sucede en los otros sistemas, como el universal, el europeo y el americano, así, por ejemplo, establece el derecho al desarrollo de los pueblos, el derecho a la paz, el derecho al medio ambiente” (Carvajal, 2016, p. 402).

Como mecanismo para la protección de los Derechos Humanos señalan la conciliación, ello por cuanto la visión del sistema apunta a la resolución de conflictos de derechos de los colectivos que han sido transgredidos de manera individual. Cuenta para la funcionalidad

del sistema con una Comisión Africana desde 1986 y con una Corte desde 2004, con ello se fortalece el sistema para la protección de los derechos de los pueblos.

Esta región ha cimentado las bases de su estructuración en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos o Carta de Banjul, cuyo contenido se describe en el gráfico 10 a continuación:

Gráfico Nro. 10. Proceso de construcción.



Fuente: elaboración propia con base en Pastor y Acosta. (2014)

Como se visualiza en el flujo gráfico que antecede, la base del Sistema Africano es la Carta de Banjul, que contiene principios, menciona deberes y derechos, aunque no establece una clasificación clara de los mismos. En este documento se refleja una clara visión por superar los acontecimientos pasados, adicionalmente emana una forma protectora de los derechos humanos en comunidad no tanto desde la individualidad de la persona.

Algo muy importante es que este documento es que refiere la construcción de un mecanismo de comisión y corte para el sistema cuya

competencia versa sobre la promoción y protección de derechos, interpretación del contenido de la carta, evaluación de informes. Según Carvajal (2016) “la Corte actúa como un Tribunal de Justicia, como un organismo jurisdiccional en materia de derechos y sus resoluciones tienen características obligatorias y de cosa juzgada, es decir, son vinculantes” (404).

Dentro del sistema gozan de legitimación activa la Comisión, el estado parte que presenta la queja, el estado parte contra quién se ha presentado la queja, el estado parte a donde pertenece la víctima y las organizaciones intergubernamentales. Las competencias que tiene la Corte son la contenciosa y la consultiva, para la primera se desarrolla una actividad procesal que inicia con la demanda por parte de los legitimados actividad, y se desenvuelve en proceso público, “en casos necesarios la Corte puede dictar medidas provisionales o precautorias para evitar a los agraviados daños irreparables...se deberá ordenar la reparación del daño a favor de la víctima” (Carvajal, 2016, p. 405)

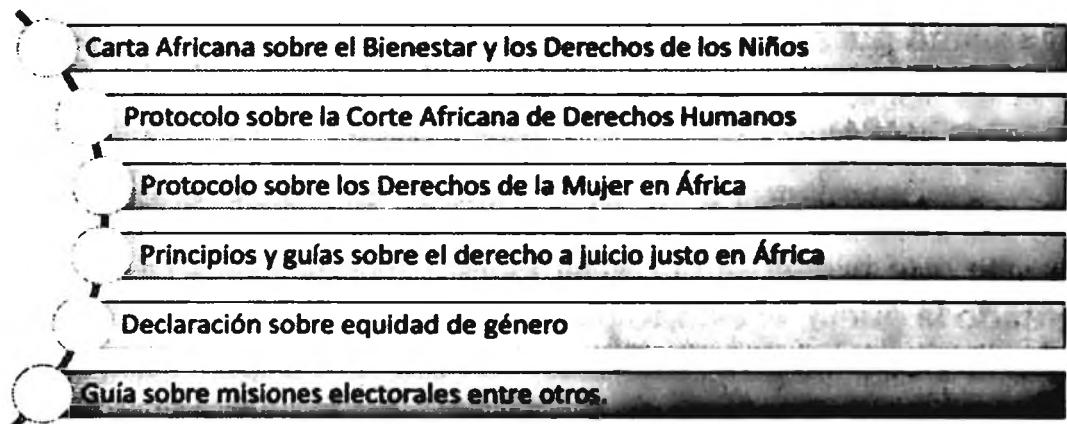
El sistema cuenta además con facultad legislativa por lo cual existe importante producción en este ámbito, de los cuales se destaca la Carta Africana de Derechos y el Bienestar de los Niños (1990), Protocolo a la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los derechos de las mujeres (2003), Carta Africana para la Democracia, Elecciones y Gobierno (2011), entre otros.

Finalmente cabe mencionar que existen algunas características diferenciales de esta carta, así tenemos que: todos los derechos son justiciables, por lo que los Estados se comprometen a su cumplimiento en igual medida, su contenido expresa claramente la protección de los pueblos y que el señalamiento del goce de derechos va de la mano con el cumplimiento de las obligaciones.

a) *Base normativa del sistema*

Como se afirmó previamente, en esta región existen varios tratados y protocolos adicionales que consolidan la protección desarrollada dentro del sistema así tenemos en el gráfico 11 algunos de ellos:

Gráfico Nro. 11. Normativas existentes en el contexto del Sistema



Fuente: elaboración propia con base en Pastor y Acosta (2014)

Como se visualiza en el gráfico que antecede se han desarrollado instrumentos normativos con el fin de la protección de derechos, cabe apuntar que la base normativa del sistema es la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos más conocida como Carta de Banjul (1981).

b) Estructura del sistema

El sistema cuenta con dos órganos de mayor relevancia como la Comisión Africana y la Corte Africana, que dada su naturaleza cumplen con funciones concretas en el marco de su competencia, todo aquello se resume en el gráfico 12 a continuación:

Gráfico Nro. 12. Órganos del Sistema.

Fuente: elaboración propia con base en Pastor y Acosta (2014)

El flujoograma que antecede señala algunas funciones de los dos principales órganos del sistema africano, finalmente es importante señalar que los mecanismos de promoción y protección de derechos que se han desarrollado son: las comunicaciones individuales, comunicaciones interestatales con sus trámites respectivos.

3.3. Sistema Europeo

De modo similar que en otras regiones, en el contexto europeo las iniciativas por conformar un sistema son el resultado de determinados contextos sociales y políticos. Así los inicios de este sistema regional, se localizan tras la Segunda Guerra Mundial, en donde surge la necesidad de establecer alianzas y organizarse internacionalmente, con miras a la “instauración del respeto al Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos” (Pastor y Acosta 2014, p. 50).

Así entre los antecedentes del sistema se encuentra la reconstrucción de las naciones europeas, que pretenden disminuir las confrontaciones que han marcado su historia, así como de erradicar la filosofía que se desenvolvía en el marco de esclavitud y fortalecer la paz.

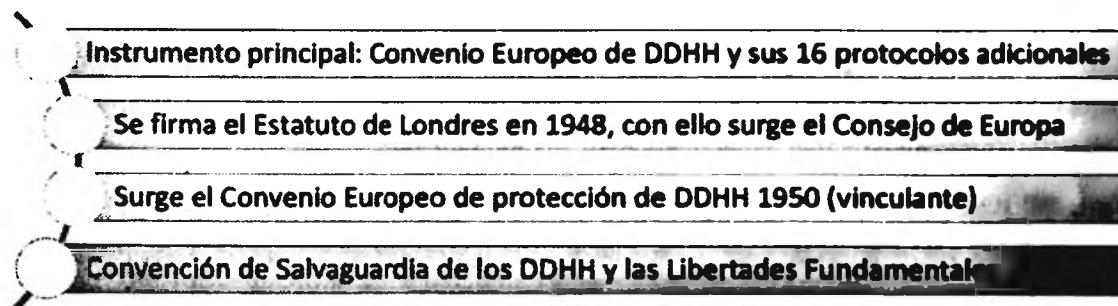
Cabe señalar que en el ámbito de los derechos humanos la región europea es la principal promotora, que ha generalizado ampliamente sus postulados hacia el resto del mundo. Su cimiento surge con la elaboración por parte del Consejo de Europa del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales o Convención Europea de los derechos Humanos (1950) cuyo contenido de manera amplia “señala los derechos y libertades que protege, además cuenta con protocolos que han incluido nuevos derechos humanos y perfeccionado los procedimientos, la vigilancia y protección” (Carvajal, 2016, 400).

De este modo se contemplan entre los postulados de la Convención Europea de los Derechos Humanos, una gran amplitud de derechos que contemplan entre sus postulados tanto derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

a) Base normativa del sistema

Como se ha mencionado anteriormente este sistema es uno de los que registran mayor desarrollo en múltiples instancias, a continuación, se visualiza el fundamento normativo del sistema en el gráfico 13:

Gráfico Nro. 13. Fundamento normativo del Sistema Europeo.



Fuente: elaboración propia con base en Pastor y Acosta (2014)

Del gráfico que antecede se desprende que la piedra angular del Sistema Europeo de Derecho Humanos es el Convenio Europeo, cabe destacar que, si bien existen otros instrumentos fundamentales en materia de promoción y protección de los derechos, estos no son parte del sistema, por lo que cuentan con mecanismos propios de supervisión.

Adicionalmente se debe acotar, que dado el Derecho Comunitario existente en este ámbito territorial el cual se denomina Unión Europea en donde se consolidan múltiples aspectos, entre ellos el jurídico, que genera un plano de primacía del ordenamiento supranacional por sobre el interno, al haberse conformado dicha integración regional el Convenio Europeo es de obligatorio cumplimiento para los países de este contexto. Por su parte, el Convenio Europeo cuenta con fuerza vinculante, lo cual significa que con su implementación todos los países miembros de la Unión Europea, están obligados a respetar y cumplir con el contenido de dicho instrumento jurídico.

b) Estructura del Sistema

Según Carvajal (2016) en la organización original “cuatro son los principales órganos que se crearon; dos eran propios y dos compartidos con la unión Europea; los propios, la Comisión Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos; los compartidos, el Comité de Ministros y la Secretaría General” (p. 401). En ello la función de la Comisión radicó en “la investigación de las quejas y la conciliación entre las partes, la corte funcionaba como órgano de decisión judicial, el comité de ministros era un órgano de decisión, nombramiento y ejecutor de sentencias. El secretario vigilaba la aplicación del convenio” (Carvajal, 2016, p. 401).

En la actualidad, los órganos que gestionan el funcionamiento del sistema han evolucionado de tal modo que se encuentran vigentes un nuevo Tribunal como órgano rector de todo el sistema, está formado “por un juez por cada Estado miembro del convenio, que nombra la Asamblea Parlamentaria por un período de 6 años pudiendo ser reelegibles y funciona en Asamblea Plenaria”, una gran sala “con 17 jueces o salas formadas por 3 jueces”, y el Comité de Ministros (Carvajal, 2016, p. 401).

Dentro de los órganos antes señalados es el Tribunal el que rige el sistema, y cuenta con la función contenciosa y consultiva, dada la evolución del sistema y sus reformas “la presentación de quejas se hace directamente por parte del quejoso, persona física o moral, agrupaciones de la sociedad civil” (Carvajal, 2016, p. 402).

Entre las funciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa se destaca la supervisión y ejecución de sentencias lo que conlleva la efectividad del pronunciamiento que se emiten en el marco del sistema, por lo tanto, en caso de dudas, pueden solicitar al Tribunal un pronunciamiento de aclaración previo a la ejecución. Las sentencias, en definitiva, no pueden ser alteradas ni revocadas por otra instancia, de tal manera dado el carácter vinculante, el mismo Convenio Europeo “deja a esos mismos estados que sean los que decidan las vías concretas mediante las que se produce ese acatamiento en su ordenamiento interno” (López, 2013, p. 174-175).

Al no tratarse de una instancia de casación ni revisión dichas sentencias tienen efecto declarativo “el Tribunal declara que ha habido una violación del Convenio, y corresponde a los Estados trasladar a su ordenamiento jurídico esa decisión, adoptando las necesarias medidas: tanto medidas individuales, dirigidas a reparar la lesión producida en el caso concreto...como medidas de carácter general, dirigidas a la evitación pro futuro de esas violaciones” (López, 2013, p. 174-175).

Veamos a continuación el gráfico 14, algunos de los rasgos destacados de los principales órganos del sistema europeo

Gráfico Nro. 14. Principales Órganos del Sistema Europeo.



Del gráfico que antecede se visualiza las funciones y competencia del Comité de Ministros y el Tribunal Europeo, cabe resaltar que, dado que este sistema regional es uniorgánico, funciona exclusivamente a través de este tribunal.

Finalmente es importante apuntar que este sistema según Galvis (2008) “es uno de los más sólidos por su eficacia y su capacidad de influencia en la comunidad internacional” (p. 341).

c) *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

De los órganos del sistema se destaca el Tribunal de derechos humanos, cuyos magistrados se eligen a título personal y no representan a ningún Estado, su período es de 9 años sin posibilidad de reelección. Este órgano se divide en cuatro secciones, en cada una de las cuales se establecen comités. Este organismo tiene funciones jurisdiccionales y consultivas (Tribunal Europeo de Derecho Humanos, 2012, p. 3-12).

La competencia jurisdiccional de este Tribunal se establece con las alegaciones de violaciones al convenio, por medio de demandas individuales o interestatales en donde se destaca que cualquier Estado o persona puede acudir a la presentar demanda por haberse vulnerado derechos contenidos en el convenio por lo que cuenta con acción popular, además, todo el proceso tiene el carácter público lo que incluye la audiencia, y para acudir a este órgano supranacional, se debe haber agotado las instancias internas (Tribunal Europeo de Derecho Humanos, 2012, p. 3-12).

Aunque no es obligatorio la interposición a través de un abogado es recomendable, por lo que el sistema cuenta con un procedimiento de asignación de un profesional para quienes no tengan posibilidad de contar con uno. De igual manera se dispone en el proceso un momento de admisibilidad que generalmente se da por escrito, y de un momento de decisión que se toma por mayoría, ésta última analiza el fondo de la queja (Tribunal Europeo de Derecho Humanos, 2012, p. 3-12).

En el caso de ser admisible, se invita a las partes a presentar pruebas y observaciones por escrito, propuesta de soluciones equitativas,

convocatoria de audiencia para examinar el contenido del asunto. El Estado demandado puede presentar observaciones al igual que otros que no estén involucrados en el proceso u otras partes interesadas (Tribunal Europeo de Derecho Humanos, 2012, p. 3-12).

La sentencia de la corte se aprueba por mayoría de votos de la sala, existe la posibilidad de recurso de apelación. La sentencia toma el carácter de ejecutoriada cuando han pasado tres meses o antes en el caso de que las partes manifiesten que no apelarán o en el caso de rechazo de esta instancia por parte del magistrado. La fase de ejecución de la sentencia, es vigilada por el comité de ministros del consejo de Europa (Tribunal Europeo de Derecho Humanos, 2012, p. 3-12).

En cuanto al procedimiento consultivo, el comité de ministros puede solicitar a la corte interpretación de aspectos jurídicos de la convención y protocolos, dichas consultas se examinan en sala plena y se resuelven por mayoría (Tribunal Europeo de Derecho Humanos, 2012, p. 3-12).

Finalmente, en cuanto al sistema europeo se puede indicar que existe consolidación, pretende la salvaguarda de derechos y tiene influencia hacia otros sistemas de derechos humanos.

3.4. Sistema Interamericano

La carga histórica que emana del continente americano ha derivado en una diversidad cultural que se puede percibir desde una división que en el norte refiere una influencia inglesa, además, la zona influenciada por Iberoamericana y otra africana. Esta subdivisión no ha podido ser unificada incluso pese a las ideas bolivarianas promulgadas por Simón Bolívar, según Galvis (2008) “la preocupación por la unidad del continente surgió en el mismo momento de las independencias” (p. 344).

Los principales antecedentes para la conformación del Sistema Interamericano –que es el segundo más fortalecido en materia de derechos humanos–, se encuentran con la Conferencia de Bogotá (1948), en cuyo desenvolvimiento se acuerda la creación del Sistema

Interamericano “en tanto allí se adoptaron la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en adelante DADH o Declaración Americana” (Arias y Galindo, 2013, p. 132).

Según Arias y Galindo (2013) es de resaltar que “junto con la Carta de la OEA, la DADH adoptada meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos fue el instrumento más relevante para el posterior surgimiento de los órganos de protección de derechos humanos, ya que estableció la relevancia de la protección internacional... por parte de los Estados Americanos” (Arias y Galindo, 2013, p. 132).

Sin embargo, de lo antes indicado, la Declaración Americana no nace como un instrumento vinculante, ya se han emitido –por parte de la Corte IDH– pronunciamientos que la señalan como obligatoria para los estados (Opinión Consultiva N. 10/90), lo cual ha sido sustentando por sus más importantes órganos.

Para superar esta carencia de poder vinculante se suscribiría en 1969 durante la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, dicho documento se convierte en la piedra angular del sistema de protección en el contexto americano.

a) Base normativa del sistema

En este contexto la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) en adelante Pacto de San José o Convención Americana, “consagra en su primera parte la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos, así como el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que sean necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 3). En su segunda parte declara derechos, libertades y desarrollo progresivo de los derechos económicos sociales y culturales, más adelante señalan la creación de mecanismos y órganos de protección del sistema.

En el contexto regional interamericana, tanto por la importancia de los instrumentos jurídicos fundamentales como por el carácter vinculante que puedan poseer o no, se conforma en un solo cuerpo la Carta Interamericana de Derechos Humanos la cual a decir de Galvis (2008) “está conformada por la Declaración sobre los derechos y deberes del hombre y la Convención Americana. Tiene sus antecedentes mediatos en las conferencias panamericanas que establecieron las bases para la convivencia pacífica entre los Estados del continente y en las normas aprobadas por las mismas” (p. 346).

La base normativa del sistema también se compone de los protocolos adicionales a la Convención Americana que son el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) –también denominado Protocolo de San Salvador por el lugar de su emisión–; y, el Segundo Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990).

La base normativa del sistema también se compone de los protocolos adicionales a la Convención Americana, que son el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) –también denominado Protocolo de San Salvador por el lugar de su emisión–; y, el Segundo Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990).

El cuerpo normativo del Sistema Interamericano se encuentra conformado por todos aquellos instrumentos creados en el marco de su desenvolvimiento por los organismos competentes, de los cuales se apuntan a continuación los siguientes:

- Convención para prevenir y sancionar la tortura.
- Convención sobre la desaparición forzada de personas
- Convención interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

- Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.
- Carta internacional de garantías sociales
- Protocolo adicional a la convención americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales o protocolo de San Salvador

A continuación, en el gráfico 15 se puede visualizar algunos contenidos de la Convención Americana como el instrumento principal del sistema:

Gráfico Nro. 15. Base normativa del Sistema Interamericano.



Fuente: elaboración propia con base en Pastor y Acosta (2014)

Del gráfico que antecede se desprende que el principal fundamento normativo es la Convención Americana de Derechos Humanos denominada también Pacto de San José de Costa Rica, cuyo contenido refiere Derechos Civiles y Políticos y crea la estructura necesaria para su protección, este documento tiene carácter vinculante por lo que al ser aceptado obliga a los Estados a su cumplimiento, por lo tanto garantiza la protección de derechos humanos en la región y establece mecanismos para su defensa.

De la convención es importante anotar que su campo de aplicación es restringido desde la perspectiva de los países por lo que solo es

aplicable a los Estados que son parte del sistema –a diferencia del contexto europeo en donde el instrumento principal obliga a todos los estados–, para lo cual se debe expresar la sujeción mediante ratificación en virtud de la materia y contenidos de la misma.

b) Estructura del Sistema

Los órganos que componen en el sistema se crean en virtud del instrumento principal, es decir, de la Convención Americana, en donde se contempla la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Comisión o CIDH y Corte o Corte IDH, respectivamente. Según Arias y Galindo (2013) “el primero fue creado con el objeto de promover la observancia y defensa de los derechos humanos en la región y ser el órgano consultivo de la OEA en materia de DDHH”, mientras que el segundo “es el órgano judicial del sistema encargado de interpretar y aplicar la CADH de acuerdo con los casos que sean presentados bajo su jurisdicción” (p. 134-135).

Estos órganos principales se crean con el fin de propender a la funcionalidad del sistema, cada uno de ellos se enfoca en funciones determinadas con miras a propiciar la vigencia de derechos y “tienen una labor complementaria en cuanto al sistema de peticiones individuales, en el cual ante la CIDH se agota la primera etapa del procedimiento y en la Corte IDH la fase final del mismo, de ser el caso” (Arias y Galindo 2013, p. 134-135).

b.1. Comisión Interamericana de Derechos humanos

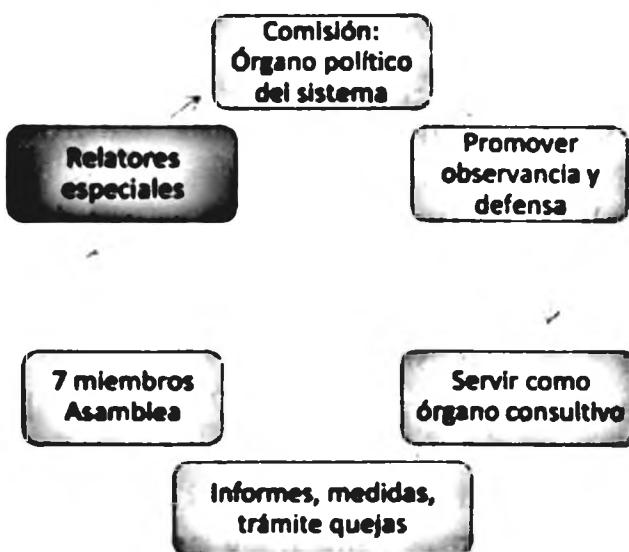
Creada por la OEA en 1959 su objeto principal es promover y defender los derechos humanos en la región, y servir de órgano consultivo a la OEA. Este órgano “tiene competencias con dimensiones políticas entre las cuales destacan la realización de vistas in loco y la preparación de informes acerca de la situación de los derechos humanos en los Estados miembros”, de igual manera cuenta con una función quasi-judicial según la cual “recibe las denuncias de particulares u organizaciones relativas a violaciones a derechos humanos, examina

esas peticiones y adjudica los casos en el supuesto de que se cumplan los requisitos de admisibilidad" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 5).

De la Comisión está compuesta por 7 miembros elegidos por la Asamblea General de la OEA y dependen de ella las relatorías, además de acuerdo con Arias y Galindo (2013) las funciones de este organismo han sido ampliados con la CADH a la "formulación de recomendaciones a los Estados atender consultar formuladas por los Estados miembro y el trámite del sistema de peticiones individuales" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 3).

A continuación, en el gráfico 16, se han desglosado aspectos importantes respecto de la Comisión.

Gráfico Nro. 16 Apuntes de la Comisión



Fuente: elaboración propia con base en Pastor y Acosta (2014)

La comisión funciona de modo autónomo incluso de la OEA, por lo que se enfoca al estudio de quejas y comunicaciones, asesoría a los Estados, y promoción de las prerrogativas en materia de derechos humanos, tiene además la función conciliadora para procurar la resolución de controversias entre los Estados, además de poder relacionarse con otros Estados que no son miembros.

Los mecanismos de garantía en el plano regional son: la vía por informes, la vía por reclamación; y, por opiniones consultivas, los que pueden ser presentados por cualquier persona de manera individual o en grupo y por cualquier entidad no gubernamental reconocida en alguno de los Estados miembro; la vía por informes, somete a los Estados a dar a conocer los avances alcanzados en el ámbito interno; la vía de reclamación judicial de primera instancia, se cumple ante puesto el requisito de agotamiento de recursos internos; y en la vía consultiva, son los Estados los que pueden acudir al sistema con miras a obtener criterio respecto de las normas, del funcionamiento de los órganos o de incompatibilidad normativa.

Según Arias y Galindo (2013) “la función de monitoreo de la Comisión consiste en elaborar informes sobre el estado de los derechos humanos a partir de tres categorías: un informe anual, otro por países y uno temático” (p. 135). De lo señalado el primer informe consiste en señalar los avances y retrocesos de cada país, en el segundo informe por país contiene una descripción de la situación en cuanto a protección y garantía, el tercer tipo de informe temático aborda aspectos concretos que se presentan en la región. Estos informes “sirven de sustento para realizar recomendaciones generales y/o particulares a cada Estado en aras de proteger y garantizar el pleno ejercicio de los derechos contenidos en la CADH...las recomendaciones se ubican al final del informe donde se proponen directrices y parámetros para la debida implementación de medidas” (Arias y Galindo, 2013, p. 136).

La competencia de la comisión abarca el conocimiento de los recursos sobre controversias entre Estados y permitir quejas individuales, en virtud del procedimiento interestatal e individual supranacional respectivamente. Para las controversias interestatales los Estados deben haber admitido la competencia de la comisión mediante la ratificación de la convención.

El procedimiento ante la comisión abarca aspectos en cuanto al idioma de presentación, que puede ser francés, inglés, portugués y español; la posibilidad abierta de presentación de denuncias, puede presentar medidas cautelares en casos de gravedad y urgencia. Los primeros

que reciben las peticiones sobre denuncia son los miembros de la secretaría ejecutiva de la comisión, quienes cumplirán con el estudio y tramitación de peticiones, que deben contener los requisitos necesarios, luego de lo cual la comisión tendrá conocimiento.

Incluso antes de pronunciarse sobre la admisibilidad se puede proceder por parte de la comisión con momentos de negociación, completación y aclaración de la denuncia. Un requisito esencial para la admisibilidad es el agotamiento de recursos nacionales y que no hayan transcurrido más de seis meses de cometimiento de los actos de vulneración.

La comisión cuenta con un grupo de trabajo sobre admisibilidad, que estudia la y propone recomendaciones sobre la admisibilidad, luego de conocer incluso las posiciones de las partes, la comisión podrá pronunciarse sobre la admisión. La admisibilidad del caso será pública y sienta la pauta de inicio para el estudio de fondo, en donde se otorga un plazo de pronunciamiento de los Estados, se inicia el proceso de solución amistosa que puede incluir en algún momento la convocatoria a audiencia pública.

Las pretensiones se tomarán siempre como verdades, siempre que no existan elementos en contrario, en este punto pueden considerarse la posibilidad de realizar visitas in loco al Estado materia de controversia, puede darse también la solución amistosa entre las partes. La decisión sobre el fondo es una deliberación en base de las pruebas, alegatos e información obtenida del contexto y se realiza por mayoría de votos.

El pronunciamiento sobre el fondo puede determinar por una parte que no hubo violación de derechos o por otra parte puede determinar que se dieron estas vulneraciones, para lo cual sugiere recomendaciones. Se brinda tiempo al Estado para cumplir con las recomendaciones y se consulta al peticionario sobre la intención de sometimiento ante la Corte, luego de lo cual se pone en conocimiento esta intención. La comisión emitirá un informe definitivo, luego del cual las partes tienen un plazo para pronunciarse sobre el cumplimiento de recomendaciones.

En cuanto a las comunicaciones interestatales, los Estados deben haberse sometido a tal competencia mediante la ratificación. Y en definitiva estas funciones de la Comisión “permite que los individuos que se encuentran en los Estados parte de la CADH puedan acceder al sistema de protección interamericano y ventilar cualquier presunta violación a sus derechos fundamentales en el ámbito internacional” (Arias y Galindo, 2013, p. 138)

Para apoyar la labor de este organismo dependen de éste las relatorías, cuya finalidad es “dar atención a grupos, comunidades y pueblos que se encuentran en especial estado de vulnerabilidad y se exponen a constantes riesgos de violación de derechos humanos” (Arias y Galindo, 2013, p. 138).

b.2. Corte Interamericana o Corte IDH

La Corte Interamericana de Derechos Humanos o Corte IDH, es el órgano de carácter jurisdiccional del sistema, su creación se remonta al año 1969 aunque su funcionamiento se registra en 1978. La finalidad de este órgano es velar por la aplicación de la Convención Americana y resolver aspectos sobre su interpretación, para ello “sólo puede pronunciarse en aquellas controversias que involucren a Estados que han ratificado su jurisdicción” mediante los procedimientos establecidos en dicho instrumento (Arias y Galindo, 2013, p. 138).

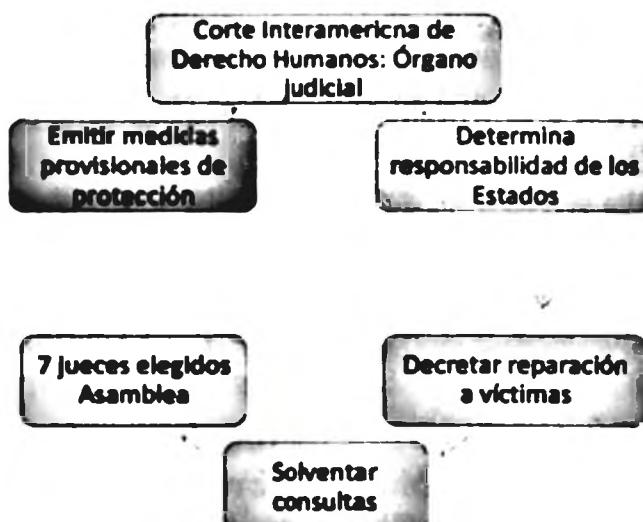
Este órgano se conforma por 7 magistrados para la sustanciación y resolución de controversias que se presenten a su conocimiento por parte de los legitimados activos que son los Estados parte y la Comisión. De ahí que la Corte IDH “ejerce una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 3).

La sede de la Corte IDH se sitúa en San José de Costa Rica y “son veinte los Estados que han reconocido la competencia contenciosa”, dadas sus funciones, la legislación que rige este organismo además de

la Convención Americana, es el Estatuto y un Reglamento expedido por la propia Corte” los instrumentos que regulan su desempeño en el sistema, desde 2010 y 1979 respectivamente (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 7).

Este órgano del sistema cuenta con una Secretaría que brinda soporte de tipo legal y administrativo a su desenvolvimiento, de tal manera la Corte IDH cumple con sus funciones. Algunos rasgos sobre la Corte IDH, se pueden apreciar a continuación el gráfico 17:

Gráfico Nro. 17. Aspectos de la Corte Interamericana de Derecho Humanos.



Fuente: elaboración propia con base en Pastor y Acosta (2014)

La Corte IDH es de carácter autónomo y judicial, dicha autonomía rige para el desenvolvimiento de sus funciones, que se abordan a continuación:

- Función consultiva:** Desde Este órgano está a disposición del sistema sobre aspectos relacionados a la interpretación de la Convención Americana y tratados regionales que le sean sometidos a su conocimiento. En este sentido brinda una respuesta a aquellas consultas que le formulan los Estados miembros de la OEA o los órganos de la misma, respecto de: “a) la compatibilidad de las normas internas con la Convención;

y b) la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos de los Estados Americanos "(Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 7).

El sometimiento al organismo, se deriva siempre en virtud de la sujeción de los Estados mediante aceptación de su competencia y se accede por regla general a esta instancia, a través de la Comisión, salvo situaciones concretas que permiten la presentación de particulares que se sostiene en virtud de algunas reformas introducidas al procedimiento, el cual dispone de plazos, y señala que la resolución se da por votos de los jueces que integran la Corte previo a su pronunciamiento final.

Según Arias y Galindo (2013) la labor interpretativa que realiza la Corte mediante la función consultiva "ha permitido clarificar varios aspectos sobre la relación entre el derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular respecto del alcance y naturaleza de las obligaciones contenidas en la CADH" (p. 140).

- b. Función Contenciosa: Por medio de esta función la Corte IDH es competente para conocer sobre casos individuales o interestatales donde se esté alegando una violación a la Convención Americana. En este sentido este organismo puede determinar "si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros tratados de derechos humano aplicables al Sistema Interamericano" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 11).

En el marco de esta función este organismo también realiza la supervisión de cumplimiento de las sentencias que emite, dicho proceso inicia con la solicitud al Estado sobre información de aquellas actividades realizadas para cumplir con los dispuesto en la resolución que se supervisa, a la vez, el organismo recaba observaciones de las víctimas y de la Comisión.

Con la información obtenida y analizada, la Corte IDH orienta al Estado sobre el cumplimiento e informa a la Asamblea General sobre la situación (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 11).

Para el sometimiento ante la Corte IDH, se señalan en el Reglamento del mismo organismo, reglas sobre el idioma oficial, la representación de los Estados a través de un agente, la representación de la Comisión a través de un delegado. En el caso de admisión de la demanda, la presunta víctima puede presentar solicitudes, en el caso de tratarse de una pluralidad de sujetos se debe nombrar un vocero común.

**Algunos de los aspectos que se prevén para el desenvolvi-
miento del proceso señalan que los Estados tienen deber de
cooperación, se pueden adoptar medidas provisionales, los
escritos pueden presentarse por diversos medios, en el caso
de ausencia la Corte procederá hasta la finalización, pueden
ser acumulados casos conexos, las resoluciones son públicas y
de competencia de la corte y no cabe después recursos (Corte
Interamericana de Derechos Humanos, 2018).**

**Para la presentación de peticiones individuales se atiende
según el preámbulo de la Convención Americana al princi-
picio de complementariedad que establece que “los sistemas
de protección de derechos humanos sólo obran ante la ine-
ficiencia de los sistemas nacionales de justicia”, de acuerdo a lo
indicado “se da primero la oportunidad al Estado de hacer
justicia y sólo se puede acudir a las instancias internaciona-
les si se demuestra que el proceso interno no fue instruido...
de conformidad con las garantías del derecho internacional”.**

**Respecto de los casos individuales, como se ha señalado ante-
riormente, se debe agotar un procedimiento ante la Comisión,
siendo ésta quien tiene la legitimación para llevar el caso
ante conocimiento de la Corte, además de los Estados par-
te. Por lo tanto, se verifican en el proceso dos fases, una ante**

la Comisión, y la segunda ante la Corte IDH “así el procedimiento ante la CIDH es presupuesto para acudir ante la Corte IDH, y en este sentido, ningún individuo puede acudir directamente ante la Corte sin antes adelantar el trámite ante la Comisión” (Arias y Galindo, 2013, p. 141)

El inicio del proceso contencioso se da por escrito ante la secretaría de la Corte, el que contendrá las pretensiones, las partes, los hechos, el informe de admisibilidad de la Comisión, pruebas aportadas, individualización de testigos, peritos, fundamentos de derecho, conclusiones, de ello se deduce el análisis previo que ejerce la Comisión. Luego de este punto, se examina la demanda, se notifica a todos los involucrados incluido el Estado demandado, así como a los otros Estados parte del sistema, después de esta notificación las partes pueden presentar autónomamente solicitudes, argumentos y pruebas (Convención Americana y Reglamento de la Corte IDH).

Las excepciones solamente pueden presentarse en la contestación a la demanda, y también se podrán responder las excepciones, todo lo cual no detiene los plazos sobre el proceso de fondo, en el caso de la contestación a la demanda, se comunica por escrito e incluirá la aceptación de hechos y pretensiones o en su defecto contradicción (Convención Americana y Reglamento de la Corte IDH).

Luego de la fase escrita, inicia el procedimiento oral que se lleva a cabo en audiencias que son dirigidas por el presidente, quién determina el orden de intervención, además los jueces pueden realizar preguntas durante los debates. De cada audiencia se realizan actas, con todo el contenido y decisiones tomadas por la Corte, de las cuales todas las partes recibirán copias, para su posterior firma, dentro del proceso solo se admiten las pruebas de la demanda y contestación, con ciertas salvedades (Convención Americana y Reglamento de la Corte IDH).

El proceso judicial puede terminar de manera anticipada por sobreseimiento del caso –desistimiento por parte del demandante o aceptación por parte del Estado– o por solución amistosa, pudiendo en ambos casos la Corte determinar si deben proseguir con el examen. Las sentencias se dan por voto de los jueces, la deliberación se realizará en privado, se aprobará y notificará a las partes, de ella no cabe recuso salvo una interpretación sobre el contenido de la misma en cuanto a su contenido, concluye con una orden de comunicación y ejecución, la sentencia contempla en su mayoría reparaciones e indemnizaciones (Convención Americana y Reglamento de la Corte IDH).

En cuanto a las reparaciones “la Corte IDH ha establecido que una reparación adecuada, además de las indemnizaciones decretadas por el ordenamiento jurídico interno, exige medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición” (Arias y Galindo, 2013, p. 154). De ello se han emitido como medidas de reparación el deber de investigar, juzgar y sancionar a los culpables, el derecho a la verdad tanto de las víctimas como de la sociedad para la prevención, actos de disculpas públicas, placas conmemorativas, entre otras.

Recapitulando, una vez agotado el proceso antes descrito que atravesó “aspectos de competencia y admisibilidad, de ser el caso adopción de medidas provisionales, los alegatos de cada parte y finalmente la adopción de la sentencia”, es cuando la Corte IDH deberá “determinar si el Estado es internacionalmente responsable y en consecuencia ordenar las reparaciones a que haya dado lugar, o desestimar las pretensiones de los peticionarios y absolverlo”, dando lugar en el primer caso, a la supervisión del pronunciamiento (Arias y Galindo, 2013, p. 148).

- c. Dictar medidas provisionales: Esta función que ejerce la Corte IDH se realiza cuando se verifican *prima facie* tres requisitos, que se trate de “casos de extrema gravedad y urgencia, y

cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 11). Las medidas dictadas como provisionales, de acuerdo a lo señalado por la Convención Americana, son de tipo cautelar y tutelar, siendo su carácter de obligatorio cumplimiento para el Estado.

Son cautelares por cuanto “preservan una situación jurídica” y son tutelares por cuanto “protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas” de tal manera “las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo” (Arias y Galindo, 2013, p. 155).

En resumen, los mecanismos para la protección de derechos que contempla el sistema son el derecho de petición individual, las opiniones consultivas y las medidas provisionales de protección ante violaciones graves. Adicionalmente se señala que el Sistema Interamericano, ha dado impulso para alcanzar importantes avances para la vigencia de los derechos humanos desde el punto de vista judicial.

En cuanto a su corpus iuris, cuenta con una amplitud de instrumentos jurídicos que velan por la protección de los derechos humanos a nivel continental, respecto de los órganos del Sistema Interamericano, se distingue un importante entramado que lo compone, de los cuales se resalta la labor de la Comisión y Corte IDH, que involucran procedimientos y ejecutan los mecanismos existentes, lo cual en suma a los componentes antes señalados, dotan el perfeccionamiento continuo de este importante sistema regional.

3.4.1. Control de convencionalidad en el Sistema Interamericano

En el marco del desarrollo jurisprudencial del sistema interamericano se establece el denominado control de convencionalidad que “hace referencia, en principio, al examen judicial que se ejerce para determinar la compatibilidad y armonía entre el ordenamiento interno de un Estado y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”

(Sánchez, 2015, p. 186). Dicho control se ejerce como un modo de armonización entre el orden internacional con la normatividad del plano nacional de aquello países que, además de ratificar la Convención Americana o Pacto de San José, han admitido la competencia de tipo contención de la Corte IDH.

De ahí que el desarrollo del denominado control de convencionalidad, se sustenta de manera jurídica en aquellas obligaciones de derecho internacional señaladas por el artículo 27 De la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en cuanto al “cumplimiento de las obligaciones de buena fe y que no es posible alegar el derecho interno para incumplirlas”. De igual manera, se encuentra sustento jurídico en el contenido del artículo 2 del Pacto de San José que señala el compromiso de los Estados de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Sin embargo el control de convencionalidad cuenta con un mayor desarrollo en el seno jurisprudencial de la Corte IDH, organismo que ha emitido decisiones ante casos contenciosos que han desarrollado jurisprudencia sobre este control, en sus inicios se ubicó apenas mención al mismo, en casos como Mirna Mack Chang Vs Guatemala, más adelante se señala esta obligación de manera más concreta en Almonacid Arellano Vs Chile, en lo posterior hasta la actualidad se sigue fortaleciendo su desenvolvimiento en diversas sentencias como Cantuta Vs. Perú, Boyce y otros Vs. Barbados, Aguado Alfaro y otros Vs. Perú, entre otros.

El desarrollo jurisprudencial señala su aplicación “empezando por el Poder Judicial y posteriormente ampliándose tal obligación a todos los órganos y poderes estatales” (Sánchez, 2015, p. 186), de lo señalado se hace evidente la importancia del organismo judicial nacional de los Estados para acatar esta obligación internacional de control de convencionalidad, puesto que su incumplimiento podría derivar en la responsabilidad estatal en el sistema. Su aplicación en el plano interno de los estados se denomina control de convencionalidad con

sede nacional y se ejerce en la modalidad de control difuso por el que se “busca que todo órgano jurisdiccional interno que profiera decisiones de carácter vinculante realice parámetros de compatibilidad entre una norma nacional y las decisiones que hayan sido proferidas por la Corte IDH” (Cubides, 2016, p.151).

Acotando a lo señalado, el control de convencionalidad no solamente lo ejercen los órganos nacionales de los Estados, pues también lo aplica la misma Corte IDH “cuando en sus veredictos descarta normas locales, incluso constitucionales, opuestas al Pacto de San José de Costa Rica. A eso se lo ha denominado control de convencionalidad en sede internacional, para diferenciarlo del que imperativamente se asigna a los jueces domésticos” (Sánchez, 2015, p. 120-121) y se ejerce en modalidad de control concentrado el cual obedece a las propias atribuciones de la Corte CIH y se refiere “a las facultades que tiene en sí misma para resolver los casos contenciosos sometidos a consideración... haciendo el papel de guardián e intérprete final de la CADH” (Cubides, 2016, p.65).

De esta forma el control de convencionalidad en sede nacional e internacional, desde sus tipologías difusa y concentrada respectivamente, se constituyen en “una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto, también es un instrumento de sumo interés para construir un *ius comune interamericano*, en materia de derechos penales y constitucionales” (Sagüés, 2010, p. 117).

3.4.2. Casos contenciosos de Ecuador ante la Corte IDH: Derecho a la memoria, verdad, justicia y no repetición

El Estado ecuatoriano dentro del Sistema Interamericano ha ratificado una amplia diversidad de tratados internacionales por los cuales asume compromisos que pueden, en caso de incumplimiento, conducir la declaratoria de responsabilidad internacional estatal.

En este sentido, el Ecuador ha ratificado la Convención Americana o Pacto de San José y de manera concreta ha admitido la

competencia contenciosa de la Corte IDH, por lo cual los casos nacionales –de Ecuador–, en donde se verifiquen vulneraciones a los Derechos Humanos, pueden ser llevados bajo los procedimientos establecidos –de orden subsidiario, agotamiento de instancias internas y otros– a este tribunal judicial de derechos humanos, veamos a continuación los casos y sentencias que se han examinado ante dicha instancia:

Nro.	Caso Contencioso	Link de ficha técnica o de resumen del caso
1	Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=315&lang=es
2	Corte IDH. Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C No. 38.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=326&lang=es
3	Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=315&lang=es
4	Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones. Sentencia de 29 de mayo de 1999. Serie C No. 51.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=315&lang=es
5	Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=239&lang=es
6	Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=270&lang=es
7	Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=249&lang=es

8	Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=275&lang=es
9	Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=280&lang=es
10	Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=292&lang=es
11	Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 183.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=280&lang=es
12	Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 189.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=275&lang=es
13	Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2011. Serie C No. 222.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=292&lang=es
14	Corte IDH. Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=348&lang=es
15	Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=350&lang=es
16	Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2011. Serie C No. 230.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=292&lang=es

17	Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=206&lang=es
18	Corte IDH. Caso Palma Mendoza y otros Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 247.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=213&lang=es
19	Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=374&lang=es
20	Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=381&lang=es
21	Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=382&lang=es
22	Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de agosto de 2014. Serie C No. 280.	https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=381&lang=es
23	Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.	http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_298_esp.pdf
24	Corte IDH. Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306.	http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_306_esp.pdf
25	Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.	http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf

26	Corte IDH. Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316.	http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_316_esp.pdf
27	Corte IDH. Caso Valencia Hinojosa y otra Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327.	http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_327_esp.pdf
28	Corte IDH. Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 332.	http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_332_esp.pdf
29	Corte IDH. Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398.	http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_398_esp.pdf
30	Corte IDH. Caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de febrero de 2020. Serie C No. 399.	http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_399_esp.pdf
31	Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405.	http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf

Fuente: elaboración propia con base en Página oficial de la Corte IDH (2020)

Como se visualiza en el cuadro que antecede, son diversos los casos contenciosos de Ecuador ante la Corte IDH, de los cuales, a la fecha, además de los que se encuentran en trámite, son treinta y uno los que cuentan con sentencia, las que en su gran mayoría declaran la responsabilidad del Estado por la vulneración a los Derechos Humanos de las víctimas.

En este punto se debe enfatizar que, en el marco del mismo sistema interamericano de acuerdo a los requisitos establecidos, llegar al momento procesal dentro del entorno supranacional de la Corte IDH no es fácil, puesto que por una parte el procedimiento de agotamiento de recursos en instancia nacional conlleva engorrosas situaciones para las víctimas, y por otra parte, el mismo desenvolvimiento que inicia

con una fase prejudicial ante la Comisión Interamericana, extiende en el tiempo el alcance de una sentencia final.

Adicionalmente, una vez declarada la sentencia que no es susceptible de contravenir, el mecanismo de supervisión que contempla el sistema, llega a extender más aún el sentido de efectividad en el alcance de justicia para las víctimas y sus familiares. Dicho sea de paso, que, el proceso sin dejar de ser doloroso, conlleva al menos un significado sustancial de justicia, que comulga con el derecho a la memoria, verdad, y garantía de no repetición para las víctimas, y de manera coyuntural para la sociedad.

a) Derecho a la verdad, memoria, justicia y no repetición

La evolución del derecho a la verdad se remonta a los Convenios de Ginebra de 1949, en su Protocolo Adicional I, emitido en 1977, cuyo art. 32 y 33 expresan el derecho de conocer la suerte y paradero de las personas desaparecidas en conflictos armados. Más adelante, su ampliación se extendió a otras violaciones graves, ejecuciones extra-judiciales y tortura.

En la actualidad este derecho asiste a las víctimas y sus familiares para conocer la verdad sobre las circunstancias, identidad de autores, causas y hechos relacionados con la grave vulneración de sus derechos.

Según Cabrera (2013) este derecho no solo se reduce a una dimensión individual de conocer lo ocurrido, abarca también una dimensión colectiva que conlleva el deber de memoria que “incumbe al Estado para evitar que en el futuro las violaciones se reproduzcan y por cuanto para un pueblo, el conocimiento de la historia de su opresión pertenece a su patrimonio y como tal debe ser preservado” (p. 175).

La memoria es imperante, para alcanzar la justicia, puesto que extiende y hace pública la verdad sobre el delito, difunde la información y preserva el recuerdo de la víctima para que la impunidad no se extienda en el tiempo. De ahí que, desde la perspectiva judicial la “memoria estará exclusivamente limitada por los hechos alegados y probados

ante la Corte, con todas las exclusiones que puedan deberse a cuestiones de estrategia y aciertos o errores del litigio o de la jurisdicción personal, material o temporal del Tribunal” (Borges, 2017, p. 150).

En cuanto a la memoria como una manera de reparar, desde la dimensión individual, su desarrollo se encuentra articulado con la casuística generada en el seno de los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos, en cuyas decisiones se han dispuesto además de indemnizaciones pecuniarias, actos simbólicos, espacios de memoria, disculpas públicas como medidas de reparación a las a las víctimas.

De igual manera la doctrina y pronunciamiento emitidos por parte de las entidades del sistema universal y regional, manifiestan ampliamente el sentido reparador de la memoria, y apuntando a la dimensión colectiva del mismo, apuntan la necesidad de la generación de esfuerzos estatales que garanticen su cumplimiento a través de políticas públicas.

En este sentido,

“se entiende por políticas públicas de memoria a las distintas intervenciones, sustentadas en evidencia documental y testimonial, y forjadas con la participación de las víctimas y sociedad civil, que se encuentran abocadas al reconocimiento estatal de los hechos y de su responsabilidad por las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas, la reivindicación y conservación de la memoria y dignidad de las víctimas, la difusión y preservación de la memoria histórica y a la promoción de una cultura de derechos humanos y democracia orientada a la no repetición de los hechos”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019)

La implementación de políticas públicas de memoria, ha propiciado importantes esfuerzos estatales para conducir esta manera de reparación a las víctimas en afirmación del derecho a la memoria. Por lo tanto, la obligación de reparar de manera integral ha involucrado compensaciones pecuniarias; de satisfacción; restitución; rehabilitación; investigación de los hechos, determinación de los responsables, sanción; y garantías de no repetición.

Se debe mencionar que, la implementación de tales acciones, conlleva de manera necesaria el interés político de satisfacer esta obligación estatal. De tales esfuerzos se destaca, la conformación a lo interno de los estados de las denominadas Comisiones de la Verdad, de las cuales “La Corte –IDH– resalta que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica” (Borges, 2017, p. 155); tales comisiones, se han implementado en países como Argentina, Chile, El Salvador, Perú, Brasil, Ecuador, entre otros.

Son múltiples los instrumentos cuya evolución ha ido conformado el este derecho, entre los que se destacan, los Convenios de Ginebra (1945), Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra (1977), Recordando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, desde donde se han articulado las principales bases para la evolución del derecho a la memoria.

De manera más reciente se destacan los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario contenidos en la Resolución 60-147 del 2005, Resolución 66/2005 sobre El derecho a la verdad, Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas 2006, la Resolución Nos. 9/11 sobre El derecho a la verdad de 2008, la Resolución AG/RES. 2662 sobre El Derecho a la Verdad del 2011. (Comisión Colombiana de Juristas, 2012).

Así también, el Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, el Conjunto de Principios Actualizados para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad, los Lineamientos Principales para una Política Integral de Reparaciones de la CIDH; el Informe Temático de la CIDH Derecho a la Verdad en las Américas.

En la actualidad se destaca el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

sobre verdad del 2019 y las Resolución 3/219 sobre los Principios de Políticas Públicas en las Américas, donde se han emitido dieciséis principios que orientan de manera clara una perspectiva de evolución integral sobre el derecho a la memoria, justicia y reparación. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019)

Desde el ámbito casuístico, son múltiples los pronunciamientos derivados de los sistemas regionales de protección de derechos humanos que cuyos pronunciamientos refuerzan la emisión de medidas reparatorias relacionadas con el derecho a la memoria, de las cuales señalamos tres. Primero en Benavides Cevallos vs. Ecuador (1998) como parte de las medidas reparatorias se ha requerido el país “continúe las investigaciones para sancionar a todos los responsables de las violaciones de los derechos humanos” (p. 14).

En el caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú (2004) se ha señalado que el estado debe “realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad en relación con los hechos de este caso y de desagravio de las víctimas”, así también, que debe dar oficialmente el nombre de las víctimas “a un centro educativo de la provincia de El Callao, mediante una ceremonia pública y en presencia de los familiares” (p. 86)

El Caso Masacre de Plan Sánchez establece que “el Estado debe honrar públicamente la memoria de las personas ejecutadas, miembros en su mayoría del pueblo indígena ...quienes eran habitantes tanto de la aldea de Plan de Sánchez”; en este sentido, dispone la realización de un “acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en desagravio de las víctimas y en memoria de las personas ejecutadas en la masacre” (p. 103)

a.1. El caso ecuatoriano⁸

En Ecuador, el derecho a la reparación integral se encuentra establecido en el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador,

⁸ Este apartado contiene aportaciones de la Mgtr. Isabel Espinosa Ortega, con quién se realizó conjuntamente la exposición de estas reflexiones en el Evento Investiga UTPL (2020)

el cual señala: "...Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado".

El Decreto Ejecutivo número 305, publicado en el Registro Oficial número 87, de fecha 18 de mayo de 2007, creó la Comisión de la Verdad, indicando en el artículo 1 del referido Decreto, lo siguiente: "Créase la Comisión de la Verdad, encargada de investigar y esclarecer e impedir la impunidad respecto de los hechos violentos y violatorios de los derechos humanos, ocurridos entre 1984 y 1988 y otros períodos."

La Comisión elaboró y emitió su informe final denominado "*Sin Verdad No Hay Justicia*" el cual determinó 459 víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos, en 119 casos documentados en su Informe. Se identificaron un total de 831 violaciones, ya que en una misma persona se reportaron diferentes tipos de delitos.

Estas se distribuyen en: "269 víctimas de privación ilegal de la libertad, 365 de torturas; 86 de violencia sexual; 17 de desapariciones forzadas; 68 de ejecución extrajudicial y 26 de atentado contra la vida" (Comisión de la Verdad, 2010. p. 433).

Dicho Informe propuso 155 recomendaciones orientadas hacia la verdad y justicia y su relación con el proceso de reparación de las víctimas. En materia de satisfacción planteó declaraciones que ofrezcan disculpas públicas y restablecer la dignidad de las víctimas, revelar públicamente la verdad y buscar a personas desaparecidas y los cuerpos de las personas ejecutadas; en cuanto a la restitución, propuso medidas para: eliminar antecedentes judiciales y policiales de las personas que fueron involucradas, facilitar el retorno voluntario, seguro y digno de las personas que tuvieron que exiliarse. En materia de rehabilitación, se planteó el apoyo en salud física y psicosocial, en educación, trabajo y se recomendaron medidas de indemnización a víctimas. Mientras que, como garantías de no repetición, el informe planteó varias medidas, de las cuales se destaca: educar a todos los sectores en derechos humanos, fortalecer el poder judicial,

impulsar políticas públicas en materia de derechos humanos, y promover reformas legales que adecuen el marco normativo de los derechos humanos.

El 13 de diciembre de 2013, con su publicación en el Registro Oficial 143, entró en vigencia la Ley para la Reparación de las Víctimas y la Judicialización de Graves Violaciones de Derechos Humanos y Delitos de Lesa Humanidad ocurridos en el Ecuador Entre el 4 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 2008. La referida ley divide a la reparación integral en material e inmaterial, indicando que de la primera se encargará el entonces Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, hoy Secretaría de Derechos Humanos; mientras que, de las medidas de reparación inmaterial, se encargará la Defensoría del Pueblo del Ecuador.⁹

El pasado 7 de junio de 2020 se cumplieron 10 años de la presentación de dicho informe, y aunque se han logrado avances importantes, las víctimas han manifestado en diversos espacios públicos, que aún falta mucho camino por recorrer para alcanzar la verdad, justicia y reparación.

En conclusión, el derecho a la memoria, conlleva una dimensión individual y colectiva que ampara a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, el cual se encamina al ámbito de la obtención de reparación. Ha existido una importante evolución sobre el derecho a la memoria histórica, verdad, justicia y reparación, derivado principalmente del Sistema Internacional de los Derechos Humanos, para erradicar la impunidad, conocer la verdad y mantener vivo el recuerdo de las víctimas en el colectivo social.

Los estados mantienen una obligación respecto del derecho a la memoria, que se articula con la emisión de políticas públicas como una preservación de los recuerdos como parte del patrimonio histórico y también como una garantía de que estos hechos no se vuelvan a repetir. No obstante, ello involucra un importante compromiso político para su realización.

⁹ SIN TEXTO

a.2. Últimas sentencias pronunciadas por la Corte IDH sobre Ecuador (2020)

En el contexto de un tiempo doloroso y complejo para toda la humanidad en donde se atraviesa una pandemia a causa de la enfermedad COVID-19, en donde es posible acotar sobre un sinnúmero de vulneraciones a los derechos humanos de las personas en diversidad de contextos, este Tribunal Interamericano ha trasformado su modalidad de trabajo, con lo cual se han pronunciado tres sentencias contenciosas sobre Ecuador.

Para este apartado se muestran las sentencias de manera textual, cabe indicar que, dada la extensión de las mismas, apuntan los siguientes apartados de introducción, reparación y puntos resolutivos de cada una:

a.2.1. Corte IDH. Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398.

- INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIAS

El caso sometido a la Corte.- El 18 de abril de 2018 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención Americana, el caso Montesinos Mejía en contra de la República de Ecuador (en adelante “el Estado”, “el Estado ecuatoriano” o “Ecuador”). La controversia versa sobre la alegada detención ilegal y arbitraria de la presunta víctima en 1992, los actos de tortura en su contra, así como la falta de garantías judiciales en los procesos penales que se le siguieron. La Comisión consideró que el Estado violó los derechos a la integridad personal, libertad personal, garantías judiciales y protección judicial en perjuicio del señor Mario Montesinos Mejía.

Trámite ante la Comisión.- El trámite del caso ante la Comisión Interamericana fue el siguiente:

- a. *Petición.*- El 30 de agosto de 1996 la Comisión Interamericana recibió una petición presentada por Alejandro Ponce Villacís en contra de Ecuador.
- b. *Informe de Admisibilidad y Fondo.*- El 10 de diciembre de 1996 el Estado presentó sus observaciones sobre la admisibilidad de la denuncia. El 9 de febrero de 2004 la Comisión informó a las partes que, en aplicación del artículo 37.3 de su Reglamento entonces vigente, decidió diferir el tratamiento de admisibilidad hasta el debate y decisión sobre el fondo. El 9 de marzo de 2004 el peticionario presentó observaciones adicionales. El 15 de julio de 2016 el Estado presentó sus observaciones adicionales sobre la admisibilidad y el fondo. Finalmente, el 25 de octubre de 2017 la Comisión emitió el Informe de Admisibilidad y Fondo No. 131/17 (en adelante “Informe de Fondo”), conforme al artículo 50 de la Convención Americana, en el cual determinó que la única víctima era el señor Mario Montesinos Mejía, llegó a una serie de conclusiones¹⁰ y formuló varias recomendaciones al Estado.
- c. *Notificación al Estado.*- El Informe de Fondo fue notificado al Estado mediante comunicación de 18 de enero de 2018, en la que se le otorgó un plazo de dos meses para informar sobre el cumplimiento de las recomendaciones. Ecuador no presentó información sustantiva sobre avances en el cumplimiento de las recomendaciones. Además, el Estado tampoco solicitó una prórroga conforme al Reglamento de la Comisión para tales efectos.

Sometimiento a la Corte.- El 18 de abril de 2018 la Comisión sometió el caso a la Corte respecto a los hechos y violaciones de derechos humanos descritos en el Informe de Fondo.

¹⁰ Concluyó que Ecuador era responsable por la violación de los artículos 5.1, 5.2, 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 8.2.d, 8.3, 24, 25.1, 25.2.c de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento.

- REPARACIONES

Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado¹¹.

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior¹². De no ser esto materialmente posible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, este Tribunal determinará, de conformidad a lo previsto en el artículo 63.1 de la Convención y en el Derecho Internacional, medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron¹³. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados¹⁴.

Este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho¹⁵.

11 Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 122.

12 Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, párr. 26, y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 123.

13 Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, párr. 26, y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 123.

14 Cfr. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 226, y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 123.

15 Cfr. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110, y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 124.

En consideración de las violaciones declaradas en el capítulo anterior, este Tribunal procederá a analizar las pretensiones presentadas por la Comisión y el representante, así como los argumentos del Estado, a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza y alcance de la obligación de reparar, con el objeto de disponer las medidas dirigidas a reparar los daños ocasionados a las víctimas¹⁶.

La jurisprudencia internacional y en particular, de la Corte, ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye por sí misma una forma de reparación¹⁷. No obstante, considerando las circunstancias del presente caso y el sufrimiento que las violaciones cometidas causaron a la víctima, la Corte estima pertinente fijar otras medidas.

a. Parte Lesionada

Este Tribunal reitera que se considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención, a quien ha sido declarada víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma. Por lo tanto, esta Corte considera como “parte lesionada” al señor Mario Montesinos Mejía, quien en su carácter de víctima de las violaciones declaradas en el capítulo VII de esta Sentencia será acreedor de lo que la Corte ordene a continuación.

b. Medidas de satisfacción y restitución

La *Comisión* recomendó que el Estado adopte medidas de compensación económica y satisfacción.

El *representante* solicitó lo siguiente: i) la anulación íntegra del proceso que por testaferrismo se siguió en contra del Coronel Mario Alfonso Montesinos Mejía y que concluyó con la condena en su contra. Esta anulación incluye la anulación y exclusión de toda prueba que haya

¹⁶ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, párrs. 25 a 27, y *Caso Jenkins Vs. Argentina*, párr. 125.

¹⁷ Cfr. *Caso Neira Alegria y otros Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29*, párr. 56, y *Caso Jenkins Vs. Argentina*, párr. 106.

sido obtenida o generada a partir de la detención ilegal e incomunicación del señor Montesinos, en particular el informe policial que sirvió de fundamento para que se dictara el auto cabeza de proceso; ii) el reconocimiento por parte del Estado de que mientras no exista un proceso válido, subsiste la presunción de inocencia y por lo tanto debe recibir el trato de una persona inocente, y iii) la eliminación de todo registro público el nombre de Mario Alfonso Montesinos Mejía como responsable del delito de testaferrismo, así como de cualquier sanción o multa que pese en su perjuicio.

El *Estado* señaló que la Corte no es competente para revertir las decisiones judiciales emitidas en el ámbito interno, dado que no actúa como cuarta instancia. Asimismo, consideró improcedente tanto la anulación del proceso por testaferrismo, como el hecho de atribuir el nombre del señor Montesinos a una unidad de lucha contra el narcotráfico.

Al respecto, la *Corte* estima pertinente ordenar, como lo ha hecho en otros casos¹⁸ que el Estado deberá publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia: a) el resumen oficial de esta Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial en un tamaño de letra legible y adecuado; b) el resumen oficial de la Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, en un tamaño de letra legible y adecuado, y c) la presente sentencia en su integridad, la cual debe estar disponible por un período de un año, en un sitio web oficial, de manera accesible al público. El Estado deberá comunicar de forma inmediata a esta Corte una vez que proceda a realizar cada una de las publicaciones dispuestas.

En lo que respecta a la sentencia condenatoria por el delito de testaferrismo, en atención a las conclusiones a las cuales llegó la Corte en los capítulos VII-2 y VII-3, en el sentido de que el señor Montesinos fue objeto de tratos crueles, inhumanos y degradantes durante el período de prisión preventiva, que no fue asesorado por un abogado durante

¹⁸ Cfr. Caso Cantonal Benavides Vs. Perú, párr. 79, y Caso López Soto y otros Vs. Argentina, párr. 237.

sus primeras declaraciones y que no se investigó la denuncia de tortura y malos tratos, la Corte considera que las declaraciones rendidas por el señor Montesinos durante la etapa inicial del procedimiento, y que fueron usadas por el Tribunal para condenarlo por el delito de testaferrismo, deben ser excluidas del proceso. Asimismo, atendiendo las violaciones establecidas en el presente caso, este Tribunal determina que el proceso penal seguido en contra del señor Montesinos no puede producir efectos jurídicos en lo que respecta a dicha víctima y, por ello, dispone que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias en el derecho interno para dejar sin efecto las consecuencias de cualquier índole que se deriven del indicado proceso penal, inclusive los antecedentes judiciales o administrativos, penales o policiales, que existan en su contra a raíz de dicho proceso. Para ello, el Estado cuenta con un plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

c. Investigación de los hechos de tortura

La *Comisión* recomendó iniciar de oficio la investigación penal de manera diligente, efectiva y dentro de un plazo razonable con el objeto de esclarecer los hechos de tratos crueles, inhumanos o degradantes, denunciados por el señor Montesinos a fin de identificar todas las posibles responsabilidades e imponer las sanciones que correspondan respecto de las violaciones de derechos humanos declaradas en el presente informe. El *Representante* solicitó la investigación y sanción penal de los responsables de las violaciones a los derechos humanos de Mario Montesinos Mejía. El *Estado* no presentó alegatos sobre este extremo.

La *Corte* declaró en la presente Sentencia que el Estado incumplió con el deber de investigar las denuncias de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes al señor Montesinos (*supra* párr. 160). Al respecto, la Corte valora los avances normativos e institucionales implementados en los últimos años por parte de Ecuador (*supra* párr. 149). Sin perjuicio de lo anterior, la Corte dispone que Ecuador deberá, en un plazo razonable, iniciar la investigación necesaria para determinar, juzgar, y, en su caso, sancionar a los responsables de los

tratos crueles, inhumanos y degradantes establecidos en la presente Sentencia, así como de la tortura denunciada por el señor Montesinos en el año 1996.

De acuerdo con su jurisprudencia constante, la Corte estima que el Estado debe asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de las víctimas o sus familiares en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento de los responsables, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana.

d. Medidas de rehabilitación

La Comisión solicitó disponer las medidas de atención en salud física y mental necesarias para la rehabilitación de Mario Montesinos Mejía, de ser su voluntad y de manera concertada. El representante solicitó la adopción de las medidas de atención en salud física y mental, atendiendo el actual estado del señor Montesinos. El Estado recordó que, en su calidad de afiliado al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas del Ecuador (ISSFA), el señor Montesinos recibe atención médica completa y continua. Actualmente, el señor Montesinos es pensionista de retiro del ISSFA, goza de una cobertura del 100% en lo que corresponde al seguro de salud. Las prestaciones proporcionadas por el ISSFA se encuentran detalladas en la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. Además, el señor Montesinos, como afiliado del ISSFA, puede solicitar atención médica a través de los prestadores de servicios de salud de las Fuerzas Armadas, de la Red Pública Integral de Salud, y de la Red Privada Complementaria. Por lo tanto, el señor Montesinos se encuentra adecuadamente atendido y sus gastos están debidamente cubiertos por el seguro de salud que tiene, por lo que no es necesario ni pertinente que la Corte se pronuncie sobre medidas de atención médica.

La Corte advierte que fue probado en el presente caso que el señor Montesinos fue víctima de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Asimismo, de la prueba aportada y las declaraciones de sus familiares ante la Corte, se observa que el señor Montesinos sufre de una serie de padecimientos como consecuencia de los seis años en los cuales

estuvo privado de libertad¹⁹. Aunque se toma en consideración la explicación del Estado de que el señor Montesinos puede acceder a la atención médica proporcionada por el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas del Ecuador, la Corte estima que el Estado debe brindar gratuitamente y de forma inmediata, adecuada y efectiva, el tratamiento psicológico y psiquiátrico requerido por el señor Montesinos, previo consentimiento informado y por el tiempo que sea necesario, incluida la provisión gratuita de medicamentos. Asimismo, los tratamientos respectivos deberán prestarse de manera oportuna y diferenciada, en la medida de lo posible, en el centro más cercano a su lugar de residencia en Ecuador, por el tiempo que sea necesario. Para tal efecto la víctima dispone de un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, para requerir al Estado dicho tratamiento.

A. Indemnización compensatoria

La *Comisión* solicitó reparar integralmente las violaciones de derechos humanos declaradas en su informe de fondo tanto en el aspecto material como inmaterial.

El *representante* solicitó: i) el pago de un valor indemnizatorio por el hecho de haber sido sujeto a tortura, tratos crueles e inhumanos, así como la privación arbitraria de su libertad por más de seis años, que sea de tal magnitud que surta un efecto de carácter preventivo para que el Estado no incurra en hechos semejantes, el cual estimó en USD \$1.000.000; ii) la reparación por los daños inmateriales y daño moral deberá ser fijada por la Corte en equidad, considerando el largo tiempo que ha debido sufrir por dichos daños, el cual estimó que no podría ser inferior a los USD \$500.000; iii) la reparación por el daño efectivamente sufrido a su proyecto de vida, como un hecho cierto y pasado, en un valor de al menos USD \$ 1.000.000, y iv) un valor indemnizatorio que corresponda al valor actual que tiene el inmueble “Santa Clara” y de cuya propiedad se vio privado tanto Mario

¹⁹ Certificado medico de 23 de noviembre de 1997 sobre cardiopatía isquémica (expediente de prueba, folio 2081); certificados médicos que acreditan el estado de salud actual de Mario Montesinos Mejía y carnet de discapacidad (expediente de prueba, folio 2076 a 2079).

Montesinos Mejía como su cónyuge Marcia Montesinos. Asimismo, sobre este punto indicó que el valor indemnizatorio es el único mecanismo real de reparar pues el inmueble en la actualidad se encuentra invadido por más de una centena de familias campesinas.

Por cuanto atañe a las indemnizaciones compensatorias, el *Estado* indicó que: i) el comiso especial de la Hacienda Santa Clara se ordenó mediante sentencia de 9 de septiembre de 1996, dentro de un proceso judicial en el cual se determinó el uso del bien con fines delictivos. La sanción que afecta al bien se pronunció en el marco de un proceso judicial que tuvo como finalidad garantizar el orden público; ii) el daño material alegado respecto a los bienes de la presunta víctima, los cuales estaban relacionados con fines delictivos, no constituye un daño resarcible; iii) se debe considerar la sentencia del caso Fermín Ramírez, en la cual la Corte condenó al Estado de Guatemala por las violaciones a las garantías judiciales, la protección judicial, el principio de legalidad, el derecho a solicitar una commutación de la pena de muerte pronunciada y la integridad personal en su perjuicio, sin embargo la Corte no ordenó ninguna reparación pecuniaria, considerando que no había pruebas que acreditaran los daños materiales alegados, así como los elementos fácticos objetivos; iv) los montos por daño inmaterial solicitado por el representante son desproporcionados, y en tal virtud, deberán ser desestimados, puesto que el principio de reparación integral no puede implicar un enriquecimiento por parte de la presunta víctima. Asimismo, en relación al “carácter preventivo” que el representante pretende dar a la eventual reparación, el Estado recuerda que la Corte Interamericana no se encuentra habilitada para pronunciar indemnizaciones con carácter punitivo, sino únicamente que el resarcimiento del daño sea exclusivamente destinado a reparar el daño causado; v) sobre el alegado daño al proyecto de vida, consideró el monto desmesurado y que no se encuentra justificado por ningún sustento económico; los proyectos que habrían sido afectados tampoco se encuentran especificados. Adicionalmente, el Estado indicó que, como se desprende de la hoja de vida del señor Montesinos, su vida profesional se desarrolló con plena normalidad, por lo que no se ha visto limitado en desarrollar su proyecto de vida.

La Corte ha desarrollado el concepto de daño material²⁰ y los supuestos en que corresponde indemnizarlos. En particular, la Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y ha establecido que supone “la pérdida o detrimiento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. En razón de ello, la Corte determinará la pertinencia de otorgar reparaciones pecuniarias y los montos respectivos debidos en este caso.

Respecto al daño material, este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia que el mismo supone la pérdida o detrimiento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso²¹. En el presente caso, la Corte hace notar que el representante no ha presentado ninguna prueba juntamente con su escrito de solicitudes y argumentos que demuestre la pérdida o detrimiento de ingreso directamente en virtud de los hechos del caso, de manera que la Corte no cuenta con información suficiente para ordenar una indemnización por daño material en favor del señor Montesinos.

Por otra parte, respecto al daño inmaterial, la Corte ha establecido en su jurisprudencia que el daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados por la violación como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas. Dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos

²⁰ Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002, Serie C No. 91, párr. 43; y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 145.

²¹ Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, párr. 43 y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 145.

de equidad²². Por ello, considerando las circunstancias del presente caso, así como las restantes consecuencias de orden inmaterial establecidas en la presente Sentencia, la Corte estima pertinente fijar en equidad, por concepto de daño inmaterial, una indemnización equivalente a USD \$50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor del señor Montesinos Mejía.

Finalmente, la Corte no considera necesario otorgar medidas de reparación económica adicionales en razón de las otras alegadas afectaciones.

B. Otras medidas de reparación solicitadas

La Comisión solicitó que se adopte las medidas necesarias para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares. Específicamente, desarrollar programas de formación para cuerpos de seguridad, jueces y fiscales, sobre la prohibición absoluta de actos de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como las obligaciones derivadas de la regla de la exclusión. Asimismo, asegurar que las autoridades competentes estén debidamente capacitadas en cuanto a su obligación de iniciar, de oficio, investigaciones penales frente a denuncia o razón fundada sobre posibles actos de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes. Igualmente, fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas y asegurar su debida aplicación a los funcionarios a cargo del tratamiento de las personas privadas de libertad. El representante solicitó que se ordene que la República del Ecuador adopte las medidas necesarias para evitar que hechos semejantes se produzcan el futuro y que el Estado haga un pedido de disculpas, tanto al señor Montesinos como a su familia por parte del Estado por las violaciones a los derechos humanos. El Estado deberá también designar a la unidad de la policía encargada de la lucha anti drogas con el nombre de Mario Alfonso Montesinos Mejía.

La Corte no considera necesario ordenar medidas adicionales a las ya ordenadas anteriormente.

²² Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84, y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 158.

C. Costas y Gastos

El *representante* solicitó el pago de las costas y gastos incurridos, así como los haberes por la defensa profesional tanto a nivel interno como internacional, en equidad. Indicó que los gastos incurridos en la defensa a nivel doméstico deberían tener un valor de al menos USD \$100.000 y para el caso de la defensa en el Sistema Interamericano el valor fijado debería ser de USD \$100.000.

El *Estado* se refirió al *quantum* razonable de la indemnización y consideró que la cuantía reclamada es excesiva, además de no ser sustentada por ningún elemento probatorio. El Estado solicitó que se proceda a un desglose riguroso de los rubros que el representante de la víctima pretende incluir en las costas y gastos reclamados, y que se fije una cantidad razonable.

La *Corte* reitera que, conforme a su jurisprudencia²³, las costas y gastos hacen parte del concepto de reparación, toda vez que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el Sistema Interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable²⁴.

Este Tribunal ha señalado que “las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las

²³ Cfr. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 79 y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 164.

²⁴ Cfr. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, párr. 82 y Caso Omeara Carrascal y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C No. 368, párr. 342.

sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte”²⁵. Asimismo, la Corte reitera que “no es suficiente la remisión de documentos probatorios, sino que se requiere que las partes hagan una argumentación que relacione la prueba con el hecho que se considera representado, y que, al tratarse de alegados desembolsos económicos, se establezcan con claridad los rubros y la justificación de los mismos”²⁶.

En el presente caso, no consta en el expediente respaldo probatorio preciso en relación con las costas y gastos en los cuales incurrió el señor Montesinos o su representante respecto a la tramitación del caso en el ámbito doméstico o ante la Corte. Sin embargo, la Corte considera que tales trámites necesariamente implicaron erogaciones pecuniarias, por lo que determina que el Estado debe entregar al representante la cantidad de US\$ 15.000,00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos. Dicha cantidad deberá ser entregada directamente al representante. En la etapa de supervisión de cumplimiento de la presente Sentencia, la Corte podrá disponer que el Estado reembolse a la víctima o su representante los gastos razonables en que incurra en dicha etapa procesal²⁷.

D. Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas

En el presente caso, mediante nota de Secretaría de 31 de octubre de 2018, la Corte resolvió declarar procedente la solicitud realizada para acogerse al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas. Asimismo, mediante la Resolución de convocatoria a audiencia de 25 de junio

²⁵ Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 275 y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 164.

²⁶ Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, párr. 277 y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 164.

²⁷ Cfr. Caso Gudiel Alvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 262, párr. 62, y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 165.

de 2019, el Presidente dispuso que la asistencia económica estaría asignada para cubrir los gastos de viaje y estadía necesarios para que la testigo Marcia González Rubio compareciera ante el Tribunal a rendir su declaración en la audiencia pública celebrada en el presente caso. Asimismo, en dicha Resolución la Presidencia determinó que los gastos razonables de formalización y envío del affidavit de la presunta víctima Mario Montesinos Mejía podría ser cubierto con recursos del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

El 23 de octubre de 2019 fue remitido al Estado un informe de erogaciones según lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de la Corte sobre el funcionamiento del referido Fondo. De esta forma, el Estado tuvo la oportunidad de presentar sus observaciones sobre las erogaciones realizadas en el presente caso, las cuales ascendieron a la suma de USD \$176.00 (ciento y setenta y seis dólares de los Estados Unidos de América). El Estado no presentó observaciones sobre dichas erogaciones.

En razón de las violaciones declaradas en la presente Sentencia y del cumplimiento de los requisitos para acogerse al Fondo de Asistencia de la Corte, este Tribunal ordena al Estado el reintegro a dicho Fondo de la cantidad de USD \$176.00 (ciento y setenta y seis dólares de los Estados Unidos de América) por los gastos incurridos. Este monto deberá ser reintegrado en el plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la presente Sentencia.

E. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial y el reintegro de costas y gastos establecidos en la presente Sentencia directamente a la persona indicada en la misma, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, sin perjuicio de que pueda adelantar el pago completo en un plazo menor.

En caso de que el beneficiario haya fallecido o fallezca antes de que les sea entregada la cantidad respectiva, esta se entregará directamente a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable.

El Estado deberá cumplir con las obligaciones monetarias mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio que se encuentre vigente en la bolsa de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

Si por causas atribuibles al beneficiario de las indemnizaciones o a sus derechohabientes no fuese posible el pago de las cantidades determinadas dentro del plazo indicado, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera ecuatoriana solvente, en dólares de los Estados Unidos de América, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si no se reclama la indemnización correspondiente una vez transcurridos diez años, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como indemnización por daños materiales e inmateriales, y como reintegro de costas y gastos, deberán ser entregadas a la persona indicada en forma íntegra, conforme a lo establecido en esta Sentencia, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.

En caso de que el Estado incurriera en mora, incluyendo en el reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en la República del Ecuador.

• PUNTOS RESOLUTIVOS

Por tanto,

LA CORTE

DECIDE,

Por unanimidad,

Desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado relativa a la incompetencia de la Corte por en razón del tiempo, en los términos de los párrafos 18 y 19 de la presente Sentencia.

Por unanimidad,

Desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado relativa a la falta de agotamiento de recursos internos, en los términos de los párrafos 24 a 28 de la presente Sentencia.

Por unanimidad,

Desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado relativa a la incompetencia *ratione materiae* para revisar decisiones internas, en los términos de los párrafos 32 a 35 de la presente Sentencia.

Por unanimidad,

Desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado relativa al control de legalidad de las actuaciones de la Comisión Americana, en los términos de los párrafos 38 a 41 de la presente Sentencia.

DECLARA,

Por unanimidad,

El Estado es responsable por la violación de los derechos a la libertad personal, a la presunción de inocencia y a la protección judicial,

previstos en los artículos 7.1, 7.2, 7.4, 7.5, 8.2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento; así como los artículos 7.1, 7.3 y 7.6 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Mario Alfonso Montesinos Mejía, en los términos de los párrafos 114, 119, 128, 133 y 139 de la presente Sentencia.

Por unanimidad,

El Estado es responsable por la violación de las obligaciones de proteger y garantizar el derecho a la integridad personal, previstas en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, y 1, 6 y 8 de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de Mario Alfonso Montesinos Mejía, en los términos de los párrafos 159 y 160 de la presente Sentencia.

Por unanimidad,

El Estado es responsable por la violación del derecho a las garantías judiciales, previsto en los artículos 8.1, 8.2 b, c, d y e, y 8.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Mario Alfonso Montesinos Mejía, en los términos de los párrafos 188 y 195 de la presente Sentencia.

Por unanimidad,

El Estado no es responsable por la violación del derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos y del principio de legalidad y no retroactividad, establecidos respectivamente en los artículos 8.4 y 9 de la Convención Americana, en los términos de los párrafos 206 y 213 de la presente Sentencia.

Y DISPONE:

Por unanimidad,

Esta Sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación.

Por unanimidad,

El Estado realizará, en el plazo de seis meses, las publicaciones indicadas en el párrafo 226 de la presente Sentencia.

Por unanimidad,

El Estado adoptará, en un plazo de seis meses contado a partir de la notificación del presente Fallo, todas las medidas necesarias en el derecho interno para dejar sin efecto las consecuencias de cualquier índole que se derivan del proceso penal seguido contra el señor Mario Montesinos Mejía, en los términos del párrafo 227 de la presente Sentencia.

Por unanimidad,

El Estado iniciará, en un plazo razonable, la investigación necesaria para determinar, juzgar, y, en su caso, sancionar a los responsables de los tratos crueles, inhumanos y degradantes establecidos en la presente Sentencia, así como de la tortura denunciada por el señor Montesinos en el año 1996, en los términos del párrafo 229 de la presente Sentencia.

Por unanimidad,

El Estado pagará las cantidades fijadas en los párrafos 237 al 239 de la presente Sentencia, por concepto de daños materiales e inmateriales y por el reintegro de costas y gastos, en los términos de los párrafos 250 al 255 de la presente Sentencia.

Por unanimidad,

El Estado brindará gratuitamente y de forma inmediata, adecuada y efectiva, el tratamiento psicológico y psiquiátrico que requiera la

víctima, previo consentimiento informado y por el tiempo que sea necesario, incluida la provisión gratuita de medicamentos, en los términos del párrafo 237 de la presente Sentencia.

Por unanimidad,

El Estado reintegrará al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso, en los términos del párrafo 249 de esta Sentencia.

Por unanimidad,

El Estado rendirá al Tribunal un informe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

Por unanimidad,

La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Redactada en español, en San José, Costa Rica, el 27 de enero de 2020.

a.2.2 Corte IDH. Caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de febrero de 2020. Serie C No. 399

- **INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIAS**

***El caso sometido a la Corte.*- El 29 de marzo de 2018, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”), sometió a la jurisdicción de la Corte el caso “Carranza Alarcón” contra la República del Ecuador (en**

adelante “el Estado” o “Ecuador”)²⁸. La Comisión dio por establecido que el señor Ramón Rosendo Carranza Alarcón (en adelante también “señor Carranza” o “señor Carranza Alarcón”) estuvo “privado de libertad preventivamente entre noviembre de 1994 y diciembre de 1998”, cuando la sentencia condenatoria en su contra quedó firme. De acuerdo a lo expresado por la Comisión, la prisión preventiva fue arbitraria, así como su duración y la del proceso penal irrazonable.

Trámite ante la Comisión.- El trámite ante la Comisión fue el siguiente:

- a. *Petición.*- El 5 de abril de 1998 la Comisión recibió la petición inicial, presentada por José Leonardo Obando Laaz (en adelante “el representante”).
- b. *Informes de Admisibilidad y de Fondo.*- El 2 de noviembre de 2011 y el 23 de mayo de 2017 la Comisión aprobó, respectivamente, el Informe de Admisibilidad No. 154/11 y el Informe de Fondo No. 40/17 (en adelante “Informe de Fondo”). En este llegó a conclusiones²⁹ y formuló recomendaciones al Estado.
- c. *Notificación al Estado.*- La Comisión notificó al Estado el Informe No. 40/17 mediante una comunicación de 29 de junio de 2017, otorgándole un plazo de dos meses para informar sobre el cumplimiento de las recomendaciones.
- d. *Informes sobre las recomendaciones de la Comisión.*- Por solicitudes de Ecuador, los días 27 de septiembre de 2017, 28 de diciembre de 2017 y 29 de enero de 2018, la Comisión otorgó prórrogas al Estado. Sin embargo, conforme expresó al someter

²⁸ Afirmó que sometió el caso a este Tribunal por “la necesidad de obtención de justicia en el caso particular”. Designó como sus delegados a la Comisionada Esmeralda Arosemena de Troitiño y al Secretario Ejecutivo Paulo Abrão, y a Elizabeth Abi- Mershed, entonces Secretaria Ejecutiva Adjunta, Silvia Serrano Guzmán y Erick Acuña Pereda como asesoras legales y asesor legal.

²⁹ La Comisión concluyó que Ecuador es responsable por la violación de los derechos a la libertad personal, garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 7.1, 7.3, 7.5, 8.1 y 8.2 de la Convención Americana, en relación con obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado.

el caso a la Corte, la Comisión consideró que “no contó con información concreta sobre el cumplimiento de las recomendaciones” expresadas en el Informe de Fondo³⁰.

Solicitudes de la Comisión. - La Comisión solicitó a este Tribunal declarar la responsabilidad internacional de Ecuador, considerando “la totalidad de los hechos y violaciones de derechos humanos” señaladas en su Informe de Fondo, así como que ordene al Estado, como medidas de reparación, las recomendaciones incluidas en el mismo.

b. REPARACIONES

Con base en lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación

- ³⁰ Ecuador presentó informes a la Comisión sobre el cumplimiento de sus recomendaciones al menos los días 5 de septiembre de 2017, 4 de enero de 2018 y 29 de marzo de 2018. Es útil resaltar que la Comisión recomendó al Estado “[r]eparar integralmente al señor [...] Carranza” y “[d]isponer las medidas de no repetición necesarias para asegurar que tanto la normativa aplicable como las prácticas respectivas en materia de detención preventiva sean compatibles con los estándares establecidos en el [Informe de Fondo]”. Interesa destacar que en un escrito fechado el 26 de diciembre de 2017, remitido el 4 de enero de 2018 a la Comisión, el Estado, respecto a la primera recomendación, expresó que había “emprendido esfuerzos” para localizar al señor Carranza, y respecto de la segunda recomendación, hizo notar que en 2014 había entrado en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, que modificó el régimen legal de la prisión preventiva de modo que, a criterio del Estado, “guarda armonía con los estándares establecidos por la C[omisión]”. Además, informó acciones de capacitación a personal policial, con un “enfoque basado en derechos humanos”, en las que se incluyó un módulo sobre “prisión preventiva”. Luego el Estado envió a la Comisión copia de un escrito de 25 de enero de 2018 del abogado del señor Carranza, dirigido a autoridades estatales, en que dicho abogado dijo estar intentando localizar al señor Carranza y manifestó “est[ar] plenamente de acuerdo [en] que se puede canalizar ante la C[omisión] una prórroga de por lo menos dos o tres meses, para localizar al s[eñor] C[arranza....] y llegar a una solución amistosa del caso que conllevaría una reparación material e inmaterial”. En su última presentación, de 29 de marzo de 2018, el Estado informó a la Comisión que había efectuado diversas acciones para identificar el paradero del señor Carranza, y que el abogado de él había señalado tener “indicios de que el señor Carranza habría fallecido”. El Estado manifestó en esa oportunidad que tenía “voluntad de llevar a cabo el proceso de reparación integral recomendando en el Informe de Fondo No. 40/17” y que “la dificultad para identificar el paradero del señor Carranza Alarcón ha[bía] hecho imposible cumplir con este cometido”. En la misma oportunidad el Estado señaló que por el motivo expuesto era “necesario solicitar una prórroga” a la Comisión y “consider[ó] oportuno que en el marco del proceso ante el Sistema Interamericano [...] se solicite al representante del peticionario [que] facilite al Estado la información que permita el contacto con el señor Carranza Alarcón”.

internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado³¹.

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, este Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron³². Las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas y los daños acreditados³³.

Este Tribunal analizará las pretensiones de reparación a la luz de los criterios fijados en su jurisprudencia en relación con el alcance de la obligación de reparar³⁴.

A) Parte lesionada

Se considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención, a quien ha sido declarada víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma. Por lo tanto, es “parte lesionada” el señor Ramón Rosendo Carranza Alarcón, de quien se informó que se encuentra fallecido (*supra* nota a pie de página 4).

31 Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 122.

32 Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas, párr. 26, y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 123.

33 Cfr. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110, y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 124.

34 Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas, párrs. 25 a 27, y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 125.

B) *Medidas de satisfacción*

Este Tribunal ordena, como lo ha dispuesto en otros casos³⁵, que el Estado publique, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia: a) el resumen oficial de esta Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial en un tamaño de letra legible y adecuado; b) el resumen oficial de la Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional en un tamaño de letra legible y adecuado, y c) la presente sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio web oficial, de manera accesible al público. El Estado deberá comunicar de forma inmediata a la Corte una vez que proceda a realizar cada una de las publicaciones dispuestas, independientemente del plazo de un año para presentar su primer informe dispuesto en el punto resolutivo noveno de la presente Sentencia.

C) *Solicitud de garantías de no repetición*

La Comisión solicitó que se dispongan las medidas de no repetición necesarias para asegurar que tanto la normativa aplicable como las prácticas respectivas en materia de detención preventiva, sean compatibles con los estándares interamericanos. El representante y el Estado no se refirieron a este requerimiento.

La Corte nota que el artículo 177 del Código de Procedimiento Penal aplicado en el caso, al momento de la emisión de esta sentencia, no se encuentra en vigencia. Por lo tanto, no corresponde otorgar garantías de no repetición.

³⁵ Inclusive en ausencia de solicitud expresa, como ocurrió en este caso (cfr. Caso Cantonal Benavides Vs. Perú, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No 88, párr. 79, y Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, nota a pie de página 232).

D) *Indemnizaciones compensatorias*

La *Comisión* solicitó que se repare al señor Carranza “a través de medidas que incluyan daño material e inmaterial”, ocasionado como consecuencia de las violaciones declaradas.

El *representante* solicitó una reparación material no menor de USD \$500,000.00 (quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América).

El *Estado* rechazó las alegaciones del representante y solicitó a la Corte que “aprecie las circunstancias específicas del caso”.

La *Corte* ha desarrollado en su jurisprudencia que el daño material supone la pérdida o detrimiento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso³⁶. Respecto al daño inmaterial, la Corte ha establecido en su jurisprudencia que el daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados por la violación, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas. Por otra parte, dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, solo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad³⁷.

La Corte advierte que el representante no explicó los fundamentos de su solicitud monetaria, ni tampoco si correspondería a un daño material o inmaterial. La Corte no tiene elementos de prueba ni se ha esbozado argumentación suficiente para evaluar el supuesto daño

³⁶ Cfr. Caso Bánuca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43, y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 145.

³⁷ Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84, y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 158.

material en el presente caso, por lo que no considera procedente ordenar su reparación económica. Si estima razonable asumir que las violaciones a la libertad personal y a las garantías judiciales generaron un daño inmaterial. Por lo anterior, la Corte entiende razonable ordenar, en equidad, el pago de USD \$25,000.00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) como indemnización por el daño inmaterial sufrido por el señor Carranza.

E) Costas y gastos

El *representante* solicitó que la Corte ordene al Estado el pago de los “honorarios [...] de todos los años que se ha llevado el caso”. Pidió que esos honorarios sean “regulados” por la Corte.

El *Estado* solicitó a la Corte abstenerse de ordenar la medida o en su caso, que se determine un *quantum* razonable.

La Corte reitera que, conforme a su jurisprudencia³⁸, las costas y gastos hacen parte del concepto de reparación, toda vez que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada. Corresponde al Tribunal apreciar prudentemente el alcance del reembolso por costas y gastos teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable.

En el presente caso, el Tribunal observa que el representante no mencionó ni acreditó gastos insumidos. Su solicitud fue que la Corte “regule” sus honorarios profesionales. Dicha solicitud no es consistente con la práctica de este Tribunal, que consiste en disponer el reintegro de costas y gastos efectivamente producidos, inclusive, de ser el caso, aquellos ocasionados por el pago de sumas de dinero de parte de las

³⁸ Cfr. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 79, y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 164.

víctimas a sus representantes o a profesionales por la prestación de sus servicios. Además, al notificarse el sometimiento del caso al representante, se le indicó que “el eventual reintegro de costas y gastos se realizará con base en las erogaciones debidamente demostradas ante la Corte”.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte considera evidente que los trámites realizados implicaron erogaciones pecuniarias. Por lo anterior, por considerarlo razonable, determina que el Estado debe pagar al representante la cantidad de USD \$10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos. Dicha cantidad deberá ser entregada directamente al representante. En la etapa de supervisión de cumplimiento de la presente Sentencia, la Corte podrá disponer que el Estado reembolse al representante los gastos razonables en que incurran en dicha etapa procesal³⁹.

F) Modalidad de cumplimientos de los pagos ordenados

El Estado deberá efectuar el pago del reintegro de costas y gastos establecido en la presente Sentencia directamente al representante del señor Carranza Alarcón, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la misma, sin perjuicio de que pueda adelantar el pago completo en un plazo menor.

El Estado deberá efectuar el pago de la indemnización inmaterial establecida en la presente Sentencia a los derechohabientes del señor Ramón Rosendo Carranza Alarcón, conforme al derecho interno aplicable, en el plazo de un año a partir de que se realicen las publicaciones ordenadas en la presente Sentencia (*supra* párr. 102), sin perjuicio de que pueda adelantar el pago completo en un plazo menor.

Si por causas atribuibles a los derechohabientes del señor Carranza Alarcón no fuese posible el pago de la cantidad determinada dentro del plazo indicado, el Estado consignará dicho monto a su favor en

³⁹ Cfr. Caso Gudiel Álvarez y otros (*Diario Militar*) Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 262, párr. 62, y Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 165.

una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera ecuatoriana solvente, en dólares estadounidenses, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si no se reclama la indemnización correspondiente una vez transcurridos diez años, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

El Estado debe cumplir sus obligaciones monetarias mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales. En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en la República del Ecuador.

- **PUNTOS RESOLUTIVOS**

Por todo lo anterior,

LA CORTE

DECIDE,

Por unanimidad:

Desestimar la excepción preliminar opuesta por el Estado relativa a la aducida falta de agotamiento de recursos internos, de conformidad con los párrafos 15 a 22 de esta Sentencia.

Desestimar la excepción preliminar opuesta por el Estado relativa a la aducida vulneración de su derecho de defensa, de conformidad con los párrafos 25 a 33 de esta Sentencia.

DECLARA,

Por unanimidad, que:

El Estado es responsable por la violación de los derechos a la libertad personal y a las garantías judiciales, consagrados en los artículos 7.1, 7.3 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en

relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Ramón Rosendo Carranza Alarcón, en los términos de los párrafos 60, 62, 65, 67 a 68, 75 a 85, 90 y 97 de la presente Sentencia.

El Estado es responsable por la violación de los derechos a la libertad personal y a las garantías judiciales consagrados en los artículos 7.1, 7.5, 8.1 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Ramón Rosendo Carranza Alarcón, en los términos de los párrafos 60, 64 a 68 y 86 a 97 de la presente Sentencia.

No tiene elementos para considerar la alegada violación de los derechos consagrados en los artículos 5 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los términos del párrafo 56 de la presente Sentencia.

Y DISPONE:

Por unanimidad, que:

Esta Sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación.

El Estado realizará las publicaciones indicadas en el párrafo 102 de la presente Sentencia.

El Estado pagará las cantidades fijadas en los párrafos 109 y 114 de la presente Sentencia por concepto de indemnización por daño inmaterial y reintegro de costas y gastos, en los términos de los párrafos 115 a 118 del presente Fallo.

El Estado, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendirá al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 102 de la presente Sentencia.

La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará

por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

El Juez Eduardo Vio Grossi dio a conocer a la Corte su voto individual concurrente, el cual acompaña esta Sentencia.

Redactada en español en San José, Costa Rica, el 3 de febrero de 2020.

a.2.3. Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405.

- **INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA**

El caso sometido a la Corte.- El 7 de febrero de 2019 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a la jurisdicción de la Corte el caso *Guzmán Albarracín y otras* contra la República del Ecuador (en adelante “Ecuador” o “el Estado”). La Comisión señaló que el caso se refiere a la presunta violencia sexual sufrida por Paola del Rosario Guzmán Albarracín (en adelante también “Paola”, “Paola Guzmán” o “Paola Guzmán Albarracín”) en el ámbito escolar, entre los 14 y 16 años de edad, y su posterior suicidio por la ingestión de “diablillos” (fuegos artificiales en forma de pastillas), cometido el 12 de diciembre de 2002, que produjo su muerte el día siguiente. La Comisión adujo que la violencia sexual fue ejercida por el Vicerrector del colegio estatal al que ella asistía y por el médico de la institución, y que presentó un nexo causal con el suicidio. Por otra parte, indicó que se inició un proceso penal contra el Vicerrector, quien se fugó antes que se concretara un allanamiento ordenado el 13 de febrero de 2003, y que el 18 de septiembre de 2008 se declaró prescrita la acción penal. La Comisión concluyó que el Estado es responsable por la violación de diversos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (en adelante “Protocolo de San Salvador”), y la

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará” (en adelante “Convención de Belém do Pará”).

Trámite ante la Comisión.- El trámite ante la Comisión fue el siguiente:

- a. **Petición.**- El 2 de octubre de 2006 la Comisión recibió la petición inicial⁴⁰.
- b. **Informe de admisibilidad.**- El 17 de octubre de 2008 la Comisión Interamericana aprobó el Informe de Admisibilidad No. 76/08 (en adelante “Informe de Admisibilidad”).
- c. **Proceso de solución amistosa.**- Entre 2009 y 2014 se desarrolló una fase de solución amistosa del caso ante la Comisión. El 7 de enero de 2014, luego que la parte peticionaria informara, el 23 de diciembre de 2013, su decisión irrevocable de retirarse del proceso de solución amistosa, la Comisión informó a las partes que seguiría el examen de fondo del caso.
- d. **Informe de fondo.**- El 5 de octubre de 2018 la Comisión aprobó el Informe de Fondo No. 110/18 (en adelante “Informe de Fondo”), en el cual llegó a una serie de conclusiones⁴¹ y formuló varias recomendaciones al Estado.

⁴⁰ La petición fue presentada por Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer (CEPAM-Guayaquil, en adelante CEPAM) y el Centro de Derechos Reproductivos (en adelante, en referencia a ambas organizaciones, “las representantes”). Ante la Corte, ambas organizaciones de la sociedad civil han actuado en forma conjunta en representación de las personas indicadas como presuntas víctimas, alegando violaciones a derechos humanos en perjuicio de Paola del Rosario Guzmán Albarracín, Petita Paulina Albarracín Albán y Denisse Selena Guzmán Albarracín (*infra* pár. 7).

⁴¹ La Comisión concluyó que el Estado es responsable, en perjuicio de Paola del Rosario Guzmán Albarracín, por las violaciones de los derechos establecidos en los artículos 4.1, 5.1, 11, 19, 24 y 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento; del derecho reconocido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador y de las obligaciones indicadas en los artículos 7.a y 7.b de la Convención de Belém do Pará. También concluyó que Ecuador es responsable, en perjuicio de familiares de la persona nombrada, por la violación de los

Notificación al Estado.- El Informe de Fondo fue notificado al Estado por medio de una comunicación de la Comisión Interamericana de 7 de noviembre de 2018, con un plazo de dos meses para que informara sobre el cumplimiento de las recomendaciones. La Comisión indicó que el 9 de enero de 2019 Ecuador presentó un informe de cumplimiento de las recomendaciones, pero no solicitó, con la “correspondiente renuncia a interponer excepciones preliminares [al] respecto”, la suspensión del plazo previsto en el artículo 51.1 de la Convención para el sometimiento del caso ante la Corte.

Sometimiento a la Corte.- El 7 de febrero de 2019 la Comisión sometió el caso a la Corte “por la necesidad de obtención de justicia y reparación”.

Solicitudes de la Comisión.- Con base en lo anterior, la Comisión Interamericana solicitó a este Tribunal que concluyera y declarara la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones contenidas en el Informe de Fondo, y que ordenara a Ecuador, como medidas de reparación, aquellas recomendaciones incluidas en el mismo. Este Tribunal nota, con preocupación, que entre la presentación de la solicitud inicial ante la Comisión y el sometimiento del caso ante la Corte han transcurrido más de doce años.

• REPARACIONES

Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado⁴². Además, este Tribunal ha establecido que las reparaciones

derechos receptados en los artículos 5.1, 24, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 antes citado, y de la obligación prevista en el artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará.

⁴² Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 26, y Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, párr. 224.

deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por tanto, la Corte deberá analizar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho⁴³. Asimismo, la Corte estima que en este caso las reparaciones deberán incluir un análisis que contemple no sólo el derecho de las víctimas a obtener una reparación, sino que, además, incorpore una perspectiva de género y niñez, tanto en su formulación como en su implementación.

En consecuencia, de acuerdo con las consideraciones expuestas sobre el fondo y las violaciones a la Convención declaradas en la presente Sentencia, el Tribunal procederá a analizar las pretensiones presentadas por la Comisión y las representantes de las víctimas, así como las observaciones del Estado a las mismas, a la luz de los criterios fijados en su jurisprudencia en relación con la naturaleza y alcance de la obligación de reparar, con el objeto de disponer las medidas dirigidas a reparar los daños ocasionados⁴⁴.

A. Parte Lesionada

Este Tribunal considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención, a quien ha sido declarada víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma. Por lo tanto, esta Corte considera como “parte lesionada” a Paola del Rosario Guzmán Albarracín, a su madre Petita Paulina Albarracín Albán y la hermana de la primera, Denisse Selena Guzmán Albarracín.

B. Solicitud de que se ordene la investigación de los hechos

La **Comisión** solicitó que el Estado lleve a cabo, con la debida diligencia y en un plazo razonable, las investigaciones y procesos penales correspondientes, con el fin de individualizar, identificar, juzgar

⁴³ Cfr. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110, y Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, párr. 224.

⁴⁴ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas, párrs. 25 y 26, y Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, párr. 225.

y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Del mismo modo, consideró que la garantía de *ne bis in idem* no resulta oponible por el Estado al momento de dar cumplimiento de la presente recomendación de investigación, puesto que la prescripción del proceso penal fue resultado de una investigación y proceso penal incompatibles con la Convención Americana. Asimismo, solicitó que se tomen las medidas administrativas, disciplinarias o penales correspondientes frente a las acciones u omisiones de los funcionarios estatales que contribuyeron a la denegación de justicia e impunidad en las que se encuentran los hechos del caso.

Las representantes solicitaron que se investiguen las responsabilidades penales y administrativas y de cualquier otra índole que deriven de los hechos de acoso y abuso sexual, la injerencia arbitraria sobre la vida privada de Paola, y la “tortura” que ellas sostuvieron que ocurrió, así como la muerte de la adolescente, dentro de un plazo razonable, por medio de funcionarios capacitados en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género. Al igual que la Comisión, “[e]n virtud de la impunidad que impera”, y siendo Paola “víctima de actos de tortura, acoso, abuso y violación sexual”, las representantes solicitaron que se determine que en el presente caso “no opera la prescripción de la acción penal” y, consecuentemente, que se ordene al Estado la adopción de las medidas necesarias para que la muerte y la violencia sexual que sufrió la adolescente “no quede [...] impun[e] y se restituyan adecuadamente los derechos de acceso a la justicia y a la verdad de las víctimas”.

De manera subsidiaria, y en caso de que la Corte decida no acoger la solicitud anterior, en sus alegatos finales escritos solicitaron que se ordenara al Estado de Ecuador como una de las medidas de satisfacción, la creación de una Comisión Interdisciplinaria Independiente, que evalué los hechos del presente caso, y que mediante un informe de carácter público, haga una determinación oficial con perspectiva de género de lo sucedido, en la cual se considere a Paola Guzmán Albarracín como una niña víctima de acoso, abuso y violación sexual en el contexto escolar, y que “se limpie su imagen y memoria de todos aquellos estereotipos de género que la culpabilizaron de los

hechos, y le imputaron conductas de ‘seducción’ al Vicerrector, y la calificaban como ‘enamorada’ de éste”. Asimismo, requirieron que dicho informe abarque el contexto de abuso, acoso y violación sexual que tenía lugar en el colegio secundario Martínez Serrano, en el cual existieron víctimas adicionales.

El *Estado* se opuso a la medida solicitada. Adujo que no es procedente alterar las decisiones judiciales internas, ya que la Corte Interamericana, como organismo internacional, no es competente para revertir las decisiones judiciales emitidas en el ámbito interno, dado que no actúa como cuarta instancia. Estimó, por tanto, que esa solicitud tendiente a alterar las decisiones judiciales tomadas con “estricto apego al ordenamiento jurídico interno no es procedente”.

La Corte estima que una eventual reapertura del proceso penal o de otros procedimientos de naturaleza administrativa no es procedente, ello sin perjuicio de que el sufrimiento producido por la impunidad ocasionada por las violaciones a las garantías judiciales y protección judicial declaradas en el presente caso, en particular la falta de las más elementales reglas de debida diligencia en la búsqueda, localización y sometimiento a proceso del acusado, sean consideradas oportunamente en el apartado de indemnizaciones.

Por otra parte, el Tribunal nota que las representantes requirieron que Ecuador realice un informe de carácter público que haga una determinación de lo sucedido a Paola Guzmán Albarracín, como modo de “limpi[ar] su imagen y memoria” (*supra* párr. 220). La Corte considera que no corresponde dar lugar a esta solicitud, puesto que fue presentada de forma extemporánea. Sin perjuicio de ello, exhorta al Estado a considerar su realización, en común acuerdo con las víctimas y/o sus representantes. La Corte no supervisará la implementación de las acciones respectivas.

C. Medidas de rehabilitación

La *Comisión* solicitó que se brindara de forma gratuita e inmediata, el tratamiento médico psicológico, psicosocial o psiquiátrico, según corresponda, a las personas familiares de Paola del Rosario Guzmán

Albarracín, de ser su voluntad y de manera concertada. Las *representantes* agregaron que dicho tratamiento debe incluir los medicamentos que las familiares de Paola del Rosario Guzmán Albarracín requieran, tomando en consideración los padecimientos de cada una de esas personas después de una evaluación individual. Indicaron, asimismo, que dicho tratamiento debe procurar un diagnóstico integral de la salud física de las beneficiarias. Además, solicitaron que la atención psicológica sea prestada por una psicóloga especialista en género y perteneciente a sociedad civil, a quien identificaron en forma puntual.

El *Estado* recordó que el derecho a la seguridad social y el derecho a la atención médica de la señora Albarracín se encuentran adecuadamente garantizados y protegidos por ser derechos de rango constitucional, por lo cual es innecesario que el Tribunal se pronuncie sobre medidas de atención médica. Señaló que “la señora Albarracín tiene acceso al seguro social”, sin discriminación alguna en su contra.

La *Corte* ha determinado que los hechos del caso generaron una afectación a la integridad personal de la señora Petita Albarracín y Denisse Guzmán Albarracín, por padecimientos emocionales y psicológicos (*supra* párr. 214). Por tanto, este Tribunal ordena al Estado brindar gratuitamente, en forma diferenciada, y por el tiempo que sea necesario, tratamiento psicológico y/o psiquiátrico para Petita Paulina Albarracín Albán y Denisse Selena Guzmán Albarracín, el cual deberá incluir en forma gratuita la provisión de los medicamentos que sean necesarios y, en su caso, transporte y otros gastos directamente relacionados y necesarios. En el tratamiento psicológico y/o psiquiátrico se deben considerar, además, las circunstancias y necesidades particulares de las víctimas, según lo que se acuerde con ellas y después de una evaluación individual⁴⁵.

Las beneficiarias de esta medida disponen de un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, para confirmar al Estado su voluntad de recibir atención psiquiátrica y/o

45 Cfr. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87, párr. 42 y 45, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, párr. 236.

psicológica. A su vez, el Estado dispondrá del plazo de tres meses, contado a partir de la recepción de dicha solicitud, para comenzar a brindar de manera efectiva la atención psicológica y/o psiquiátrica solicitada⁴⁶.

Por último, la Corte nota que el Estado ha señalado que la señora Petita Albarracín tiene acceso al seguro social. Al respecto, este Tribunal aclara que, siempre y cuando resulte adecuado a lo ordenado, el Estado podrá otorgar los tratamientos requeridos por las víctimas a través del seguro social referido o por cualquier tipo de servicio estatal de salud.

D. Medidas de satisfacción

La **Comisión** solicitó la reparación integral de las violaciones de derechos humanos declaradas, tanto en el aspecto material como moral, incluyendo las medidas de satisfacción. Las **representantes** solicitaron diversas medidas de satisfacción (*infra* párr. 248), entre ellas las siguientes: a) que “en el plazo de seis meses desde la notificación de la Sentencia se publique, de forma legible, el resumen oficial de la misma en los Diarios Oficiales, un diario de amplia circulación nacional, y en la página web de la Procuraduría General del Estado, el Ministerio de Educación, la Secretaría Nacional de Justicia y Derechos Humanos y Culto [y] el Ministerio de Salud Pública”, y b) llevar a cabo un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y disculpas públicas.

El **Estado** no se refirió a estas solicitudes. No obstante, propuso como medidas de reparación la declaratoria de un día oficial de lucha contra la violencia sexual en las aulas y el reconocimiento del grado de bachiller póstumo a Paola Guzmán en el marco de un evento público (*supra* párr. 17).

La **Corte** dispone, como lo ha hecho en otros casos⁴⁷, que el Estado publique, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación

⁴⁶ Cfr., en el mismo sentido, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, párr. 253, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, párr. 237.

⁴⁷ Cfr. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas*, párr. 79, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, párr. 231.

de la presente Sentencia, en un tamaño de letra legible y adecuado: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en el sitio web oficial del Ministerio de Educación. El Estado deberá informar de forma inmediata a este Tribunal una vez que proceda a realizar cada una de las publicaciones dispuestas, independientemente del plazo de un año para presentar su primer informe dispuesto en el punto resolutivo 13 de la presente Sentencia.

Además, la Corte estima necesario ordenar, con el fin de reparar el daño causado a las víctimas y de evitar que hechos como los de este caso se repitan, disponer que, en un plazo razonable, el Estado realice un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos del presente caso. En dicho acto se deberá hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la presente Sentencia. Asimismo, deberá llevarse a cabo mediante una ceremonia pública en presencia de altos funcionarios del Estado y de la señora Petita Paulina Albarracín Albán y su hija Denisse Selena Guzmán Albarracín y/o sus representantes. Por otra parte, en atención a lo propuesto por el Estado, en ese acto público o en otro, deberá otorgarse, en forma póstuma, el grado de Bachiller a Paola del Rosario Guzmán Albarracín, siempre que esto sea previamente aceptado por la señora Petita Paulina Albarracín Albán y/o sus representantes en un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia.

El Estado y las víctimas, y/o sus representantes, deberán acordar la modalidad de cumplimiento del acto público, así como las particularidades que se requieran, tales como el lugar y la fecha para su realización⁴⁸. De igual manera, como lo ha hecho en otros casos⁴⁹, la

48 Cfr. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 353, y Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, párr. 234.

49 Cfr., por ejemplo, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, párr. 445, y Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, párr. 234.

Corte ordena al Estado difundir dicho acto a través de los medios de comunicación de la manera más amplia posible, incluyendo la difusión en la radio, televisión y redes sociales.

Asimismo, considerando que Ecuador así lo propuso, se ordena al Estado que, en un plazo razonable, declare un día oficial de lucha contra la violencia sexual en las aulas, mencionando en el nombre de dicho día, de manera explícita, el fenómeno de la violencia sexual contra niñas y niños en el ámbito educativo.

E. Garantías de no repetición

La **Comisión** solicitó que se adopten las siguientes medidas de no repetición:

- a. “Disponer una regulación y mecanismos adecuados de capacitación, detección temprana, fiscalización, supervisión y rendición de cuentas de las entidades educativas públicas y privadas, a fin de prevenir y responder debidamente a situaciones de acoso sexual al interior de dichas instituciones, incluyendo la violencia ejercida mediante los servicios de salud que presenten en las escuelas”;
- b. “Diseñar protocolos en los sectores de educación y salud que faciliten la denuncia, confidencialidad y atención de estudiantes víctimas o testigos de actos de violencia sexual;
- c. “Incorporar en los materiales de enseñanza obligatoria escolar información adecuada, oportuna y según el nivel de madurez de las niñas y niños orientada a dotarles de herramientas para prevenir y denunciar situaciones de violencia sexual”;
- d. “Adoptar campañas educativas y de sensibilización en escuelas públicas y privadas orientadas a enfrentar los esquemas socioculturales que normalizan o trivializan la violencia sexual en este ámbito”.

Las *representantes* instaron la adopción de las siguientes medidas para evitar la repetición de los hechos:

- a. *Capacitación a funcionarios estatales.*- Solicitaron: i.- Que dentro de un plazo de un año el Estado adopte programas de educación y formación permanentes dirigidos a todos los profesionales que trabajen en instituciones educativas de preescolar, primaria y secundaria, sobre violencia sexual, embarazo, género, derechos humanos y prevención del acoso sexual, particularmente en situaciones de relaciones de poder. Pidieron que, en dichas capacitaciones, se incluyan referencias a la presente Sentencia. ii.- Que se dispongan capacitaciones sobre la identificación, denuncia, e investigación de hechos de acoso sexual con perspectiva de género. En ese orden de ideas, adujeron que deben incorporarse, en los programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a quienes están encargados de la persecución penal y su judicialización, los estándares que se establezcan en la Sentencia.
- b. *Diseño de una estrategia de atención a víctimas de violencia sexual en contextos educativos.*- Solicitaron que se disponga una regulación y mecanismos adecuados de capacitación, detección temprana, fiscalización, supervisión y rendición de cuentas de las entidades educativas públicas y privadas, a fin de prevenir y responder debidamente a situaciones de acoso sexual al interior de dichas instituciones⁵⁰.
- c. *La incorporación de cátedras sobre derechos sexuales y reproductivos dentro de los programas de estudios escolares de todas las escuelas de Ecuador, con el fin de informar y educar a las niñas y niños sobre dichos derechos.*

⁵⁰ Sostuvieron que dichas medidas deben prever que la atención a adolescentes víctimas de violencia sexual: i) sea diferenciada para adolescentes con énfasis en su salud sexual y reproductiva; ii) respete la confidencialidad médico-paciente en las consultas de salud; iii) cuente con servicios de consejería en salud sexual y reproductiva, iv) garantice la entrega inmediata de la Anticoncepción Oral de Emergencia y de profilaxis para la prevención del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), como parte de la atención a víctimas de violencia sexual.

- d. La realización de acciones para asegurar la disponibilidad de información sobre violencia sexual en las escuelas de Ecuador.- Requirieron que el Estado adopte las medidas necesarias para generar estadísticas anuales y oficiales para monitorear la implementación de las políticas públicas existentes sobre violencia de género y denuncias penales, administrativas y disciplinarias presentadas por delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes.

El *Estado* consideró, en su escrito de contestación, que las medidas que las representantes solicitaron resultan innecesarias, dado que las autoridades ecuatorianas ya han implementado normativa interna y protocolos de implementación en materia de derechos sexuales y reproductivos. En la audiencia pública (*supra* párr. 10), indicó que ha desarrollado herramientas que permiten erradicar la violencia desde una gestión preventiva, reactiva y correctiva. Asimismo, en los alegatos finales escritos, señaló las acciones encaminadas a prevenir y erradicar la violencia sexual ejecutadas en el sistema educativo ecuatoriano.

En particular, en sus alegatos, el Estado se refirió a las acciones que ha realizado agrupándolas del siguiente modo:

- e. *Atención integral*: i.- En noviembre de 2007, mediante Decreto Ejecutivo N° 620, la erradicación de la violencia de género fue declarada política de Estado, a raíz de lo cual se conformó una Comisión Técnica interinstitucional para elaborar el Plan Nacional de Erradicación de la Violencia de Género e Intrafamiliar. ii.- Las autoridades ecuatorianas emitieron las siguientes políticas y acuerdos ministeriales para garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva: 1) Convenio de Cooperación Interinstitucional 2017-2018 para la atención integral en salud a niños, niñas y adolescentes víctimas violencia de género, con atención prioritaria en casos detectados o cometidos en el Sistema Nacional de Educación; 2) Plan de Salud Sexual y Salud reproductiva 2017-2021

para garantizar una atención integral y de calidad⁵¹, y 3) Política Intersectorial de Prevención del Embarazo en Niñas y Adolescentes 2018-2025, desarrollada de manera conjunta entre los Ministerios de Salud Pública (MSP), Educación, Inclusión Económica y Social y la Secretaría de Derechos Humanos, con objetivo de garantizar el acceso universal a la información, educación integral de la sexualidad y servicios de salud sexual y salud reproductiva para la toma de decisiones libres, responsables y saludables⁵².

- f. *Atención a víctimas de violencia sexual por parte del Ministerio de Salud Pública:* i.- En 2015, el Ministerio de Salud Pública emitió la Norma Técnica de Atención Integral en Violencia de Género (NTAIVG)⁵³ ii.- En 2018 se emitió la norma de implementación del Servicio de Primera Atención que fortalece la atención en casos de violencia bajo los parámetros de calidad, calidez y principalmente confidencialidad. Esta misma norma implementó el Formulario Obligatorio de Notificación de Casos de Presunta Violencia de Género y Graves Violaciones a los Derechos Humanos que facilita el acceso a las víctimas al Sistema Nacional de Justicia, y iii.- Se han implementado, a partir de 2017, dos manuales para garantizar la atención integral y la asesoría en salud sexual y reproductiva⁵⁴.

⁵¹ Cfr. Ministerio de Salud Pública, Subsecretaría de la Promoción de la Salud e Igualdad, Dirección Nacional de Derechos Humanos, Género e Inclusión, Oficio MSP-DNDHGI-2019-0033-0 de 6 de agosto de 2019.

⁵² Cfr. Ministerio de Educación, Subsecretaría para la Innovación Educativa y el Buen Vivir. Dirección Nacional de Educación para la Democracia y el Buen Vivir, Informe sobre medidas de prevención y erradicación de violencia sexual en el ámbito educativo, 29 de marzo de 2019 (expediente de prueba, anexo 59 a la contestación, fs. 7233 a 7298).

⁵³ Cfr. Ministerio de Salud Pública, Subsecretaría de la Promoción de la Salud e Igualdad, Dirección Nacional de Derechos Humanos, Género e Inclusión, Oficio MSP-DNDHGI-2019-0033-0 de 6 de agosto de 2019.

⁵⁴ Manual de Atención Integral en Salud Sexual y Salud Reproductiva para personas con discapacidad, para el Sistema Nacional de Salud, y Manual de Asesoría en Salud Sexual y Reproductiva, dirigido a "profesionales de la salud" (cfr. Ministerio de Salud Pública, Subsecretaría de la Promoción de la Salud e Igualdad, Dirección Nacional de Derechos Humanos, Género e Inclusión, Oficio MSP-DNDHGI-2019-0033-0 de 6 de agosto de 2019).

- g. *Protocolo de actuación frente a situaciones de violencia detectadas o cometidas en el sistema educativo:* i- En 2013 se emitió el Protocolo de Actuación frente a Situaciones de Violencia Detectadas o Cometidas en el Sistema Educativo, el cual debe ser implementado respecto a todos los actores del sistema educativo⁵⁵. En 2017 se socializó la segunda edición del Protocolo que define estrategias de resolución de conflictos en situaciones de violencia en el ámbito educativo, de las cuales de excluyen los casos de violencia sexual⁵⁶. ii.- En 2017 se articularon acciones de prevención de la violencia sexual, a través del Plan de Convivencia Armónica y Cultura de Paz⁵⁷. iii.- Desde 2017 se implementó un Plan de Intervención como “medida cautelar y temporal”, que permite “subsanar el conflicto institucional y garantizar el seguimiento de la institución por la Autoridad Educativa Nacional”. iii.- En febrero de 2018 se creó el Plan de Acompañamiento y restitución, en las instituciones educativas que registran situaciones de violencia cometida o detectada en el sistema educativo nacional, con el objetivo de gestionar adecuadamente acciones del Ministerio de Educación para garantizar el acompañamiento de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual⁵⁸.

⁵⁵ El Estado indicó que este Protocolo determina lineamientos de aplicación obligatoria para todas las instituciones educativas y su personal, y que se prevén sanciones administrativas y penales en caso de que sean incumplidos. El primer principio que se extrae es la obligación de denuncia del acto de violencia sexual.

⁵⁶ El Estado señaló que, sin perjuicio de ello, “[e]n esa ocasión docente[s] y funcionarios de las juntas distritales de resolución de conflictos fueron capacitados sobre los procesos administrativos a seguir en caso de violencia sexual. Asimismo, se articularon acciones de prevención de la violencia sexual en [...] 2017 a través del Plan de Convivencia Armónica y Cultura de Paz, y en [...] 2018, a través de la Política Intersectorial de Prevención del Embarazo en niñas y [a]dolescentes”. (Cfr. Ministerio de Educación, Subsecretaría para la Innovación Educativa y el Buen Vivir. Dirección Nacional de Educación para la Democracia y el Buen Vivir, Informe sobre medidas de prevención y erradicación de violencia sexual en el ámbito educativo, 29 de marzo de 2019.).

⁵⁷ Cfr. Ministerio de Educación, Subsecretaría para la Innovación Educativa y el Buen Vivir. Dirección Nacional de Educación para la Democracia y el Buen Vivir, Informe sobre medidas de prevención y erradicación de violencia sexual en el ámbito educativo, 29 de marzo de 2019.

⁵⁸ Cfr. Ministerio de Educación, Subsecretaría para la Innovación Educativa y el Buen Vivir. Dirección Nacional de Educación para la Democracia y el Buen Vivir, Informe sobre medidas de prevención y erradicación de violencia sexual en el ámbito educativo, 29 de marzo de 2019.

- h. *Capacitación a funcionarios estatales:* i.- Se han realizado capacitaciones a 59,129 docentes sobre la prevención y el abordaje de la violencia sexual en el ámbito educativo⁵⁹. ii.- Se han implementado diferentes “talleres de sensibilización” dirigidos a profesionales de la salud y funcionarios públicos⁶⁰. iii.- Entre abril y julio de 2019 se desarrollaron 12 talleres a nivel nacional dirigidos a profesionales de los Departamentos de Consejería Estudiantil, sobre la prevención de la violencia y actuación frente a la misma.
- i. *Difusión de información sobre la salud sexual y reproductiva y la violencia de género:* i.- Las autoridades brindan “servicios de consejería en salud sexual y reproductiva” y desarrollan campañas de comunicación para prevenir la violencia sexual⁶¹. ii.- El Ministerio de Educación organiza “talleres de recorrido participativo” para la prevención de la violencia de género, violencia sexual y embarazos en adolescentes. iii.- Se creó el programa “Educando en familia”, que prevé la implementación

-
- ⁵⁹ En agosto de 2018 se implementó el Curso de prevención y atención de la violencia en el sistema educativo, dirigido a docentes y autoridades de las instituciones educativas, para sensibilizar al personal en la prevención: 13,874 docentes han aprobado el curso y 5,000 lo estaban cursando al momento en que Ecuador presentó su escrito de contestación. Conforme se planificó, en el año 2020, 164,000 docentes habrían sido capacitados en la materia. (Cfr. Ministerio de Educación, Subsecretaría para la Innovación Educativa y el Buen Vivir. Dirección Nacional de Educación para la Democracia y el Buen Vivir, Informe sobre medidas de prevención y erradicación de violencia sexual en el ámbito educativo, 29 de marzo de 2019.)
- ⁶⁰ Los mismos incluyen en sus contenidos: derechos humanos, género, violencia de género y formulario obligatorio de notificación de casos de presunta violencia de género y graves violaciones de los derechos humanos. El Estado agregó que el Ministerio de Salud implementa además las siguientes capacitaciones a funcionarios públicos: Taller de implementación de la Norma Técnica de Atención Integral en Violencia de Género, talleres de sensibilización sobre el Servicio de Primera Atención y Formulario Obligatorio de Notificación de Presuntos Casos de Violencia de Género y Graves Violaciones a los Derechos Humanos y Cuso virtual sobre Norma Técnica de Atención Integral de Víctimas de Violencia de Género.
- ⁶¹ Durante el segundo semestre de 2018 se han capacitado a 140 profesionales del Departamento de Consejería Estudiantil (cfr. Ministerio de Educación, Subsecretaría para la Innovación Educativa y el Buen Vivir. Dirección Nacional de Educación para la Democracia y el Buen Vivir, Informe sobre medidas de prevención y erradicación de violencia sexual en el ámbito educativo, 29 de marzo de 2019).

del módulo de Prevención en Familia de la Violencia Sexual, cuyo objetivo es lograr la revisión de patrones, costumbres y pautas de crianza en sus hogares que fomenten situaciones de violencia sexual en contra de niñas, niños y adolescentes. Ese programa se desarrolla en instituciones educativas. iv.- La “Campaña más unidos más protegidos” fue implementada en 2017 por el Ministerio de Educación y el Ministerio de Salud Pública conjuntamente, y difundida a nivel nacional en 2,641 eventos públicos, con un total de 1,379,161 asistentes⁶². v.- Se han hecho numerosas campañas de información con el objetivo de reducir los índices de violencia sexuales en el sistema educativo, o de informar sobre el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. vi.- Actualmente los planes de estudio incluyen dos horas pedagógicas que abarcan temas como el autoconocimiento, el manejo de conflictos y la toma de decisiones. Además, las instituciones educativas también cuentan con códigos de convivencia como instrumentos para generar ambientes propicios de aprendizaje en un entorno libre de violencia.

Asimismo, Ecuador indicó que: a) cuenta con el sistema informático de registro de casos de violencia sexual – REDEVI: registra los casos de violencia sexual reportados desde las instituciones educativas⁶³; b) actualizó su normatividad vinculada a las obligaciones de protección y sanción ante delitos de carácter sexual cometidos en los establecimientos educativos⁶⁴; c) Ha realizado diversas acciones de prevención

62 Cfr. Ministerio de Educación, Subsecretaría para la Innovación Educativa y el Buen Vivir. Dirección Nacional de Educación para la Democracia y el Buen Vivir, Informe sobre medidas de prevención y erradicación de violencia sexual en el ámbito educativo, 29 de marzo de 2019.

63 Indicó que “se registra al presunto agresor, la víctima, la institución educativa en la que estudia, información sobre acompañamiento psicosocial y sobre las acciones administrativas y legales que se llevan a cabo para dar acompañamiento al caso detectado”. Al respecto, el Estado presentó el siguiente documento: Ministerio de Educación, Oficio No. MINEDUC-CGAJ-2020-0009-OF, de 20 de enero de febrero de 2020, Anexo II: REDEVI, Denuncias de violencia sexual detectada o cometida en el Sistema Educativo, corte 30 de diciembre de 2019 (expediente de prueba, anexo 7 al escrito de alegatos finales del Estado, fs. 7622 a 7624).

64 Se refirió: a) a la Ley orgánica de Educación Intercultural de 31 de marzo de 2011, y b) al Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural de 26 de julio de 2012.

de la violencia sexual: el Ministerio de Educación ha venido ejecutando acciones encaminadas a prevenir y erradicar la violencia sexual en el sistema educativo ecuatoriano, a través de distintos planes, protocolos y reglamentos, como el Plan Nacional Integral para erradicar los delitos Sexuales en el Sistema Educativo y otros⁶⁵, y d) ha implementado distintas políticas públicas en materia de prevención de violencia sexual en el ámbito educativo. En ese marco, se establecieron varias acciones relacionadas con capacitación, formación docente, medidas de prevención y atención, difusión de información, elaboración de protocolos e implementación de políticas públicas y articulación institucional para la efectiva detección y protección integral⁶⁶.

⁶⁵ Cfr. Acuerdo Ministerial No. 340-11 de 30 de septiembre de 2011. Además, indicó que pueden mencionarse: el Reglamento Especial de Procedimientos y Mecanismos para el Conocimiento y Tratamiento de los Delitos Sexuales en el Sistema Educativo (Acuerdo Ministerial No. 4708 publicado en el Registro oficial 738 de 6 de enero de 2003) y los protocolos de actuación y abordaje frente a hechos de violencia ocurridos o detectados en el ámbito educativo o las disposiciones emitidas para que la educación responda al principio constitucional y legal del interés superior de los niños, niñas y adolescentes (Acuerdo Ministerial No. 020-12 de 25 de enero de 2012, Acuerdo No. MINEDUC-MINEDUC-2017-00052-A de 22 de junio de 2017, y Acuerdo No. MINEDUC-MINEDUC-2017-00055-A de 23 de junio de 2017).

⁶⁶ El Estado refirió lo que sigue: a) El Proyecto para el Fortalecimiento del Abordaje Integral de Situaciones de Violencia Detectadas o Cometidas en el Sistema Nacional de Educación, construido en el año 2018 con una propuesta de ejecución desde marzo de 2019 hasta 2022, para el beneficio de todos los actores de la comunidad educativa. Tiene como objetivo fortalecer el abordaje integral de las distintas manifestaciones de violencia detectadas o cometidas en el Sistema Nacional de Educación, a través de la realización de acciones para atender esta problemática, estableciendo dos objetivos operativos: i) Prevención integral de la Violencia en el Sistema Educativo Nacional, y ii) Atención y protección integral de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia en el Sistema Nacional de Educación. Ese Proyecto incluye metodología del recorrido participativo para prevención de violencia, procesos de formación docente en prevención de la violencia, promoción y animación a la lectura en el marco de la prevención de la violencia, implementación de la metodología de acompañamiento capacitante – cuidado al cuidador de los equipos del ministerio de educación que intervienen en situación de atención a la violencia, manual de actuación de las juntas distritales de resolución de conflictos ante casos de violencia sexual cometidos en el sistema educativo nacional. b) La Política Intersectorial de Prevención del Embarazo en Niñas y Adolescentes 2018-2025. c) Las rutas y protocolos de actuación, atención e investigación a niños y niñas víctimas de violencia y violencia sexual cometidas y detectadas en el sistema educativo. En el segundo semestre de 2018 se publicó y distribuyó una Guía de Bolsillo de actuación frente a casos de violencia sexual detectada o cometida en el sistema educativo. Se imprimieron 610,000 ejemplares. d) En 2017 se publicó el protocolo para la actuación ante casos de embarazo, maternidad y paternidad dentro del sistema educativo. En 2019 se produjo la guía metodológica de prevención del embarazo en niñas y adolescentes. En el año lectivo 2018-2019 se

Aunado a lo anterior, el perito Cobos Velazco y la perita Bustamante Torres señalaron que, a partir de 2006, comenzaron a implementarse una serie de acciones por parte del Ministerio de Educación para la prevención de la violencia sexual en el ámbito educativo, como la efectiva ejecución, a partir de ese año, del Programa Nacional de Educación de la Sexualidad y el Amor (PRONESA), o la implementación, a partir de acuerdos ministeriales, del Plan nacional de erradicación de los delitos sexuales en el ámbito educativo y de la institucionalización de la educación sexual en los establecimientos educativos del país. Expresaron también que desde 2012 se ejecutan cursos de capacitación a docentes para prevenir y erradicar el abuso sexual en escuelas o colegios. Agregaron que desde 2013 existen protocolos de actuación frente a situaciones de violencia en el ámbito educativo, referidos al abordaje de “la violencia en cualquier manifestación que pueden vivir cualquier niño, niña o adolescente”. Mencionaron que, en ese marco, en 2017 se adoptó el Protocolo de actuación frente a situaciones de violencia sexual detectadas o cometidas en el ámbito educativo, en el cual se determinan distintas acciones, que incluyen la denuncia del caso a la Fiscalía, así como a autoridades administrativas cuando el agresor es “docente o autoridad”, y el “acompañamiento a la víctima”, inclusive “psicosocial”, y la “[g]arant[ía d]el cumplimiento de medidas de protección y colabora[ción] con procesos de investigación”. Indicaron los peritos que

desarrolló “la hora de desarrollo humano integral” establecida dentro del Currículo Nacional de Educación, que contribuye la prevención de las violencias dentro de la comunidad educativa. Mediante esta hora en aula se impulsa el fortalecimiento de la formación integral de los y las estudiantes. e) Articulación interinstitucional para la efectiva detección y protección integral: el 17 de agosto de 2017 de firmó el Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre la Fiscalía General del Estado, el Consejo de la Judicatura, el Ministerio de Educación y el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, para garantizar espacios educativos libres de violencia. Más adelante se decidió generar distintas “mesas de trabajo” para articular acciones sobre los temas relacionados con la prevención y combate de la violencia cometidos en el sistema educativo. f) Diversos contenidos sobre derechos humanos y enfoque de género en la malla curricular. g) Distintos programas de formación docente tales como el Curso MOOC de “Prevención y atención de la violencia en el sistema educativo” (hasta la fecha, 35,912 docentes han aprobado el curso. Al 2020 se planifica llegar a 164,000 docentes a nivel nacional), o el Proceso de capacitación para profesionales de los DECE (Departamentos de Consejería Estudiantil), siendo que desde 2017 se ha formado a un total de 426 profesionales de los DECE, a nivel nacional.

ese mismo año el Ministerio de Educación emitió un “Instructivo de Actuación” para la “atención de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual cometidas o detectadas en los establecimientos del Sistema Educativo Nacional”.

Los peritos recién nombrados consideraron que “[e]stos instrumentos normativos vienen contribuyendo significativamente en los procesos de prevención, atención y acompañamiento a víctimas de violencia sexual”. Pese a lo anterior, refirieron también que los “planes, programas y proyectos” en ejecución en 2019 “no cuentan con un levantamiento de estadísticas”, y que un informe de la “[C]ontraloría General del Estado respecto al Plan Nacional para erradicar delitos sexuales en el sistema educativo concluye que el Ministerio de Educación no realizó un seguimiento continuo que asegure la implementación de este plan”.

La Corte advierte que la Comisión y las representantes han solicitado que se ordenen acciones relativas a: a) capacitación de funcionarios públicos; b) prevención de actos de violencia sexual en el ámbito educativo; c) atención a víctimas de violencia sexual en el ámbito educativo; d) enseñanza de educación sexual; e) campañas de educación y sensibilización, y f) generación y disponibilidad de información sobre violencia sexual en el ámbito educativo.

Al respecto, este Tribunal valora la información presentada por el Estado, que denota una variada cantidad de acciones y de normatividad en la materia. Este Tribunal advierte que distintas medidas señaladas por Ecuador, se encuentran relacionadas con las solicitudes de la Comisión o las representantes como por ejemplo: a) sobre capacitación, el Estado ha realizado diversos talleres y cursos entre 2018 y 2020, sobre violencia en el sistema educativo; b) sobre prevención de actos de violencia sexual, Ecuador ha desarrollado el Protocolo de Actuación frente a Situaciones de Violencia Detectadas o Cometidas en el Sistema Educativo; c) en cuanto a atención a víctimas, en 2018 se creó el Plan de Acompañamiento y restitución, y d) respecto a campañas educativas y de sensibilización, el Estado mencionó la realización de diversos talleres.

Pese a lo expuesto, en cuanto a la generación y disposición de información, aunque Ecuador mencionó que cuenta con el sistema informático de registro de casos de violencia sexual – REDEVI, la prueba pericial ofrecida por el Estado denota también la falta de información estadística sobre distintos planes, proyectos y programas pertinentes. Asimismo, según se ha indicado en esa misma prueba pericial, no se han realizado acciones de “seguimiento” para asegurar la implementación del Plan Nacional para erradicar delitos sexuales en el sistema educativo⁶⁷.

67 Al respecto, este Tribunal advierte que en 2017 el Comité de los Derechos del Niño, en observaciones sobre Ecuador, “si bien tomó conocimiento de la información relativa al Plan Nacional de Erradicación de los Delitos Sexuales”, así como “del enfoque de tolerancia cero hacia la violencia sexual en las escuelas, mostró profunda inquietud por la prevalencia de la violencia por razón de género, en especial la violencia sexual, el acoso y los malos tratos contra las niñas en todos los ámbitos, así como el elevado nivel de impunidad en los casos de violencia sexual”. Los documentos de *amicus curiae* remitidos por la Fundación Desafío y por SURKUNA, con base en datos que expusieron, señalaron la continuidad de un número relevante de casos de vulneración a derechos sexuales de niñas en el ámbito educativo. El Comité de los Derechos del Niño, en 2017, incluyó entre sus recomendaciones a Ecuador “[a]dopt[ar] sin dilación una estrategia nacional para eliminar la violencia sexual contra las niñas en [...] el sistema educativo, [...] asegur[ar] que las niñas tengan acceso a mecanismos eficaces de denuncia de la violencia sexual y a información sobre sus derechos sexuales y reproductivos”, y “[a]dopt[ar] unas normas claras para ofrecer vías de recurso y reparación a las niñas víctimas de violencia sexual y malos tratos, como reparación y asesoramiento psicosocial, resarcimiento, indemnizaciones y garantías de no repetición” (Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador*, párrs. 24 y 25). Por otra parte, la perita Gauché Marchetti destacó la importancia de “llevar índices estadísticos sobre denuncias y las investigaciones que le sigan”, pues “es indispensable para cumplir adecuadamente con la prevención y eliminación del acoso a través de estrategias que consideren la realidad local”. SURKUNA, en su *amicus curiae*, resaltó múltiples acciones adoptadas por Ecuador respecto a la violencia sexual en el ámbito educativo, entre ellas el PRONESA y el Plan Nacional para la Erradicación de Delitos Sexuales en el Ámbito Educativo de 2006, que contempla acciones de “[p]revención”, “[p]rotección”, “[r]estitución de [d]erechos” e “[i]nvestigación y sanción. No obstante, señaló que en 2019 “la Secretaría Técnica Planifica Ecuador”, entidad estatal, evaluó el PRONESA y recomendó “fortalecer acciones en el ámbito educativo”, “[c]ontar con servicios especializados para niñas y adolescentes [víctimas]” y “[e]stablecer metas e indicadores con el fin de efectuar un adecuado seguimiento y posterior evaluación”. SURKUNA, en concordancia con los peritos propuestos por el Estado, entendió que los “instrumentos de política pública no han tenido una fase de seguimiento y evaluación efectiva”, agregando que los objetivos y acciones propuestas “no se han materializado”. Dejusticia, asimismo, en su escrito de *amicus curiae*, sobre la base de pautas adoptadas por al menos 13 universidades, señaló entre las “buenas prácticas” para el tratamiento del acoso sexual las “medidas de protección” a las víctimas, que dividió en “[m]edidas de contención o acción inmediata”, “[m]edidas de atención psicosocial” y “[m]edidas de atención jurídica”.

Por lo expuesto, esta Corte ordena al Estado que, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, identifique medidas adicionales a las que ya está implementando, para lograr corregir y subsanar las insuficiencias identificadas, en relación con: a) contar en forma permanente con información estadística actualizada sobre situaciones de violencia sexual contra niñas o niños en el ámbito educativo; b) la detección de casos de violencia sexual contra niñas o niños en ese ámbito y su denuncia, c) la capacitación a personal del ámbito educativo respecto al abordaje y prevención de situaciones de violencia sexual, y d) la provisión de orientación, asistencia y atención a las víctimas de violencia sexual en el ámbito educativo y/o a sus familiares. De considerarlo conveniente el Estado podrá acudir a organizaciones como la Comisión Interamericana de Mujeres o el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, a fin de que tales entidades brinden asesoramiento o asistencia que pudiere resultar de utilidad en el cumplimiento de la medida ordenada. Asimismo, en concordan-
cia con señalamientos del Comité de los Derechos del Niño, la Corte destaca la importancia de la participación de las niñas y niños en la formulación de las políticas públicas de prevención⁶⁸.

El Estado deberá informar a la Corte, en el plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia, las medidas que identifique necesario adoptar. Dicha información será puesta en conocimiento de las representantes, quienes podrán presentar sus observaciones. Ecuador deberá comenzar a implementar las medidas aludidas a más tardar seis meses después de que presente a este Tribunal la información sobre las mismas, sin perjuicio de lo que esta Corte pudiera disponer en el curso de la supervisión de la presente Sentencia, considerando la información y observaciones que se le remitan. El Estado debe adoptar las acciones normativas, institucionales y presupuestarias para la efectiva implementación de las medidas que sean necesarias para cumplir con lo dispuesto. La Corte supervisará que la medida ordenada, en los términos señalados, comience a ejecutarse en forma efectiva.

⁶⁸ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 13, párr. 39.

F. Otras medidas solicitadas

La Comisión solicitó que se ordenara al Estado “[a]segurar que las autoridades del Poder Judicial, Ministerio Público y Policía Nacional a cargo de llevar a cabo investigaciones y procesos penales sobre violencia contra mujeres y niñas, incluyendo violencia sexual en el ámbito educativo y en los servicios de salud que se prestan en dichas instituciones cuenten con la debida capacitación y fortaleza institucional para investigar con perspectiva de género y con la debida diligencia”.

Las *representantes* solicitaron medidas adicionales dirigidas a la “rehabilitación social” de la madre y la hermana de Paola: 1) proporcionarle a Denisse una beca económica para los estudios universitarios o de post grado de su escogencia, que cubra su matrícula, mensualidades, útiles de estudio y traslados, asistencia a congresos y cursos adicionales en caso de haberlos, a través del Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas (en adelante, “IECE”), en el centro público o privado que ella escoja, conforme a sus intereses personales, y por el tiempo que duré la carrera; 2) garantizar acceso a la seguridad social a la señora Petita Albarracín, con efecto retroactivo desde 2002, y particularmente, que tenga cubiertas su pensión por jubilación y servicios mortuorios; 3) conceder a Denisse una plaza definitiva de trabajo en una de las instituciones estatales y conforme a su perfil profesional (administración de empresas), de preferencia en la Secretaría Nacional de Derechos Humanos en Guayaquil⁶⁹; 4) garantizar a las víctimas acceso a vivienda de su escogencia, en la zona de Guayaquil que ambas convengan, que cumplan las condiciones de habitabilidad calidad, seguridad e higiene; 5) renombrar a la Sala de Primera Acogida para víctimas de Violencia Sexual del Centro de Salud del área No. 9 Martha Roldós en Guayaquil, con el nombre de “Paola Guzmán Albarracín”, acordando previamente la inscripción con las peticionarias, debiendo el Estado, al hacerlo, reconocer su responsabilidad por las violaciones cometidas en contra

⁶⁹ Señalaron que, en caso de que no sea posible, se le proporcione acceso a un programa de emprendimiento o se le otorgue una suma específica de dinero para el establecimiento de un negocio o “capital semilla” para impulsar un proyecto productivo.

de Paola y su familia, su compromiso de evitar que los hechos se repitan y la labor de las organizaciones que luchan por los derechos de las mujeres, especialmente, CEPAM y CDR, como representantes, y 6) instalar un monumento u homenaje público y fijo en memoria de las víctimas de violencia sexual, en la plaza de San Francisco o de la Independencia. En los alegatos finales escritos especificaron que en el mismo se deberá hacer alusión a Paola Guzmán Albarracín. Además, en sus alegatos finales escritos, las representantes requirieron que se orden a Ecuador, como garantía de no repetición, fortalecer a la Policía Judicial y los mecanismos de captura de imputados en fuga, en aras de que lleven a cabo labores de inteligencia y ubicación más eficientes, en coordinación interinstitucional haciendo uso de los diversos recursos del Estado, para minimizar los casos de prescripción de la acción penal por la ausencia del imputado.

El *Estado*, en cuanto a las solicitudes de beca, vivienda y de una plaza de trabajo a favor de Denisse Guzmán Albarracín, consideró que son medidas que no corresponden al propósito de restablecer a la víctima en el estado anterior a la comisión del hecho ilícito.

La *Corte* considera que no procede ordenar las medidas solicitadas por la Comisión y las representantes tendientes al “fortalecimiento” de capacidades institucionales policiales, judiciales o del Ministerio Público. Este Tribunal no encuentra acreditado que los hechos del caso se hayan debido a falta de recursos o capacitación en esos ámbitos. Por otra parte, considera que las medidas de satisfacción y rehabilitación ya ordenadas resultan suficientes. Por tanto, no corresponde disponer las medidas adicionales de “rehabilitación social” solicitadas por las representantes (*supra* párr. 248).

G. Indemnizaciones compensatorias

G.1 Daño material

La Comisión solicitó la reparación integral de las violaciones de derechos humanos, tanto en el aspecto material como moral, incluyendo las medidas de compensación económica.

Las representantes solicitaron, respecto al daño material generado por la muerte de Paola del Rosario Guzmán Albarracín: a) por el *daño emergente*, que se disponga, en equidad, el pago de USD\$ 200,000.00 (doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de las familiares de ella⁷⁰, y b) por el *lucro cesante*, que se ordene al Estado el pago de USD\$ 56,502.00 (cincuenta y seis mil quinientos dos dólares de los Estados Unidos de América) a favor de las familiares de Paola Guzmán, considerando la expectativa de vida de ella y el salario mínimo en Ecuador al momento de su muerte⁷¹.

Por otro lado, las representantes solicitaron que el Estado garantice el cumplimiento de la reparación civil dispuesta en el ámbito judicial interno para que sea pagada por el Vicerrector a favor de los familiares de Paola.

El *Estado* consideró que las representantes no demostraron que exista un nexo causal directo entre las acciones u omisiones de los agentes estatales y el fallecimiento de la adolescente, por lo que se deberá desconocer la solicitud de indemnización por los gastos generados a raíz de su muerte, tales como los gastos funerarios. Respecto al lucro cesante, solicitó que, en caso de otorgarse, el cálculo se realice por período de actividad laboral y no desde la fecha de la muerte⁷². En cuanto a la sentencia indemnizatoria civil contra el Vicerrector, Ecuador sostuvo que el reclamo de las representantes generaría una “doble indemnización”, ya que también solicitan que el Estado indemnice la totalidad del daño que aducen.

-
- 70 Las representantes explicaron que el fallecimiento de Paola trajo gastos a la familia: gastos funerarios y por 17 años de búsqueda de justicia. Señalaron, no obstante, que las familiares de Paola no cuentan con respaldo documental de esos gastos.
 - 71 Las representantes adujeron que, conforme al Banco Mundial, la expectativa de vida en Ecuador en 2001 era de 73 años, y que en ese año el salario mínimo era de USD\$ 86 (ochenta y seis dólares de los Estados Unidos de América). Adujeron que debían contarse no solo 12 salarios al año sino las bonificaciones anuales correspondientes, por lo que debía contemplarse que Paola tendría ingresos anuales equivalentes a 14 salarios mínimos. Entendieron que a eso debía descontarse un 25% por gastos personales.
 - 72 Agregó que: a) respecto del daño emergente, las representantes no expusieron ninguna justificación ni sustentaron su pretensión con ningún elemento probatorio, por lo que la misma debe ser desestimada, y b) en relación con el lucro cesante, el eventual cálculo debe integrar la evaluación de las perspectivas de ingresos futuros de la víctima, considerando su trayectoria y preparación profesional al momento de su muerte.

La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia que el daño material supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso⁷³.

Este Tribunal ha determinado que Ecuador violó el derecho a la vida de Paola del Rosario Guzmán Albarracín. Por ello, corresponde la indemnización de los daños materiales generados por su muerte. Al respecto, en relación con el gasto emergente, las representantes no han acreditado el monto que reclaman. No obstante, es razonable asumir que la muerte de Paola, y las acciones de búsqueda de justicia, originaron erogaciones. Por lo tanto, por entenderlo razonable, la Corte establece, en equidad, un monto indemnizatorio de USD\$ 20,000.00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de daño emergente. Por otra parte, respecto al lucro cesante, considerando el monto de salario mínimo y expectativa de vida en Ecuador informada por las representantes, y no controvertida por el Estado, y considerando el periodo de actividad laboral que habría tenido Paola, la Corte por entenderlo razonable, fija, en equidad, un monto indemnizatorio de USD\$ 50,000.00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América). Por lo tanto, el Estado debe pagar el monto total de USD\$ 70,000 (setenta mil dólares de los Estados Unidos de América). Dicho monto debe ser distribuido, en partes iguales, entre la señora Petita Paulina Albarracín Albán y Denisse Selena Guzmán Albarracín.

Por otra parte, la Corte no ha determinado que Ecuador sea responsable por violaciones a derechos humanos en relación puntual con el proceso de indemnización civil seguido en el ámbito interno. Por ello, no corresponde ordenar medida o indemnización alguna referida a ello.

G.2 Daño inmaterial

La Comisión, como se indicó (*supra* párr. 251), solicitó la reparación del daño moral.

⁷³ Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43, y Caso Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú, párr. 256.

Las *representantes* especificaron que el daño en perjuicio de las víctimas se puede dimensionar en dos rubros: a) lo correspondiente al acoso y abuso sexual, tortura y muerte de Paola Guzmán, por una parte, y b) correspondiente al sufrimiento directo y prolongado que padecieron las familiares de Paola como consecuencia de la impunidad en la que permanecen los hechos y la pérdida de Paola.

En lo que respecta al primer componente, las representantes solicitaron que se dispusiera una indemnización por daño inmaterial de USD\$ 80,000.00 (ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América), que deberá ser distribuida en partes iguales entre la señora Petita Albarracín y Denisse Guzmán. En lo que respecta al segundo componente mencionado, las representantes solicitaron que se dispusieran indemnizaciones por el monto de USD\$ 30,000.00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada una de las víctimas sobrevivientes.

El *Estado* señaló que las circunstancias del caso no se corresponden con actos de tortura, y que no se configura la relación de causalidad entre las acciones u omisiones de los agentes estatales y la muerte de Paola. Por lo tanto, concluyó que no se ha demostrado la responsabilidad del Estado en relación con la muerte de la adolescente y, consecuentemente, ello se debe tener en cuenta en la evaluación del daño inmaterial. Asimismo, el Estado solicitó que las alegaciones fácticas que no fueron probadas sean desestimadas en su evaluación del daño inmaterial, ya que consideraron que malamente se podría otorgar una indemnización por el supuesto daño que habría sido causado por un evento del cual se desconoce la materialidad.

La *Corte* ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial, y ha establecido que este puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia⁷⁴.

⁷⁴ Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84, y Caso Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú, párr. 261.

Este Tribunal entiende que, en este caso, en que Paola del Rosario Guzmán Albarracín sufrió graves actos de violencia sexual que se vieron relacionados con su suicidio, es evidente el alto grado de sufrimiento que padeció. Del mismo modo, ha quedado establecida la afectación que los hechos produjeron a la señora Petita Paulina Albarracín Albán y a Denisse Selena Guzmán Albarracín, inclusive por la impunidad del caso y circunstancias revictimizantes, como la exhibición a la señora Albarracín del cuerpo abierto de su hija (*supra* párr. 210). Por ello, la Corte estima permitente fijar, en equidad, por concepto de daño inmaterial, la suma de USD\$ 110,000.00 (ciento diez mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Paola del Rosario Guzmán Albarracín, la suma de USD\$ 55,000.00 (cincuenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor Petita Paulina Albarracín Albán, y la suma de USD\$ 45,000.00 (cuarenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Denisse Selena Guzmán Albarracín. El monto dispuesto a favor de Paola del Rosario Guzmán Albarracín deberá ser distribuido, en partes iguales, entre la señora Petita Paulina Albarracín Albán y Denisse Selena Guzmán Albarracín.

H. Costas y Gastos

Las representantes solicitaron, en su escrito de solicitudes y argumentos, que se ordenara el pago de un total de USD\$ 96,593.49 (noventa y seis mil quinientos noventa y tres dólares con cuarenta y nueve centavos de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos⁷⁵, presentando documentación que indica gastos efectuados.

⁷⁵ Al respecto, señalaron el siguiente detalle: a) gastos incurridos por las víctimas: USD\$ 3,500.00 (tres mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América), por haber sido asesoradas por abogados particulares “durante los procesos internos”, entre 2002 y 2005; b) gastos y costas incurridos por CEPAM: USD\$ 18,195.92 (diez y ocho mil ciento noventa y cinco dólares con noventa y dos centavos de los Estados Unidos de América), que surgen de: USD\$ 3,605.64 (tres mil seiscientos cinco dólares con sesenta y cuatro centavos de los Estados Unidos de América) en “viajes” y USD\$ 14,590.98 (catorce mil quinientos noventa dólares con noventa y ocho centavos de los Estados Unidos de América) por “acompañamiento jurídico”; c) gastos y costas incurridos por Centro de Derechos Reproductivos: USD\$ 74,879.57 (setenta y cuatro mil ochocientos setenta y nueve dólares con cincuenta y siete centavos de los Estados Unidos de América), que surgen de: “viajes”, USD\$ 45,735.75 (cuarenta y cinco mil setecientos treinta y cinco dólares con setenta y cinco

Asimismo, en sus alegatos finales escritos, las representantes presentaron un detalle de los gastos incurridos desde la presentación del escrito de solicitudes y argumentos hasta la celebración de la Audiencia Pública, por un total de USD\$ 15,637.31 (quince mil seiscientos treinta y siete dólares con treinta y un centavos de los Estados Unidos de América)⁷⁶. Además, las representantes solicitaron que se consideraran los “gastos futuros”, ya que, conforme expresaron, los gastos señalados hasta ahora no incluyen todos aquellos en que se incurrirá en lo que resta del trámite del caso ante la Corte.

El *Estado* solicitó que las facturas que no estén debidamente justificadas, así como que los rubros correspondientes a gastos que no fueron estrictamente necesarios para la obtención de justicia⁷⁷, sean desestimados. También señaló que no le corresponde asumir el gasto del pago de personal relacionado con el Centro de Derechos Reproductivos, de los que no se adjuntaron contratos laborales, ni se justificó el trabajo que realizaron. Asimismo, agregó que CEPAM adjuntó gastos de una consulta médica de angiología y medicación de la señora Petita Albarracín, pero el Estado no observa el nexo causal entre dichos tratamientos y los daños sufridos a raíz de este caso. El Estado señaló que el monto reclamado por las representantes es excesivo y no está sustentado, por lo que solicitó que se proceda a su riguroso desglose y que se fijara una cantidad razonable entre los USD\$ 5,000.00 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) y USD\$ 10,000.00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América).

La Corte reitera que, conforme a su jurisprudencia, las costas y gastos hacen parte del concepto de reparación, toda vez que la actividad

centavos de los Estados Unidos de América), y “acompañamiento jurídico”, USD\$ 29,143.82 (veintinueve mil ciento cuarenta y tres dólares con ochenta y dos centavos de los Estados Unidos de América).

⁷⁶ Al respecto, indicaron el total de gastos incurridos por el Centro de Derechos Reproductivos: USD\$ 10,967.75 (diez mil novecientos sesenta y siete dólares con setenta y cinco centavos de los Estados Unidos de América), y los gastos por CEPAM: USD\$ 4,669.56 (cuatro mil seiscientos sesenta y nueve dólares con cincuenta y seis centavos de los Estados Unidos de América).

⁷⁷ Tales como gastos de alimentación, recargas de teléfono celular, computadora y accesorios, entre otros.

desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el Sistema Interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum sea razonable*⁷⁸.

Este Tribunal ha señalado que,

las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte⁷⁹.

Asimismo, la Corte reitera que no es suficiente la remisión de documentos probatorios, sino que se requiere que las partes hagan una argumentación que relacione la prueba con el hecho que se considera representado, y que, al tratarse de alegados desembolsos económicos, se establezcan con claridad los rubros y la justificación de los mismos⁸⁰. Las representantes aportaron comprobantes de gastos por USD\$ 58,500.00 (cincuenta y ocho mil quinientos dólares de los

⁷⁸ Cfr. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 82, y Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, párr. 274.

⁷⁹ Cfr. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas, párr. 79, y Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, párr. 275.

⁸⁰ Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 277, y Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, párr. 275.

Estados Unidos de América) por parte de la organización Centro de Derechos Reproductivos, y de USD\$ 8,618.00 (ocho mil seiscientos diez y ocho dólares de los Estados Unidos de América) por parte de la organización CEPAM. Respecto a los mismos, no en todos los casos el vínculo entre los gastos y el litigio del caso se encuentra acreditado⁸¹.

Tomando en cuenta los montos solicitados por cada una de las organizaciones y los comprobantes de gastos presentados, la Corte dispone, en equidad, el pago de: un monto total de USD\$ 57,300.00 (cincuenta y siete mil trescientos dólares de los Estados Unidos de América), el cual se repartirá de la siguiente forma: USD\$ 50,000.00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) para la organización Centro de Derechos Reproductivos y USD\$ 7,300.00 (siete mil trescientos dólares de los Estados Unidos de América) para la organización CEPAM. Dichas cantidades deberán ser entregadas directamente a las referidas organizaciones. La Corte nota que las representantes solicitaron el pago de un monto de costas y gastos directamente para las víctimas, dado que fueron asistidas por abogados particulares “durante los procesos internos”, entre 2002 y 2005 (*supra* nota a pie de página 232). No obstante, los gastos relacionados con la búsqueda de justicia ya fueron considerados como parte del daño material, en atención a lo requerido por las propias representantes. Por ello, no corresponde ordenar el pago de costas y gastos a favor de las víctimas del caso. En la etapa de supervisión del cumplimiento de la presente Sentencia, la Corte podrá disponer que el Estado reembolse a las víctimas o sus representantes los gastos razonables en que incurran en dicha etapa procesal⁸².

I. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial y el reintegro de costas y gastos

81 Así, sólo a título de ejemplo, las representantes han señalado gastos médicos de la señora Albarracín, y los gastos de salarios de profesionales responden a una proporción de su tiempo de trabajo, que resulta una estimación no acreditada.

82 *Cfr. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 29, y Caso Rojas Marín y otra Vs. Perú, párr. 275.*

establecidos en la presente Sentencia directamente a las personas indicadas en la misma, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, sin perjuicio de que pueda adelantar el pago completo en un plazo menor, en los términos de los siguientes párrafos.

En caso de que las beneficiarias hayan fallecido o fallezcan antes de que les sea entregada la cantidad respectiva, esta se entregará directamente a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable.

El Estado deberá cumplir con las obligaciones monetarias mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América.

Si por causas atribuibles a las beneficiarias de las indemnizaciones o a sus derechohabientes no fuese posible el pago de las cantidades determinadas dentro del plazo indicado, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera ecuatoriana solvente, en dólares de los Estados Unidos de América, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si no se reclama la indemnización correspondiente una vez transcurridos diez años, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como indemnización por daños materiales e inmateriales, y como reintegro de costas y gastos, deberán ser entregadas a las personas y organizaciones indicadas en forma íntegra, conforme a lo establecido en esta Sentencia, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.

En caso de que el Estado incurriera en mora deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada, correspondiente al interés bancario moratorio en Ecuador.

- PUNTOS RESOLUTIVOS

Por tanto,

LA CORTE

DECLARA,

Por unanimidad, que:

El Estado es responsable por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la protección de la honra y de la dignidad y a la educación, reconocidos en los artículos 4.1, 5.1 y 11 de la Convención Americana y 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por el incumplimiento de las obligaciones de prevenir actos de violencia contra la mujer y abstenerse de realizarlos, conforme con los artículos 7.a, 7.b y 7.c de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de Paola del Rosario Guzmán Albarracín, en los términos de los párrafos 109 a 144 y 153 a 168 de la presente Sentencia.

El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 24 del mismo tratado, y las obligaciones previstas en los artículos 1.1 y 2 de la misma Convención y el artículo 7.b de la Convención de Belem do Pará, en los términos de los párrafos 171, 176 a 195, 201 y 202 de la presente Sentencia.

El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Petita Paulina Albarracín Albán y Denisse Selena Guzmán Albarracín, en los términos de los párrafos 207 a 214 de la presente Sentencia.

El Estado no es responsable por la violación de los derechos a que ninguna persona sea sometida a tortura y a la libertad de pensamiento y de expresión reconocidos en los artículos 5.2 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente, ni por la violación de las obligaciones contenidas en los artículos 1 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en los términos de los párrafos 147 a 152, 169, 170 y 203 de la presente Sentencia.

Y DISPONE:

Por unanimidad, que:

Esta Sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación.

El Estado brindará gratuitamente, y de forma inmediata, oportuna, adecuada y efectiva, tratamiento psicológico y/o psiquiátrico a Petita Paulina Albarracín Albán y Denisse Selena Guzmán Albarracín, de conformidad con lo establecido en los párrafos 226 a 229 de esta Sentencia.

El Estado realizará las publicaciones indicadas en el párrafo 231 de la presente Sentencia.

El Estado realizará un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, en los términos indicados en los párrafos 232 y 233 de esta Sentencia.

El Estado, en acuerdo con las víctimas, otorgará, en forma póstuma, el grado de Bachiller a Paola del Rosario Guzmán Albarracín, si así fuera aceptado por la señora Petita Paulina Albarracín Albán, en los términos del párrafo 231 de esta Sentencia.

El Estado declarará un día oficial de lucha contra la violencia sexual en las aulas, en los términos del párrafo 234 de esta Sentencia.

El Estado identificará y adoptará medidas para tratar la violencia sexual en el ámbito educativo, de conformidad con lo establecido en los párrafos 245 y 246 de esta Sentencia.

El Estado pagará las cantidades fijadas en los párrafos 256, 263 y 269 de la presente Sentencia por concepto de indemnización del daño material e inmaterial, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos de los párrafos 270 a 275 del presente Fallo.

El Estado, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendirá al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 231 de la presente Sentencia.

La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Redactada en español en San José, Costa Rica, el 24 de junio de 2020

CAPÍTULO 4

4. Derechos humanos en el contexto ecuatoriano

La constitucionalización de los derechos humanos, hace alusión a la integración o reconocimiento de normas de derechos humanos, en los ordenamientos nacionales, de tal manera, el Estado ecuatoriano promueve la vigencia de normas fundamentales en la Carta Magna vigente.

4.1. Contexto constitucional en Ecuador

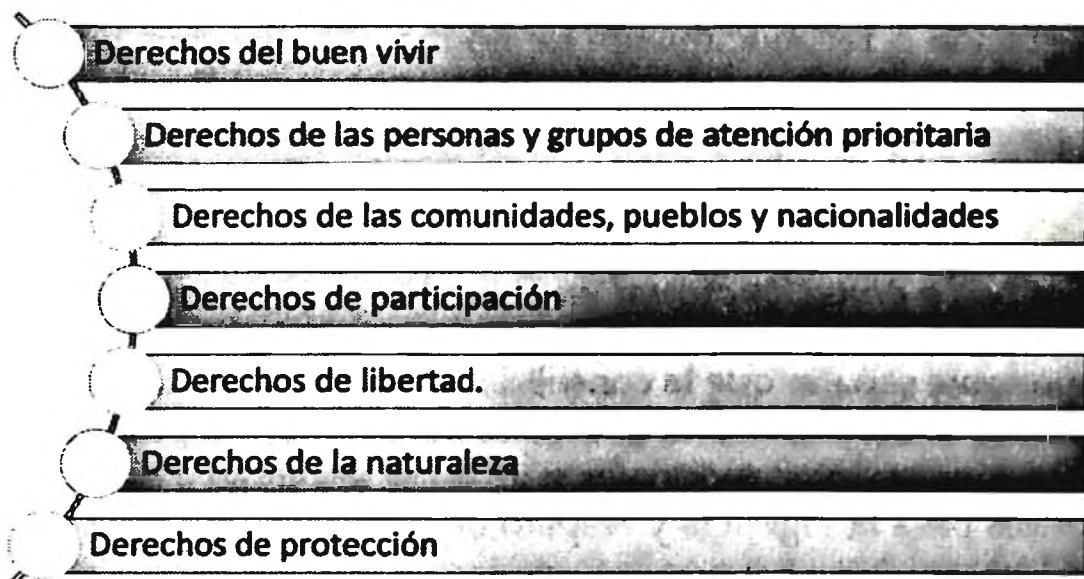
Es importante señalar que la consolidación del sistema internacional de derechos humanos, refiere que los Estados ratifiquen primeramente los instrumentos internacionales y luego se adhieran a documentos específicos para la vigencia y respeto de estas prerrogativas.

En este orden de ideas, un Estado asume compromisos concretos en cuanto a la toma de medidas para asegurar la vigencia de los derechos humanos en el contexto nacional. De ahí que, en el marco de la responsabilidad en cuanto al cumplimiento de estos compromisos internacionales, el Estado adecúa su normativa interna en concordancia con el respeto de estos preceptos, comenzando por la Carta Magna como instrumentos jurídico principal.

En el contexto ecuatoriano se podría afirmar que esta vigencia de derechos humanos refiere una evolución cargada de un amplio bagaje histórico, social y político que se hace visible desde dos aristas. Por una parte, en el contexto socio político con una historia cargada de violaciones reiteradas a los derechos humanos acontecidas en diversos momentos de los mandatos presidenciales; por otra parte, en una serie de modificaciones y cambios realizados a la Constitución.

Así la Carta Magna vigente al afirmar al Ecuador como un estado de derechos y justicia, abarca ampliamente la concepción de derechos humanos en la norma sustantiva, como se refleja en el gráfico 18 a continuación:

Gráfico Nro. 18. División de los derechos en la Constitución de la República (2008)



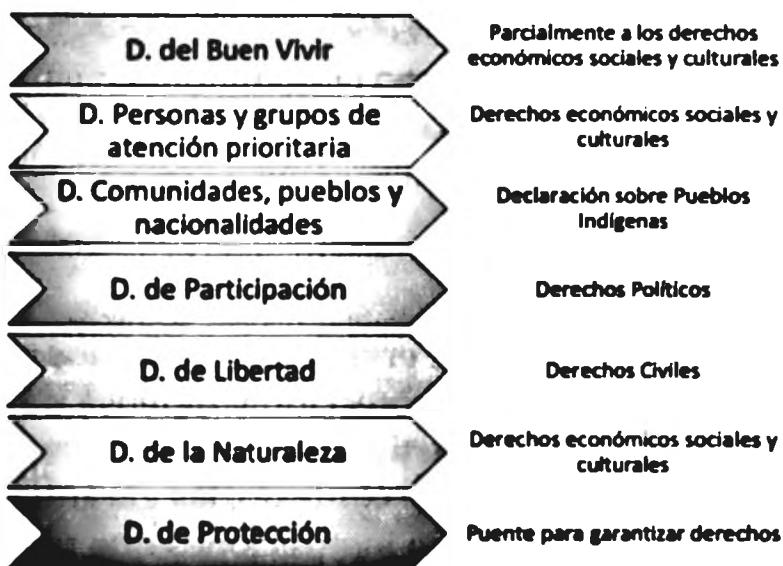
Fuente: Elaboración propia con base en Ávila, R (2012)

Del flujograma que antecede se visualizan los derechos contenidos en la Constitución de la República del Ecuador vigente. Cada uno de estos grandes apartados contienen derechos, así por ejemplo en los derechos del buen vivir se distinguen el derecho a una vivienda, a la salud, a la educación; en el caso de los derechos de los grupos de atención prioritaria se ubican aquellas normas para proteger a las mujeres embarazadas, adultos mayores, discapacitados; entre los derechos de las comunidades y pueblos indígenas, se puede destacar el derecho a la libre determinación; dentro de los derechos de participación, se encuentra el derecho de participación política, el sufragio y el acceso a cargos públicos; entre los derechos de libertad se destacan, la libertad de pensamiento, de opinión, religión, libre circulación; entre los derechos de la naturaleza, podemos destacar la preservación de territorios, la regulación de la minería y explotación de recursos; y entre los derechos de protección, podemos destacar los derechos de cuidado y protección integral a la niñez y adolescencia.

Tal como se ha señalado en el párrafo que antecede, existen subderechos comprendidos en los grandes apartados, todos los cuales puede usted revisarlos en la Constitución de la República vigente.

De este modo lo importante, es reflexionar que esta gran división de derechos visualizada, tiene su respectiva equivalencia con los derechos humanos, como se muestra en el gráfico 19 a continuación:

Gráfico Nro. 19. Concordancia de Derechos Constitucionales con DDHH.



Fuente: elaboración propia con base en Ávila, R. (2011)

Como se visualiza el gráfico que antecede los derechos que refiere la Constitución de la República del Ecuador (2008) son concordantes con la vigencia de los Derechos Humanos en sus principales instrumentos jurídicos, ya sean declaraciones, convenciones o pactos.

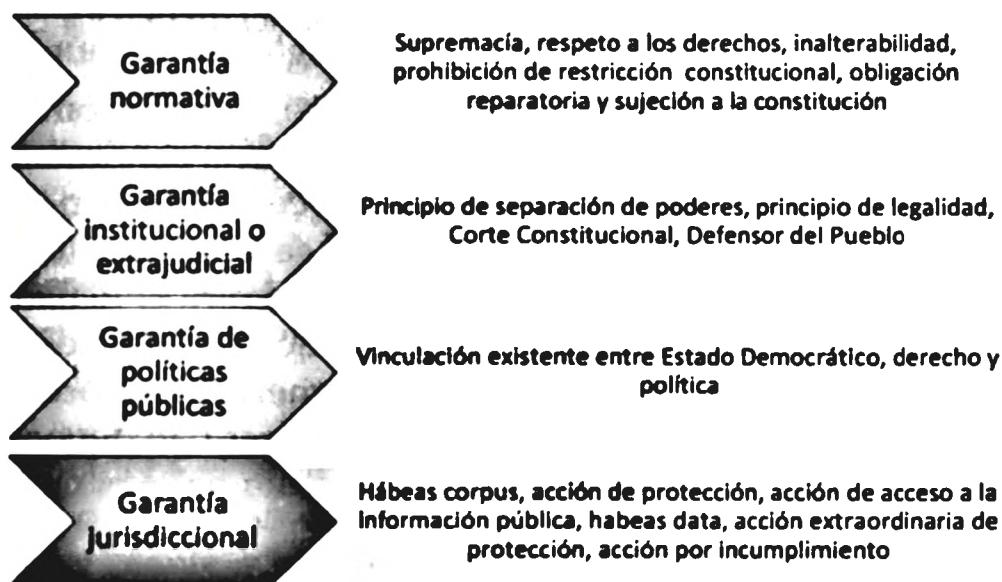
4.2. Mecanismos para la protección de los derechos humanos

La vigencia de derechos humanos en el contexto constitucional no se comprende sin mecanismos que garanticen la vigencia de estos preceptos. De ahí que, con lo señalado en el apartado que antecede es posible constatar, que la normativa constitucional ecuatoriana incorpora novedades importantes que permiten como fin máximo, el alcance de derechos fundamentales desde el plano formal.

En tal virtud, otra de las innovaciones que se introducen en la Constitución ecuatoriana (2008), se articula de manera directa con la efectivización de derechos, mediante la incorporación de mecanismos de garantía para asegurar la vigencia normativa; de tal manera, sería imposible referirse a las normas fundamentales, sin abordar las garantías para su vigencia, dada su estrecha articulación, ya que a decir de Ferrajoli (2009), “los derechos existen si y sólo si están normativamente establecidos, así como las garantías constituidas por las obligaciones y las prohibiciones correspondientes existen si y sólo si también ellas se encuentran normativamente establecidas” (p. 63).

Previo a revisar los mecanismos establecidos, es necesario aproximarse a un concepto de garantía de derechos constitucionales, por el cual a decir de Pisarello (2007) se entienden “como los mecanismos o técnicas predisuestos para la protección y defensa de normas fundamentales” (p. 111), lo cual se articula de manera directa con el sentido de eficacia normativa. En este contexto, las garantías “señalan la existencia de múltiples órganos e instituciones que pueden y deben intervenir en la protección” (Pisarello, 2007, p. 112).

En un sentido amplio, es posible afirmar que, según lo estipulado en la norma suprema ecuatoriana, existe una consolidación de garantías constitucionales, encaminadas a la afirmación de derechos fundamentales que se encuentran declarados en la Constitución. De esta manera, los mecanismos de garantía constitucional, son de diversos tipos y su ejercicio se plantea en distintos niveles; así pues, en el marco de la clasificación propuesta por Ferrajoli (2009), la carta fundamental ecuatoriana dispone de garantías primarias, por las cuales se declara al Estado como un Estado de derechos y justicia, se establece el principio de supremacía y se establece la sujeción a la norma suprema; también se dispone de garantías secundarias, por las cuales se entienden aquellas garantías normativas, de políticas públicas, institucionales y jurisdiccionales, según como se muestra en el gráfico 20 a continuación:

Gráfico Nro. 20 Garantías constitucionales.

Fuente: elaboración propia con base en Montaña y Porras. (2012)

Del gráfico que antecede se refleja la existencia de garantías que, desde diferentes niveles e instancias, aseguran la vigencia del Estado de Derechos y con ello el respeto por los Derechos Humanos.

4.3. Breve análisis del modelo constitucional vigente

La Constitución de la república del Ecuador del año 2008 ha sido catalogada como una de las mejores del contexto latinoamericano por cuanto, por una parte contempla un amplio catálogo de derechos, que permite el reconocimiento y garantía de normas fundamentales; y por otra parte, establece una articulación a una agenda de desarrollo nacional cuyo fin es, organizar la estructura gubernamental hacia el alcance de objetivos planificados que se establecen en virtud de las necesidades del contexto nacional.

De manera general, al ser las constituciones pactos políticos que permiten organizar la convivencia social y plasmar rasgos propios, que emanan de la problemática de un determinado contexto; la mayor parte de Estados se han organizado con base a esta alianza, la que permite regular una división del poder y detallar un catálogo de derechos para los ciudadanos, en esta misma línea, tal organización es bastante

flexible ya que permite el ejercicio del poder, bajo regímenes de gobierno de tipo parlamentario o de tipo presidencialista.

Con este antecedente, para introducir este análisis se toma como punto de partida, la ideología desde la cual se vislumbra el panorama constitucional desde su vigencia en el año 2008, el cual radica en retomar aspectos propios de la realidad ancestral que caracteriza a los países de la región latinoamericana en el cual se encuentra el Ecuador; de este modo, se articula a la vigencia del Estado de derechos propia del constitucionalismo de influencia norteamericana y occidental, un nuevo constitucionalismo, que algunos autores han denominado como neoconstitucionalismo andino que rescata valores culturales propios de la región.

En este orden de ideas, desde el neoconstitucionalismo andino, se hace posible comprender el razonamiento de que no sólo la Constitución, sino también el Derecho, deben ser coherentes a la realidad de la sociedad en la que se desenvuelven, para de este modo propiciar cambios que atiendan a las verdaderas necesidades de la población a la cual se destina.

Es así que, desde el contexto regional latinoamericano, surgen aspectos que responden a una historia social y política de rasgos distintos, en donde el poder se ha afirmado por métodos violentos de conquista, en donde la protesta social se acalló con represión en las dictaduras militares y donde lo político se ha enfocado hacia el alcance de intereses particulares.

A partir de estos aspectos, surgen necesidades propias, que si bien no difieren a la escasez que vive el resto de la población mundial, requieren ser tratadas desde el sustento de un modelo ampliamente expandido, con un trasfondo que promueva una perspectiva cercana y contextualizada, es decir apegada a la realidad; desde donde, quizá sea posible no sólo la introducción de cambios trascendentales al modelo de constitucionalismo tradicional, sino también se procure una verdadera transformación, que repercuta en la disminución de los problemas existentes, y que conduzca hacia una protección integral de derechos.

La Constitución vigente se construye desde dos grandes vertientes; por una parte, un componente ciertamente utópico de la norma suprema, que plasma algunos aspectos ideales para el desenvolvimiento de la vida social, los que parten de una filosofía andina basada en el respeto por la naturaleza y armonía de todos los seres, los cuales no coinciden necesariamente, con aquellos objetivos del liberalismo clásico. Por otra parte, un gran componente de contenido declarativo de derechos fundamentales, como una propuesta emancipadora, que efectivamente comulga con los ideales liberales del modelo occidental de derechos.

De esta manera, el contenido de la Constitución ecuatoriana coincide con toda declaración de derechos, que según Ávila (2016) debe ser “utópica y plantear una realidad que, siendo difícil, es deseable luchar porque se la consiga”; en lo que respecta a los derechos señala que, “son siempre una herramienta contra el poder” (p. 67). De este modo, los derechos humanos se entienden como algo a lo que se aspira, por cuanto surgen de problemas de la realidad que debemos superar para alcanzar un modelo de vida óptimo.

El primer gran componente constitucional, que parte del neoconstitucionalismo andino reconoce nuevas dimensiones de derechos tales como: la existencia de varias nacionalidades que conforman un mismo Estado lo que se contrapone a la construcción tradicional y hasta excluyente de la nacionalidad única; el reconocer a la naturaleza o pachamama no sólo como fundamento constitucional, sino como sujeto de derechos y objetivo de desarrollo; el buen vivir o sumak kawsay como derecho individual y colectivo, que se ubica también como fundamento y objetivo constitucional; la democracia comunitaria, como complemento a la democracia representativa y directa, con miras a promover la participación de todas las colectividades y personas en los procesos de toma de decisiones; la justicia indígena que reconoce la coexistencia, reconocimiento y validez de varios sistemas jurídicos, en concordancia con el pluralismo jurídico; y finalmente, la interculturalidad como un “eje transversal de la Constitución, aparece en varios derechos fundamentales, en el régimen de desarrollo, en el régimen del buen vivir y en los principios del estado” (Ávila, 2016, p. 32).

Merece la pena profundizar es estas nuevas dimensiones, las que como ya se puede anticipar no coinciden con el modelo tradicional occidental, por lo que no tendrán explicación desde otras visiones sino las del propio contexto regional. Desde esta perspectiva, surgen seis instituciones del ideal andino, las cuales adquieren una relevancia trascendental al encontrarse insertas en la norma suprema ecuatoriana, las cuales se instauran como un aporte al modelo occidental y como un reto para el poder político en cuanto a su operatividad, así tenemos: la plurinacionalidad, la pachamama, el sumak kawsay, la democracia comunitaria, la justicia indígena y la interculturalidad.

La plurinacionalidad rescata el respeto por la multiplicidad de culturas existentes en el Ecuador y en la región, previo a los procesos colonizadores e incluso poscolonizadores que vendrían a obligar a los miembros de una nación a negar sus diversas raíces culturales para identificarse con una única nacionalidad. En este contexto, la nacionalidad se construyó con mecanismos de adiestramiento cultural, educativo, jurídico y económico, hecho a medida de quienes ostentaban el poder; es por ello que, en un primer momento el sentido de nacionalidad es excluyente, en un segundo momento adopta un carácter de negación para afirmarse en una aparente unidad nacional, lo cual sería el emblema por el cual, se desarrollarían las luchas independentistas.

De esta manera, la plurinacionalidad viene a reconocer que, si bien la historia perdió un sinnúmero de lenguas y culturas, algunas cuantas subsisten; y con ellas, se debe enmendar el reconocimiento de derechos, por lo que es necesario afirmarlas como nacionalidades que conviven dentro de un Estado, que se obliga a promover su desarrollo.

La pachamama o madre tierra, aparece en la Constitución desde tres perspectivas, por una parte, como el ambiente para el desenvolvimiento y provisión del ser humano, por otra parte, como un modo de convivencia en armonía con la naturaleza y finalmente, como un objetivo de carácter fundamental que requiere de preservación y cuidado; siendo así, se deducen tres estatus de la pachamama; como eje que fundamenta la norma suprema; como sujeto de derechos y como

un objetivo imperativo para promover el desarrollo social. Desde este enfoque se contradice el sentido individualista de derechos, intrínsecos al individuo y se plantea una propuesta que rescata un sentido de mutua necesidad entre la naturaleza y el ser humano, que a decir de Ávila (2016) “comulga con una visión hacia el comunitarismo como alternativa al capitalismo” (p. 45).

El **sumak kawsay** o **buen vivir**, aparece también desde una triple perspectiva, por ello es fundamento, derecho y objetivo del estado. A diferencia de la institución previa, el **buen vivir** no es sujeto de derecho, es más bien, una noción que se atribuye al ser humano. En tal virtud es un modo de vida que se distingue en gran medida de la visión consumista y capitalista de la sociedad, por cuanto propone principios de comunidad con la naturaleza, solidaridad con otros seres vivos e inclusión en la armonía del individuo para consigo mismo.

La democracia comunitaria como institución, implica un modo más participativo y permanente del ejercicio del poder social, en ese sentido vendría a complementar a la democracia directa y representativa para promover una mayor participación de la sociedad en la toma de decisiones. De ahí que, este modo de participación democrática favorece mucho más la iniciativa de la colectividad que prevalece sobre la iniciativa individual que recae de manera tradicional en el mandatario.

Otra de las instituciones que aparece en el texto constitucional es la justicia indígena, la misma que adquiere igual jerarquía que la justicia tradicional que ejerce el Estado; con esta connotación, en el Ecuador se reconoce el pluralismo jurídico, como la existencia de varios sistemas de justicia, cuyo reconocimiento y validez tiene carácter distinto. Según Ávila (2016) “la justicia indígena tiene algunas virtudes que merecen ser destacadas: la oralidad, la cercanía y comprensión del conflicto con la autoridad que lo resuelve, la inmediatez, la solución reparadora y creativa” (p. 31), entre los defectos de esta justicia se señalan la acentuada discriminación por motivos de género y el uso de medidas sancionadoras desproporcionadas.

En último lugar y no menos importante, la interculturalidad que contempla la Constitución ecuatoriana se vislumbra como un objetivo de desarrollo y principio constitucional, por lo cual se traduce como una forma de respetar la existencia de culturas distintas por lo que se pretende más bien un rescate y protección de sus costumbres y tradiciones. Visto de este modo, la interculturalidad se constituye en un eje transversal en donde se hace posible una sociedad en el marco de buen vivir.

Con estas instituciones, se verifica en la normativa constitucional la existencia de un primer gran componente de carácter ideal, que ciertamente es distinto al carácter tradicional de tipo liberal; de ahí que, es posible afirmar que, este modelo constitucional, trata de plasmar aspectos coherentes a la realidad, lo cual, sin lugar a equívocos, ya se constituye en un gran aporte al neoconstitucionalismo latinoamericano.

Sin embargo, todas las innovaciones y bondades que propone este modelo constitucional, se convierten en un gran reto en cuanto a su operatividad, sobre todo por cuanto el Estado ecuatoriano se desenvuelve en el marco de un gobierno de tipo presidencialista, cuyos antecedentes reflejan inestabilidad, abuso de poder, corrupción y represión.

Es por esta razón que la operatividad de la normativa constitucional desde la perspectiva andina, refleja dificultades que han derivado en una aplicación bastante alejada de su planteamiento inicial. Lo cual, entre otras razones, se atribuye no sólo al distanciamiento entre el ideal del constitucionalismo andino y el poder gubernamental, sino también al exceso de protección y atribuciones asignadas a la figura presidencial, lo que ha sido denominado como hiperpresidencialismo⁸³. Así pues, tras diez años de la expedición de la carta fundamental vigente, es posible analizar aquellas tensiones sobre el desarrollo constitucional, las que se analizan desde la misma perspectiva de sus siete instituciones.

⁸³ El hiperpresidencialismo hace alusión a que se subordinan todas las formas de organización política a una sola persona, en este caso el poder se personaliza en el ejecutivo. Según Ávila (2016) “la Constitución apostó por el mantenimiento del presidencialismo, pero en lugar de amenguarlo o de atenuar sus debilidades, lo incrementó y lo supervalorizó” (p. 63).

La primera tensión se identifica en la plurinacionalidad, que al proponer la vigencia de la diversidad de culturas a las que se atribuye una nacionalidad, trae como consecuencia una vigencia integral por sus derechos, lo que contempla el desarrollo y enriquecimiento simultáneo de varias naciones dentro de un mismo territorio, con lo cual se articulan elementos de carácter territorial, jurídico, social y cultural. Desde esta perspectiva, el ejercicio del poder presidencial desde varias aristas, ha sido contraproducente para la vigencia de un Estado plurinacional, lo cual se hace visible en la inadecuada administración de territorio que no ha considerado los asentamientos indígenas y se ha comportado de manera invasiva, para mantener o afianzar la incursión de empresas extractivistas; la nula participación política o escasa representatividad en los órganos de gobierno de la población indígena; el desconocimiento de la democracia comunitaria; la marginalización de la justicia indígena; entre otras acciones, que contradicen la declaración del Ecuador como un Estado plurinacional.

En la segunda institución del constitucionalismo andino, la pachamama, también existe una fuerte tensión en cuanto se refiere a la puesta en práctica desde la realidad. Así, entendida en el texto constitucional ecuatoriano desde sus tres dimensiones, la pachamama es un fundamento del Estado, es un sujeto de derechos y es un objetivo de desarrollo de la sociedad. Cada una de estas facetas, es puesta en contraposición por el ejercicio del poder presidencial, que muestra con acciones, lo contrario a lo contemplado en el texto constitucional. Desde este punto de vista, la realidad muestra como el Ecuador ha estado y sigue inmerso en un modelo extractivista para la obtención de recursos económicos, lo que destruye la primera dimensión; en esta misma línea, la naturaleza se entiende como un objeto de explotación para el desarrollo del ser humano, lo que contradice el argumento de la pachamama como sujeto de derechos, ya que “normalmente para restringir un derecho se necesita justificar la necesidad y la proporcionalidad de la restricción” (Ávila, 2016, p. 80), en este caso, no se está considerando derecho alguno a la naturaleza; y finalmente, se suprime en la práctica la última dimensión de la pachamama como objetivo de desarrollo nacional, el cual se reemplaza por otro, conforme al cual se favorece a la minería con el fin de obtener el mayor

lucro posible para el progreso nacional, todo lo cual, conlleva a un reforzamiento de un ideal propiamente capitalista.

Una de las instituciones más importantes que se plasman en el constitucionalismo ecuatoriano es el sumak kawsay, el cual como ya se ha revisado previamente, aparece desde una triple perspectiva, es decir como fundamento, como un derecho de los seres humanos; y, como un objetivo de desarrollo. De este modo, con base en el proceder político y en los intereses que refleja la sociedad; es posible deducir que, en contradicción con el significado del sumak kawsay, como un modo de vivir en armonía con la naturaleza, persiste un interés profundo por el capitalismo y consumismo. El sumak kawsay, al igual que la pachamama, son instituciones que corren el riesgo de quedarse en meros enunciados, dentro de un contexto gubernamental que afirma el sentido de la minería, incrementa la producción petrolera, construye represas; es decir, se contrapone de manera directa y quizás radical, al respeto y cuidado por la naturaleza.

La democracia comunitaria, es otra de las instituciones que genera tensión, para la puesta en práctica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Desde su planteamiento, como forma de participación complementario a la democracia representativa y directa, cumplía con el propósito de abrir espacios para la intervención de representantes de las nacionalidades indígenas, en cuanto a la toma de decisiones y ejercicio del poder; por el contrario, se puede evidenciar que, por parte del gobierno, no se han propiciado tales espacios. Esto se debe, por una parte, a que en el Estado ecuatoriano se ha venido ejerciendo de manera tradicional la democracia de tipo representativo, en donde la población se limita a cumplir con el deber cívico del sufragio cada cierto período y solamente es partícipe de la democracia directa en asuntos en los cuales el poder ejecutivo requiere afirmar un determinado proceder, todo lo demás compete a la decisión presidencial; en este sentido, no cabe el ejercicio de tal complementariedad. Por otra parte, se puede afirmar que las acciones del gobierno en cuanto a la explotación minera, contradicen de manera directa los principios de carácter comunitario, ante lo cual, las pocas intervenciones de las nacionalidades indígenas, se han logrado por enfrentamientos, protesta

y resistencia ante decisiones relacionadas a este tema, por lo tanto dichas intervenciones han sido acalladas por el gobierno, que ha procedido a responder con actos de represión, agresión y encarcelamiento injustificado, mediante el uso de la fuerza pública.

En lo que respecta a la justicia indígena, siguen existiendo resistencias en cuanto al ejercicio de esta institución, que pese a estar declarada en la norma suprema ecuatoriana; ha conllevado una reacción de marginalización sobre su aplicación, métodos y eficacia; todo lo cual, además de lograr desacreditarla, obstruye su operatividad y se constituye en una actitud excluyente de tipo discriminatorio. En este sentido, las acciones gubernamentales, “han favorecido el uso del poder judicial y de los métodos alternativos de resolución, como forma idónea de resolver conflictos” (Jalkh, 2005), sin embargo, en este fortalecimiento, no se articula a la justicia indígena. En esta misma línea, desde el año 2010, se ha incursionado en un proyecto de mejoramiento progresivo de la justicia en general, y del ámbito penal en particular, de ahí que, en la línea penal, se han introducido una serie de cambios que ayudan no solo a promocionar el uso de este tipo de justicia, sino también promueven la continuidad de un marco de inseguridad social, para la cual la única vía de solución posible, es el uso de la represión con métodos policiales y militares. Toda esta promoción por la justicia estatal, cierran la posibilidad de considerar a la justicia indígena; pese a gozar de la supremacía que le otorga la Constitución, como una vía alterna para resolver los problemas de la sociedad.

En cuanto a la interculturalidad, se podría afirmar que existen algunos intentos por insertar la transversalidad de esta institución; así pues, en el ámbito educativo, con la promoción de una educación intercultural; y, la contemplación de medidas de acción afirmativa para favorecer los espacios laborales de esta población. Sin embargo, no deja de prevalecer una fuerte resistencia a esta institución del constitucionalismo andino, por cuanto desde el gobierno, han sido reiterados los comportamientos de carácter discriminatorio y ofensivo hacia la población indígena, lo cual resultó desfavorable para el diálogo intercultural; en este sentido, la presencia indígena se ha

disminuido notablemente y a decir de Ávila (2016) “sin los indígenas, no hay interculturalidad” (p. 88).

En definitiva, la Constitución ecuatoriana vigente lleva implícita la declaración de aspectos que impregnan la realidad cultural del contexto regional, en tal virtud el contenido de las seis instituciones incorporadas, atribuyen una parte del nuevo componente neoconstitucional andino; otra parte, es el reflejo del amplio contenido de derechos fundamentales que se insertan en la norma suprema lo que hace que exista una fuerte sujeción a los derechos de jerarquía constitucional; todo lo cual, conduce a que efectivamente la Constitución ecuatoriana sea un aporte original de gran trascendencia para el constitucionalismo latinoamericano, y adicionalmente se instituya como un marco jurídico fortalecido para el alcance de derechos.

A pesar de ello su aplicación ha conllevado a que surjan resistencias que se contraponen al contenido constitucional con la realidad de contexto político y social, lo que dificulta en gran medida el ejercicio pleno de la declaración de derechos con características andinas, esto conlleva el riesgo de que estas nuevas propuestas se queden en el plano de utopías, cuya realización es apenas un objetivo de lejano alcance, o dicho de otro modo, que tales propuestas solamente se queden plasmadas en la constitución sin ningún otro sentido que el meramente declarativo. En cuanto al modelo presidencialista, si bien es cierto el constitucionalismo en general, permite una flexibilidad para la realización de los derechos ya sea en modelos presidencialistas, como en aquellos de tipo parlamentario, se considera que la Constitución vigente ha establecido un marcado presidencialismo que ha llegado al extremo de denominarse hiperpresidencialismo, por cuanto prácticamente todas las funciones estatales se limitan o sujetan a la venia presidencial; todo lo cual, contradice el carácter participativo, de apertura plurinacional e intercultural que requieren las declaradas instituciones neoconstitucionalistas andinas, como el buen vivir, el sumak kawsay, la justicia indígena, entre otras; de ahí, la necesidad de un modo de gobierno que conlleve una mayor participación, de apertura a las nacionalidades indígenas ecuatorianas, e incluso a las agrupaciones históricamente excluidas, en consonancia al declarado Estado de Derecho ecuatoriano.

4.4. Apuntes sobre control de constitucionalidad y convencionalidad en el Ecuador

Referirse al tema del constitucionalismo y sus orígenes en el orden histórico, filosófico y social, sugiere una antigüedad y origen tan remotos que han evolucionado tanto como su propia concepción e instituciones. Por lo tanto, ubicamos esta lectura en el contexto posterior a la Segunda Guerra Mundial en donde a lo largo de los ordenamientos estatales y también en el orden supranacional, se instauran constituciones que se constituyen en amplias declaraciones de derechos que buscan aplicabilidad mediante órganos de justicia.

En este sentido la justicia constitucional permite cumplir, y se asegurar el orden fundamental “en la medida en que se aplican a casos concretos las normas constitucionales, se esclarece el ámbito de aplicación de tales normas, se garantiza el cumplimiento de la ley fundamental, que prevalece sobre la norma ordinaria”. Sus antecedentes de desarrollo, expansión y evolución se articulan con el contexto europeo y estadounidense, en éste último con el desarrollo de la *judicial review* como piedra angular del propio sistema constitucional en donde se establece la “revisión por el Poder Judicial de los actos y leyes contrarios a la Constitución” históricamente sustentado en escritos de Hamilton, Madison, Jay y más adelante ejercitado mediante la cláusula de supremacía por el juez John Marshall con la sentencia denominada *Marbury versus Madison* pronunciada en el mandato de Jefferson (Fernández, 1997, p. 174-178).

En el contexto europeo, de manera concreta en Francia los antecedentes se remontan aproximadamente a 1790 con la creación del Instituto Jurídico del *référendum législatif* que otorgaba al poder legislativo la atribución de interpretar el texto oscuro de la ley, dicho ejercicio se constitucionalizaría fortaleciéndose entre 1795 y 1798 con la creación de un Tribunal Constitucional. A partir de ahí y en adelante, sumado a diversos hechos sociales como la Revolución Francesa, la Segunda Guerra Mundial, la recuperación de las monarquías, entre otros, esta figura de control se fue perfeccionando no sin encontrarse con diversos vaivenes sobre su desempeño (Fernández, 1997, p. 174-214).

El control de constitucionalidad con el avance de la evolución de la sociedad hacia la legitimación de las democracias e instauración de los estados constitucionalistas, ha seguido recibiendo amplios aportes filosóficos en donde se destacan grandes aportes como Rousseau, Jellinek, Ferrajoli, Kelsen, entre otros, que destacan el afán de que se establezcan mecanismos para asegurar el cumplimiento del contenido constitucional mediante mecanismos de garantía, pero mucho más allá, de contextos de interpretación, en donde los garantes –que cuentan con potestad judicial–, conducen el alcance de la denominada justicia constitucional. A decir de Peña (2017) “la propia evolución del constitucionalismo como fenómeno político-jurídico y del Derecho Constitucional como ciencia, han llevado a implementar múltiples formas y diferentes momentos para el ejercicio del control, en esencia existen dos modelos clásicos, el primero el modelo difuso, también denominado americano, y el otro es el concentrado” (p. 90).

El control difuso dependiendo del sistema jurídico en donde se aplica y de su sistema de fuentes, cuenta con diferentes repercusiones “partiendo de que el cuestionamiento sobre la constitucionalidad de la disposición normativa es con respecto a un caso en concreto, la sentencia sólo posee efectos respecto a este, por tanto, se deja de aplicar dicha normativa, pero nunca podrá el órgano judicial declarar la derogación o nulidad de la misma” (Peña 2017, p. 90). En los modelos romano-germánico-francés, no se declara la inconstitucionalidad de la norma, sino que ésta se deja de aplicar, en cambio en el *common law* la sentencia es un precedente obligatorio para casos similares, en ambos contextos la sentencia tiene efectos retroactivos y de cosa juzgada.

En cuanto al control concentrado, es una modalidad según la cual es un órgano específico del mismo sistema, el que realiza el ejercicio de control, y se cataloga “como abstracto porque analiza la disposición normativa cuestionada en su relación con la Constitución, no sobre la base de un caso concreto sino teniendo en cuenta razones de estricto Derecho que vician de inconstitucionalidad a la norma de menor jerarquía” en este caso se presenta un efecto derogatorio directo sobre la norma inconstitucional (Peña 2017, p. 91).

En el contexto actual de plena vigencia de los estados constitucionalistas y de gobiernos que han asumido compromisos en el desenvolvimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos mediante la ratificación de instrumentos internacionales, se ha desarrollado –últimamente en el ámbito latinoamericano y con más anterioridad en el contexto occidental europeo– el concepto de control de convencionalidad.

En el orden latinoamericano esta doctrina se sustenta en la jurisprudencia del Sistema Interamericano, en donde la Corte IDH se ha pronunciado en virtud de que todas las autoridades y órganos de un Estado que forma parte del sistema tienen la obligación de ejercer este control de apego a la Convención Americana o Pacto de San José.

El control de convencionalidad del Sistema Interamericano a su vez, se sustenta en el desenvolvimiento del Derecho Internacional, de manera específica en la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados (1969) con el principio *pacta sunt servanda* y el artículo 27 del mismo instrumento, según lo cual los tratados se suscriben de buena fe para ser cumplidos y no se puede invocar disposiciones de derecho internas para inclumplir un tratado respectivamente. Es por ello que “el objeto de este control es el comportamiento –por acción y/o por omisión– de un Estado parte que haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte...sobre la Convención Americana” (Gutiérrez, 2016, p. 241).

En este sentido el perfeccionamiento de esta doctrina señala dos modalidades de su ejercicio, un control concentrado que lo ejerce la Corte IDH, y uno difuso que se realiza en los ordenamientos internos de los estados parte, respecto de su primera modalidad “la Corte Interamericana puede declarar la incompatibilidad de cualquier norma jurídica interna, incluso de disposiciones constitucionales, siempre que se constate un incumplimiento de los estándares convencionales”, más ello no implica potestad para invalidarla, en su segunda forma, “acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional” (Gutiérrez, 2016, p. 241-242). Se aprecia entonces que, tanto en

el control de convencionalidad concentrado como difuso, el objeto de control es la Convención Americana.

En este punto es posible ubicar la convergencia entre el control de constitucionalidad y convencionalidad –al menos de los países latinoamericanos que han ratificado la Convención Americana y la competencia contenciosa del Corte IDH–, mucho más cuando el control de convencionalidad de acuerdo a la jurisprudencia, se ha extendido a otros tratados de derechos humanos y opiniones consultivas del sistema, no obstante, se han señalado fuertes críticas ante esta figura en su modalidad difusa, sobre la injerencia del sistema en los ordenamientos nacionales.

Entonces, resulta claro que dependerá de la postura filosófica, teórica y doctrinaria de quién analiza, para asumir una postura frente al tema, ya que existen quienes defienden la posición de que ambos tipos de control –de convencionalidad y constitucionalidad– son lo mismo, y quienes, por el contrario, señalan que se trataría de figuras totalmente diferentes y en algunos casos complementarias, todo recaería en el parámetro del control y su finalidad.

Desde la diversidad de análisis sobre el tema, es de recalcar que el estudio se centra en la competencia del juez constitucional, y del contexto jurídico en donde se desenvuelve, pues, aunque en muchos casos la competencia se articula con la jurisprudencia, en otros países “la propia norma suprema nacional otorga al juez constitucional la competencia de controlar la conformidad del derecho interno con relación a los tratados internacionales...y en todo caso se enmarca formalmente dentro del control de constitucionalidad” (Gutiérrez, 2016, p. 241-259).

Para analizar el tema en el ordenamiento ecuatoriano debemos acudir al señalamiento expreso de la Carta Magna (2008) en cuanto a la creación de un órgano concreto de control constitucional como lo es la Corte Constitucional, y de la contemplación de varios de sus artículos –arts. 10, 11, 41, 57, 171, 172, 428, entre otros–, en donde se reconoce con bastante amplitud una jerarquía importante a los tratados e instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que dado el

caso resultaren ser más favorables a los derechos fundamentales del ser humano.

De tal manera “entender esta concepción significa dar un papel preeminente y preponderante a los derechos humanos por encima del Estado y de cualquier de sus producciones jurídico normativas”, lo cual “exige a los operadores jurídicos aplicar en todos los casos la disposición más favorable a la vigencia de los derechos humanos, incluyendo en lugar de excluir otro tipo de ordenamientos” (Caicedo, 2009, p. 11).

Respecto del tipo de control de convencionalidad que se ejercen el ordenamiento ecuatoriano, algunos análisis apuntan la realización de un control concreto⁴⁴, que además de sustentarse en el texto constitucional, también se ha manifestado en la jurisprudencia pronunciada por la Corte Constitucional de Ecuador, en donde se ha señalado en su sentencia No. 003-13-SIN-CC que

“la irradiación constitucional que experimenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano, dentro del cual no solo existe un reconocimiento expreso de la supremacía constitucional, sino también de la jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el control de convencionalidad se constituye en un mecanismo básico para la garantía de los derechos, en tanto permite que los órganos jurisdiccionales no se limiten a un análisis de sus disposiciones internas, sino que además recurran a los instrumentos internacionales y la interpretación efectuada de estos, a fin de dotar de contenido integral a los derechos”

Hasta este punto, cabe acotar que es claro el ejercicio de la Corte Constitucional ecuatoriana en cuanto a su potestad de control de constitucionalidad, sin embargo, se ha señalado que es una paradoja difícil afirmar el tipo de control de convencionalidad en el contexto ecuatoriano, de ello Aguirre (2016) ha manifestado que

el control de convencionalidad que rige en el Ecuador, de acuerdo con las competencias de los juzgadores es únicamente concentrado puesto que no podría inaplicar la norma por considerarla contraria a

⁴⁴ Para profundizar lo señalado véase Aguirre, P. (2016) *El control de convencionalidad y sus desafíos en Ecuador*, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tabcas/r36284.pdf>.

los instrumentos internacionales de DD.HH...esta interpretación no impide que los jueces puedan realizar interpretaciones del ordenamiento interno a la luz de las normas convencionales en aplicación de un principio de interpretación pro homine, así como tampoco que en el caso de ausencia de normas internas se apliquen directamente los estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH (p. 307-308).

Adicionalmente tomando como base el principio de supremacía constitucional del artículo 426 de la Carta Magna ecuatoriana (2008), en donde el aparataje estatal desde su desenvolvimiento debe articularse a la normativa constitucional y por consiguiente a la Convención Americana, emerge entonces, también un control de constitucionalidad de tipo difuso en donde “en caso de duda respecto a una norma que sea contraria al orden...el juzgador que conozca un caso en concreto debe inobservar la norma ... para dar paso al espontáneo acatamiento de la Carta Magna o el convenio” (Valarezo, Franco y Saraza, 2020, p. 126 y ss.); no obstante, respecto de esto último aún se apunta un amplio debate sobre el tema, según el cual este tipo de control no está definido en su totalidad y faltaría mayor aporte jurisprudencial de la Corte Constitucional ecuatoriana para aclararlo.

Por otra parte, en el Ecuador se ha definido en el artículo 438 del texto constitucional (2008) como parte de las competencias dela Corte Constitucional ecuatoriana la emisión de un dictamen previo de tipo vinculante respecto de los tratados internacionales previo a su ratificación, lo cual ha sido pronunciado en la jurisprudencia 003-16-DTI-CC del mismo organismo, que afirma en ello un escrutinio de compatibilidad del tratado con el orden constitucional. Al respecto, a decir de Valarezo, Franco y Saraza (2020) queda sobredicho que “todo lo que implique generación, reconocimiento o interpretación de derechos contenidos en normas supranacionales, debe necesariamente atravesar un examen riguroso de control previo del ente ecuatoriano... en su calidad de organismo concluyente, que vela por la vigencia y supremacía constitucional” (126 y ss).

a) Breve análisis a la Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador Nro. 11-18-CN/19, que se articula con la Opinión Consultiva OC17-24 de la Corte IDH⁸⁵

Con el pronunciamiento de la OC17-24, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en enero del 2018, en donde se manifiesta que todos los países miembros del Sistema Interamericano deben reconocer que las parejas del mismo sexo puedan casarse libremente.

En el Ecuador después de varios debates relacionados al matrimonio de las personas del mismo sexo se marca un hito importante el 12 de junio del 2019 a través de la Corte Constitucional mediante la sentencia Nro. 11-18-CN/19 publicada en el Registro Oficial, en donde se aprueba el matrimonio civil igualitario con cinco votos a favor y cuatro en contra; es decir, se reconoce el derecho al matrimonio civil de las parejas del mismo sexo.

Con la aprobación del matrimonio civil igualitario por la Corte Constitucional en el Ecuador, los colectivos LGBTI festejan su triunfo, dando a conocer una lucha ganada, es decir, se reconoce un derecho más para estos grupos, generando cambios legales sustanciales en cuanto a la normativa ecuatoriana como es la Constitución de la República, Código Civil y la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, los mismos que deberán realizarse de acuerdo con la aprobación y publicación de la sentencia, éstos cambios están basados en las nuevas concepciones de la sociedad actual y de esta forma no exista contradicción con otras normas.

Aunque las reformas legales no se encuentren completamente actualizadas en el Ecuador, a partir del pronunciamiento de la Corte Constitucional ecuatoriana, las personas del mismo sexo pueden agendar cita en el Registro Civil, para contraer matrimonio en todo el territorio ecuatoriano.

⁸⁵ Para profundizar en este tema puede consultar: Puchacela, C. y Torres, X. (2020). Evolución normativa de la familia en el Ecuador frente a los Derechos Humanos. En *Revista Espacios*, 41(25), 15-25. <https://www.revistaespacios.com/a20v41n25/a20v41n25p02.pdf>.

La aprobación de la sentencia Nro. 11-18-CN/19 sobre el matrimonio civil igualitario surgió debido a que Javier Benalcázar, Efraín Soria, Rubén Salazar y Carlos Verde Soto, son dos parejas de homosexuales a los cuales se les habría negado el derecho igualitario de contraer matrimonio ya que el código civil ecuatoriano interpone que el matrimonio solo puede ejecutarse entre un hombre y una mujer; al conocer esta decisión una de las parejas interpuso una acción de protección, ya que se vulneraban sus derechos a la no discriminación, esta acción de protección fue denegada porque el juez de nivel inferior, el cual no encontró ninguna inconstitucionalidad en el proceso, siendo así que después de varios años de lucha estas dos parejas entre muchas otras que preferían mantenerse al margen por la gran discriminación que sufrían al querer hacer valer sus derechos, la Corte Constitucional da por aprobado mediante su pronunciamiento el matrimonio civil igualitario.

Una vez analizados los antecedentes con relación a la aprobación sobre el matrimonio civil igualitario se tomará como referencia en cuanto a la conceptualización del autor James (2009) que define como “la institución que reconoce legal o socialmente un matrimonio formado por dos varones, dos mujeres, o eventualmente dos personas del mismo género” (p. 34); es decir, el reconocimiento que tienen los seres humanos mayores de 18 años a contraer libremente matrimonio civil y formar una familia.

Siendo así, otros estados pertenecientes al Sistema Interamericano y que han aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han aprobado el matrimonio de las parejas del mismo sexo, como es el caso: Colombia 2016; Argentina 2010; Uruguay 2013; Costa Rica 2018; Ecuador 2019, entre otros.

Además, se hace referencia también a la sustentación que manifiesta López (2017), sobre el matrimonio igualitario en Chile que aún no es legal, sin embargo, un proyecto de ley enviado al Congreso Nacional por la presidenta Michelle Bachelet en 2017, se encuentra bajo tramitación legislativa. Se espera una resolución para finales del 2019, varias organizaciones LGBTI impusieron una encuesta en el año 2014, año

donde intentaron hacer valer sus derechos y donde hasta el día de hoy no le dan una respuesta clara. En la encuesta antes dicha el 46% votó a favor del matrimonio igualitario y 42% en contra. Estas cifras nos hacen ver la disputa entre ambos bandos, aunque hay más a favor no se puede pasar por alto las personas que están en contra (p.66).

Como se puede observar en la actualidad los estados pertenecientes a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, se encuentran regularizando el matrimonio de las personas del mismo sexo, es decir, se están respetando los derechos declarados en la Convención Americana de Derechos Humanos de respetar y hacer efectivos los derechos y libertades de cada ser humano en igualdad.

No cabe duda que el Estado ecuatoriano, se ha caracterizado por ser un país laico y moralista. Sin embargo, la realidad que vive la sociedad es diferente, por ello es importante que, a través de la educación básica, bachillerato y superior, los docentes y administrativos se comprometan a aprender y enseñar a respetar las diferencias sexuales.

De ahí que la familia se encuentra en una constante transformación en donde el Estado es responsable de garantizar el pleno cumplimiento de los derechos humanos que la sociedad actual los requiere para una plena convivencia, de esta forma se podría decir también que, como el Derecho lo hace a razón de las nuevas necesidades sociales.

En definitiva, la sentencia Nro. 11-18-CN/19, refleja de manera clara el sentido de la posibilidad del control de convencionalidad aplicable en nuestro contexto, pese a que ello conlleva posturas diversas y contrapuestas, que parten desde el mismo pronunciamiento judicial con cerca de la mitad de votos en contra y a favor. La temática y el debate en el tema son álgidos y sin duda, involucran como en varias temáticas relacionadas a los Derechos Humanos, la postura personal de quién analiza.

Lo más importante respecto de este breve análisis, conlleva mostrar la posibilidad de una articulación del Estado ecuatoriano con el desenvolvimiento del Sistema Interamericano, que por una parte refleja

claras posibilidades de efectividad en el funcionamiento del sistema de protección de derechos humanos nacional y supranacional; pero, por otra parte, muestra verdaderos pasos en el camino hacia la justiciabilidad de derechos.

4.5. Evolución histórica de la normativa constitucional ecuatoriana: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

Con los antecedentes previamente analizados, como el escenario en donde se propicia la expedición no de una, sino de múltiples normativas constitucionales en el Ecuador, es momento de realizar una aproximación de tal progreso normativo, que ha ido adquiriendo de forma gradual, matices importantes que han derivado en la incorporación de la perspectiva de género, lo que se traduce como avances en favor de los derechos fundamentales de la mujer.

Es importante señalar que, a pesar de un difícil escenario político y social, la presencia y lucha de las mujeres por la reivindicación de derechos fundamentales, han permitido elevar sus demandas al plano político y normativo, lo que hace posible constatar la existencia de avances, que al contemplarse en la norma suprema, no solo vendrán a ampliar el catálogo de derechos, sino además, promoverán profundos cambios en cuanto a normativas secundarias, como la implementación de acciones afirmativas y políticas públicas que propendan a la promoción y vigencia de derechos. Todo lo cual se enfatiza sobremanera en la Constitución del año 2008 que se encuentra actualmente vigente, cuyo modelo al ser de carácter garantista, permite además una apertura hacia la eficacia de derechos, los cuales se hacen exigibles al suscitarse controversias jurisdiccionales.

El análisis se realiza desde dos aspectos, el uno histórico-descriptivo que verifica el contexto de creación de la norma e identificación del sentido de igualdad y garantías, y el segundo que conlleva el análisis desde el enfoque de derechos de las mujeres.

4.5.1. Constitución Política del año 1830

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

Pese a la existencia de documentos de carácter independentista, que se pueden considerar como referentes para la conformación de una norma constitucional unificada, se toma como punto de partida la constitución del año 1830, en virtud de que, la expedición de la misma, establece las bases para el nacimiento del Ecuador como un Estado.

En el texto constitucional que entra en vigencia en el año 1830, consta la siguiente frase “en el nombre de Dios, autor y legislador de la sociedad” (preámbulo); así también, la estipulación de la religión católica, apostólica y romana como el credo oficial. En este contexto es posible determinar la existencia de una firme articulación entre iglesia y Estado, propia del Constitucionalismo en sus inicios.

Al expedirse la normativa constitucional tras 41 años de la Declaración Francesa de Derechos, así como tras varios años de la promulgación de constituciones a nivel continental de tipo independentista, la Constitución de 1830, reconoce algunos derechos fundamentales de tipo civil y político; así también, establece algunas garantías, aunque no de manera clara. Así, es posible encontrar el derecho de ciudadanía, al voto mediante asambleas parroquiales, libertad, no autoincriminación y libertad de opinión.

En el texto constitucional del año 1830, no es posible constatar la existencia de artículos destinados a proteger de manera específica los derechos de las mujeres, por ello no ha sido posible determinar la existencia de algún artículo relacionado en concreto con estas palabras.

En consecuencia, se subraya en esta norma la consideración de igualdad ante la ley, la cual se prescribe en el artículo 11 que determina que “los derechos de los ecuatorianos son, igualdad ante la ley, y opción igual a elegir y ser elegidos para los destinos públicos teniendo las aptitudes necesarias”. De esta consideración, se desprende que el

ejercicio de estos derechos se realizar por goce de ciudadanía, para lo cual el art. 12 establece los siguientes requisitos: “1. ser casado, o mayor de veintidós años, 2. Tener una propiedad raíz valor libre de 300 pesos y ejercer alguna profesión o industria útil sin sujeción a otro como sirviente doméstico o jornalero y 3. Saber leer y escribir”, tales requisitos se contemplan en el mismo cuerpo legal.

Una vez identificados los artículos es posible señalar que, si bien no contienen de manera expresa derechos de las mujeres, al menos plantean o tienen la intención de reconocimiento de derechos en el marco de la igualdad en el plano formal, pero no de forma concreta para la mujer.

4.5.2. Constitución Política del año 1835

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

La Constitución del año 1835, entra en vigencia con apenas 5 años de diferencia de su antecesora, de manera general, es posible percibir la existencia de cambios sustanciales en este cuerpo legal, primeramente, en cuanto al establecimiento del Ecuador como República (art. 1) y con base a ello, la declaración de soberanía de la nación (art. 2). De tal manera, el Ecuador, abandona la idea de componer junto con los Estados colombianos una República confederada, según manifestaba la norma que antecede.

Otro aspecto interesante, es el hecho de que el preámbulo constitucional siga haciendo referencia a Dios, “*como creador y supremo legislador*”, de lo cual se desprende el apego estricto a la religión. De igual manera establece un apartado de garantías.

En cuanto al contenido constitucional que incluya aspectos relativos a la protección de derechos de la mujer, no se han encontrado expresiones directas que permitan apreciar artículos referentes a este tipo de resguardo, o que hagan alusión a diferenciar una especificidad de prerrogativas inherentes a fortalecer los derechos en cuestiones sobre

género. En consecuencia, se analiza el avance concreto, respecto de igualdad ante la ley, en función de determinar la posibilidad de acceso de las mujeres a los derechos.

De esta manera, es posible identificar la igualdad, en el preámbulo de la norma analizada en donde se declara como un valor, adicionalmente el art. 8 establece que “los derechos de los ecuatorianos son: igualdad ante la ley, y opción igual a elegir y ser elegidos para los destinos públicos, teniendo las aptitudes necesarias”. Enlazado a la idea de acceso a los derechos a partir de la ciudadanía, el art. 9 manifiesta que se deben reunir las siguientes cualidades: “1. ser casado o mayor de diez y ocho años, 2. Tener una propiedad raíz, valor libre de doscientos pesos, o ejercer una profesión o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente, doméstico o jornalero, 3. Saber leer y escribir”.

En definitiva, es posible determinar que, en la Constitución del año 1835, los derechos de la mujer siguen sin ser reconocidos. Esto quizá, puede ser el reflejo de una sociedad en donde prevalece; por una parte, la influencia heredada del tiempo colonial; y, por otra parte, se hace evidente la amplia generalización de un modo de desenvolvimiento del Derecho, visto desde el punto de vista masculino; por lo tanto, no se registra algún tipo de avance normativo constitucional, en materia de derechos fundamentales para la mujer.

4.5.3. Constitución Política del año 1843

- **Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres**

Con ocho años de diferencia a la norma antecesora, la Constitución de 1843, ha sido históricamente conocida como la carta de la esclavitud; de tal manera, su contenido es de tipo conservador y pretende un afianzamiento del poder presidencial a partir de dos puntos; primero una limitación de la función de los derechos de ciudadanía, de manera concreta al sufragio (art. 5), segundo, la perpetuación del gobierno presidencial –de carácter dictatorial–, mediante una ampliación en el tiempo de mandato a ocho años con posibilidad de reelección (art. 57);

así también, es importante subrayar que en el contenido constitucional, se mantiene la sujeción a la religión católica como credo oficial del Estado (Art. 6).

Con este antecedente, es importante señalar que se establece un apartado de cuatro artículos referidos a las fuerzas armadas, en donde esencialmente se prescribe una función de total obediencia, con sujeción a leyes de la república, sin contemplar posibilidad alguna de reunión, para deliberar respecto de ningún tema.

Luego de la revisión de la norma, en cuanto a contenidos que aborden los temas referentes a la mujer; la búsqueda se vuelve infructuosa, en tanto en cuanto, siguen sin identificarse prerrogativas sobre derechos de la mujer. Así pues, al realizar la búsqueda por asuntos que refieran aspectos relacionados a género, mujer o sexo, no se obtiene ningún resultado; es así que, nuevamente se realiza el análisis sobre el contenido de igualdad de derechos y acceso a la ciudadanía, a fin de constatar la existencia de avances.

La igualdad ante la ley en la Constitución del año 1843, se contempla en el artículo 88 que señala: "Todos los ecuatorianos son iguales ante la ley, y hábiles para obtener los empleos de la República, teniendo los requisitos legales; y ninguno, que no sea ecuatoriano en ejercicio de los derechos de ciudadanía, podrá ser funcionario público". En lo concerniente al acceso a la ciudadanía, el artículo 9 de la norma, establece que son ciudadanos del Ecuador aquellos ecuatorianos que cumplan con los siguientes requisitos: "1. Ser casados, o mayores de diez y ocho años, 2. Tener una propiedad raíz valor libre de doscientos pesos, o ejercer una profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como doméstico o jornalero, 3. Saber leer y escribir".

El primer cambio que se puede percibir entre la norma de 1843 y la que le antecede, es en cuanto al planteamiento, ya que se realiza de manera directa una declaración de que "*todos los ecuatorianos son iguales ante la ley*", a diferencia de la norma antecesora que contemplaba "*que los derechos de todos los ecuatorianos son: igualdad ante la ley*". Resulta

interesante la diferencia entre ambas formas de plantearse la norma, lo que podría quizá, reflejar una intención distinta.

Así, en la primera forma, se podría entender una declaración directa de igualdad; en cambio, en la segunda, parecería dar una enunciación de un derecho; tratando de atender el sentido de tales planteamientos, quizá sea posible que la declaración directa de igualdad, conlleve un reconocimiento inmediato del Estado; por otra parte, la contemplación de la igualdad como derecho, bien podría entenderse, como una mera enunciación que implica la existencia de un derecho, siempre y cuando se cumplan las condiciones necesarias para su configuración. En este sentido tales condiciones se podrían derivar de la nacionalidad, ciudadanía, estatus social, nivel económico, determinado género, raza, etc.

Sin embargo, el breve análisis que antecede, en cuanto al modo de plantearse la igualdad como una declaración en la norma constitucional del año 1843, no conllevará el mismo significado para los hombres y las mujeres. De este modo a la luz de la metodología de género, se hace visible el nulo desarrollo del derecho de igualdad ante la ley, desde donde pueda entenderse una mayor amplitud, que implique considerar los derechos desde la perspectiva de las mujeres. Cuestión similar sucede con el señalamiento de requisitos para la atribución de ciudadanía que adopta una sola modificación en cuanto a la edad, que se fija en diez y ocho años; por lo demás, se mantienen los requisitos sin tener modificación alguna.

Así pues, será motivo de análisis, el planteamiento completo del artículo 88 que dice: "*todos los ecuatorianos son iguales ante la ley, y hábiles para obtener los empleos de la República, teniendo los requisitos legales; y ninguno, que no sea ecuatoriano en ejercicio de los derechos de ciudadanía, podrá ser funcionario público*". En cuanto al contenido del artículo 9, que señala los requisitos para acceso a la ciudadanía, al no haberse operado cambio alguno ni en cuanto al contenido, ni al modo de plantearse, mucho menos en suprimirse los numerales discriminatorios, que señalan por ejemplo "*el ejercicio de una profesión sin sujeción a otro como doméstico*"; no será motivo de análisis, ya que le es aplicable el

mismo estudio que le antecede, por cuyo resultado se determinó que la ciudadanía sigue siendo excluyente para las mujeres.

Como parte de la concientización del ejercicio de análisis, es posible manifestar que, en la Constitución del año 1843, no se identifican avances en cuanto a la igualdad de derechos y acceso a la ciudadanía de las mujeres; es más, en el artículo analizado, se incrementa una discriminación directa que, enlazada a los requisitos de ciudadanía, niega a la mujer la posibilidad de ejercer funciones públicas.

4.5.4. Constitución Política del año 1845

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

La norma suprema del año 1845, entra en vigencia tras ocho años de diferencia de su antecesora, su contenido ha sido catalogado como liberal, en el sentido de que reivindica de manera principal el sentido de soberanía, que radica en el pueblo con delegación a las autoridades; de tal manera, se funda un pacto entre los ciudadanos y el Estado para la conformación de la república ecuatoriana (art. 12); en esta misma línea, se establece una ampliación de derechos de ciudadanía.

Pese al carácter liberal de esta norma, la sujeción a Dios sigue siendo un límite al derecho de libertad de credo; así, el preámbulo de la Constitución, señala el acuerdo de creación de la norma “*en el nombre de dios, autor y supremo legislador del universo*”, además se establece como “religión de la república, la católica, apostólica y romana con exclusión de cualquiera otra” (Art. 13). Se mantiene también, la “duración del período presidencial en ocho años, con posibilidad de reelección después de un período constitucional” (Art. 57).

En lo referente al tema de garantías, se contemplan aproximadamente veinticinco artículos que contienen la enunciación de derechos, tales como, no ser esclavo, no autoincriminación, no confiscación de bienes, inviolabilidad de la propiedad intelectual, no privación de la propiedad entre otros; sin embargo, en este título no se señalan mecanismos

propriamente dichos, que garanticen la efectividad de derechos. En cuanto a la reforma de la norma constitucional, se establece la posibilidad de proponer cambios sobre algunos artículos, lo cual “se analiza y discute en ambas cámaras previo a su promulgación” (art. 141).

Como ha sucedido en los análisis que anteceden, la Constitución de 1845, tampoco contempla artículos, cuyo contenido haga referencia a la categoría género, mujer o sexo para diferenciar algún derecho, mucho menos para atribuir prerrogativas directas a las mujeres. Es así, que se analizan los artículos 8 y 9, que hacen referencia a igualdad ante la ley y atribución de ciudadanía respectivamente.

El contenido del artículo 8 establece que, “los derechos de los ecuatorianos son: igualdad ante la ley, y opción a elegir y ser elegidos para los destinos públicos, teniendo las aptitudes legales”, del planteamiento de esta norma, es posible establecer una diferencia con relación a la forma declarativa que se analizó en la norma antecedente, en donde era posible distinguir una declaración directa de igualdad; de esta forma, en la norma de 1845, que ahora se analiza, se retoma el planteamiento de igualdad ante la ley, a modo de prescripción de un derecho. Por lo que se refiere a cambios, que permitan diferenciar la atribución de igualdad ante la ley y acceso a funciones públicas a la mujer, no se constata desarrollo en ese aspecto, ya que al final del artículo se vuelve a enfatizar en las aptitudes legales, lo que se articula con los requisitos de ciudadanía.

En este sentido, respecto del alcance de la ciudadanía, el artículo 9 establece que se deben reunir las siguientes calidades:

“1. ser casado o mayor de veintiún años, 2. tener propiedades raíces, valor libre de doscientos pesos o ejercer una profesión científica, o industria útil de algún arte mecánico, o liberal, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico, o jornalero, 3. saber leer y escribir”.

En cuanto a los requisitos establecidos, respecto de la normativa constitucional antecedente, se insertan dos cambios, el primero relativo a la edad que se eleva de dieciocho a veintiún años; el segundo, relativo

a la exigencia de ejercer una profesión o industria útil; así pues, es posible que este cambio atienda, a la ampliación de la posibilidad de acceso a la educación para los ecuatorianos. Sin embargo, resulta importante resaltar que, a pesar de los cambios introducidos, se mantiene en la parte final del segundo numeral, la “*no sujeción a otro, como el sirviente doméstico*”, lo que sigue afirmando la exclusión de ciudadanía a quienes ejercen esta labor, que son precisamente las mujeres.

Con este antecedente, y al no identificarse cambio alguno en contenido de los artículos, que mantienen en esencia los extractos que han sido motivo de análisis en las Constituciones que anteceden, llegará a la misma deducción de planteamientos excluyentes que discriminan a la mujer.

4.5.5. Constitución Política del año 1851

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

Luego de tres años de vigencia de la norma constitucional que le antecede, se expide una nueva Constitución de tipo conservador, que pese a esta connotación introduce cambios respecto a la abolición de la pena de muerte –vigente hasta ese entonces. Algo interesante en la Constitución del año 1851, es que contempla un capítulo sobre la interpretación constitucional, asignando esta función a la Asamblea Nacional, en virtud de resolver dudas sobre algún artículo (art. 137), para lo cual se señala la estipulación de tal razonamiento en una ley especial; de este modo, se deduce que los jueces desempeñan el papel de meros aplicadores de la ley.

Sin embargo, en esta norma constitucional, se mantiene la estricta sujeción religiosa, ya que desde el preámbulo se inicia con las palabras “en el nombre de Dios, autor y supremo legislador del universo”. En esta misma línea, se contempla un capítulo titulado la religión de la república, que contiene un artículo único que declara con “exclusión de cualquier otra, a la religión católica, apostólica y romana como única y verdadera” (art. 11).

En cuanto al tema de garantías, se evidencia protección a los ecuatorianos para reclamar derechos ante la autoridad pública sobre libertad de domicilio; libertad de pensamiento respetando la religión oficial; no allanamiento; no privación de propiedad; derecho a la reputación; abolición de la pena de muerte; no autoincriminación contra sí mismo, ascendientes y descendientes, entre otros. Sin embargo, siguen sin definirse mecanismos claros para la efectividad de derechos, puesto que el apartado de garantías mantiene la forma de abarcar derechos.

En la normativa constitucional de 1851, no se identifican artículos relacionados a concretar derechos para la mujer ecuatoriana; de ahí, que no se encuentren temáticas enfocadas a diferenciar alguna prerrogativa en virtud del sexo, género o mujer. De esta manera, se realiza la aproximación a las normas relacionadas con la igualdad ante la ley y la ciudadanía, para verificar la existencia de algún cambio o avance, ya que en la norma previamente analizada no se constató cambio alguno.

De tal manera, la igualdad se encuentra estipulada en el artículo 7 que contempla el siguiente contenido:

"los ecuatorianos son iguales ante la ley, y sus deberes son: 1. respetar la religión de la república, 2. vivir sometidos a la Constitución y a las leyes, 3. obedecer y respetar a las autoridades establecidas por ellas, 4. contribuir y respetar a las autoridades establecidas por ellas, 5. servir y defender a la patria y 6. velar sobre la conservación de las libertades públicas".

En este sentido, se puede evidenciar que se retoma en la parte inicial del artículo, la declaración directa sobre igualdad, a diferencia de la norma constitucional que antecede, en donde se realizaba la enunciación de un derecho. Por otra parte, se ha eliminado el contenido final, que cerraba con el establecimiento de una condición, ya sea de requisitos, cualidades, calidades o aptitudes legales; de modo tal, se articulaba el alcance de igualdad, con las condiciones establecidas para ser ciudadano. Cabe indicar que esta sujeción, constaba en todos los análisis de las normas antecesoras; por otra parte, se evidencian seis

deberes que todos los ecuatorianos deben cumplir, los cuales enfatizan en la religión, obediencia a las leyes y autoridades, contribución a los gastos estatales, defensa de la nación y velar por la conservación de las libertades públicas.

Los aspectos referentes a la ciudadanía se encuentran establecidos en el artículo 8, en donde se señala que son ciudadanos, quienes reúnan las siguientes cualidades:

“1. haber cumplido dieciocho años siendo casados, o veintiuno siendo solteros, 2. tener una propiedad raíz valor libre de doscientos pesos, o ejercer una profesión o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente en calidad de doméstico o jornalero, 3. saber leer y escribir”.

Del planteamiento que antecede, es de interés el contenido del primer numeral, en cuanto expresa una diferencia en la edad, la que disminuye a dieciocho años si se encuentra casado; caso contrario, se incrementa a veintiún años. Tal parecería, que se sigue enunciando el derecho en masculino; por cuanto, de manera tradicional el jefe de hogar ha sido el hombre, es posible que esta diferencia de edad afirme el criterio de que, el varón ecuatoriano que ha contraído matrimonio en donde ejerce la jefatura; tendrá entonces, la capacidad de ejercer la ciudadanía, aunque cuente con solo dieciocho años de edad. Otro cambio, que se inserta en el numeral dos, es respecto del señalamiento de una sola propiedad raíz con un avalúo determinado, lo que excluye a quienes podrían tener varias propiedades que sumen el valor establecido.

Por otra parte, en cuanto al señalamiento sobre el ejercicio de profesión sin sujeción a otro, es posible afirmar, que no se insertan cambios relacionados a quienes ejercen el servicio doméstico, que por lo general lo realizaban las mujeres que no ostentaban una clase social elevada y que no disponían de medios económicos suficientes. Por lo tanto, este numeral unido al planteamiento general del artículo 8, que versa sobre ciudadanía, sigue llevando la consigna discriminatoria, que ha sido contrastada a la luz de la metodología de género, en las normas de apartados anteriores, en donde se ha podido verificar que existe un perjuicio hacia lo femenino.

En efecto, las normas permanecen intactas y al plantearse nuevas reformas, no se concibe entre los proponentes, la sola posibilidad o existencia de derechos cargados de sexismo. En este sentido, no resulta difícil deducir las razones por las que, con cada expedición de una nueva norma constitucional, las declaraciones de igualdad y ciudadanía, no reportan mayores cambios, es más parecen percibirse como correctas; esto se refleja, en los análisis realizados hasta este punto, en donde se ha constatado que, pese al transcurrir del tiempo, al cambio de gobiernos presidenciales y la evolución de la sociedad, las normas concretas de igualdad y ciudadanía, no han reportado avances.

De tal manera, es posible constatar, la existencia de una especie de círculo, que mantiene el derecho intacto en todas las estructuras, en donde los privilegios masculinos se mantienen por sobre los femeninos. Desde esta perspectiva, es posible afirmar, que quizá ni siquiera se estén considerando las necesidades de las mujeres o la misma atribución de sus derechos.

4.5.6. Constitución Política del año 1852

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

Con tan solo un año de diferencia de la norma antecedente, entra en vigencia una nueva Constitución, la cual mantiene en esencia gran parte del contenido de la norma que le precede, es por esta razón que al igual que la anterior, es catalogada como liberal. En tal virtud y de manera primordial, se mantiene en la norma suprema, la radicación de la soberanía en el pueblo, con delegación de su ejercicio a las autoridades elegidas, según los parámetros establecidos.

De igual manera, se mantiene el estricto apego y sujeción a Dios, por lo que en el preámbulo se declara en su nombre, “como autor y supremo legislador del universo”; así también, se determina que “la religión católica, es el credo oficial de toda la república, con exclusión de cualquier otra concepción” (art. 13).

Algunos aspectos importantes, que se modifican en la Constitución de 1852 se relacionan la eliminación del capítulo concerniente a la interpretación constitucional, aunque se sugiere que para interpretar leyes constitucionales se debe realizar el mismo procedimiento empleado para su creación; es decir, ante una de las cámaras del congreso nacional; y tercero, la ampliación de algunos derechos en el apartado de garantías.

Respecto de las garantías establecidas en la norma constitucional motivo de análisis, se mantiene la forma de su planteamiento como enunciación de derechos, mas no como mecanismos; sin embargo, a las prerrogativas ya contempladas en la norma constitucional antecesora, se adicionan cuestiones trascendentales como, "la presunción de inocencia" (art. 115), establecimiento de entes "de piedad y beneficencia" (art. 118), "inviolabilidad de domicilio" (art. 126) y se mantiene la "abolición de la pena de muerte" (art. 130).

Como se ha referido con anterioridad, la normativa constitucional del año 1852, no aporta mayores cambios al contenido y estructura de la norma que le precede; por esta razón, al constatar sobre la existencia de artículos referentes a derechos de la mujer, no se ha encontrado una declaración explícita que abarque tal descripción; lo mismo sucede al verificarse sobre contenidos relativos al género, sexo, feminidad, etc. De ahí que, el acercamiento a la Constitución del año 1852, se realiza en función del derecho de igualdad ante la ley y sobre los requisitos para el acceso a la ciudadanía.

El derecho de igualdad ante la ley se encuentra contemplado en el artículo 8 del texto constitucional, y es posible manifestar que su contenido retoma la enunciación prevista en la Carta Magna del año 1845 que refiere que, "los derechos de los ecuatorianos son: igualdad ante la ley, y opción a elegir y ser elegidos para los destinos públicos, teniendo las aptitudes legales" (art. 8). En esta misma línea, se enfatiza en que el artículo retoma el derecho de igualdad de la norma constitucional referida, de manera íntegra; es decir, no se incluye, ni se agrega contenido adicional alguno, por lo que se vuelve a enlazar la igualdad con los atributos establecidos para el acceso a la ciudadanía.

En cuanto al estatus de ciudadanía se establece según el artículo 9 que

"son ciudadanos del Ecuador los que reúnan las cualidades siguientes: 1. ser casado o mayor de veintiún años, 2. tener propiedades raíces, valor libre de doscientos pesos, o ejercer una profesión científica o industria útil de algún arte mecánico o liberal, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico o jornalero, 3. saber leer y escribir".

De lo citado en el párrafo que antecede, es posible verificar que al igual que en el artículo sobre el derecho de igualdad, en cuanto a los requisitos establecidos para acceder a la ciudadanía, se plasma de manera íntegra, el mismo contenido previsto en la norma constitucional del año 1845, sin modificación alguna, ya sea sobre el ámbito o la extensión del derecho.

De tal manera, al no constatarse ningún tipo de modificación en los artículos sobre igualdad y acceso a la ciudadanía, que son motivo de análisis; se ha considerado que, le es aplicable lo señalado previamente en la norma de 1845. Así pues, se concluyen tres aspectos relevantes; primero, se ha articulado el derecho de igualdad ante la ley con el de participación política, ya que se vincula el derecho de igualdad con el de ciudadanía; segundo, para alcanzar la ciudadanía, una persona debe cumplir con criterios relativos al matrimonio o cumplimiento de edad, ambos sugieren un tipo de sexismo androcéntrico, por tomar al varón como el modelo universal aplicable; y tercero, otra calidad para alcanzar la ciudadanía, se enlaza a la capacidad económica y ejercicio de una profesión sin sujeción a otro, lo que implica una sobregeneralización, que establece la condición de solvencia económica aparentemente pensada sobre las necesidades de ambos sexos; sin embargo, en aquellos tiempos la mujer de determinada clase social, raza o etnia no podría cumplir con tales requisitos.

Finalmente se deduce que, el derecho de igualdad y acceso a la ciudadanía establecido en la norma constitucional del año 1852, mantiene los parámetros de exclusión y discriminación que perjudica a las mujeres.

4.5.7. Constitución de la República del año 1861

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

Tras diez años de vigencia de la norma que le antecede, se expide la Constitución del año 1861, la que, al contrario de su antecesora, adquirió un carácter conservador que favoreció a las élites de poder, dejando a los ciudadanos con el acceso mínimo a algunos derechos de tipo civil y político. En tal virtud la soberanía es radicada esencialmente en “el pueblo con delegación a las autoridades” (art. 1).

De esta manera, la sujeción a la religión católica, sigue siendo la premisa en la normativa constitucional, dicha declaración se contempla en el artículo 12 en donde además se señala que este credo es de carácter exclusivo a nivel de la república ecuatoriana. Otros aspectos que se mantienen intactos en la Constitución del año 1861, son los relativos a: la duración del período presidencial, el cual se mantiene en cuatro años sin derecho a reelección, sino hasta después de transcurrido un período posterior; y, la división del poder en “tres funciones del Estado, legislativo, ejecutivo y judicial” (art. 14).

Respecto de las garantías, se mantienen en la forma de enunciación de derechos, más no como mecanismos para favorecer la eficacia; de igual manera, permanecen en su mayoría las prerrogativas establecidas en las normas constitucionales que le anteceden, a las que se adicionan, la posibilidad de que cualquier ecuatoriano, pueda “acusar a un alto funcionario público para reclamar su derecho ante la cámara de representantes” (art. 119); e, inviolabilidad de domicilio, que sólo puede allanarse por “motivo especial que determine la ley y por orden de autoridad competente” (art. 120). En esta misma línea, a modo de garantía normativa, el artículo 132 prevé un procedimiento para la reforma constitucional, que involucra la propuesta de dos terceras partes de cada una de las cámaras, previo a la consideración inicial de reforma ante la totalidad del congreso.

La normativa constitucional del año 1861, no declara de manera directa derechos relativos a la mujer, tampoco incluye artículos que

distingan diferencias en cuanto al sexo o género de la población. En tal virtud, se realiza el análisis en función del derecho de igualdad ante la ley y requisitos de acceso a la ciudadanía.

Con este antecedente, el artículo 7 de la norma analizada, declara que “los derechos de los ecuatorianos son: igualdad ante la ley, opción a elegir y ser elegidos para desempeñar los destinos públicos, siempre que tengan las aptitudes legales”. De este modo, el artículo en mención, retoma la misma declaración de igualdad contenida en la Constitución del año 1845 que le antecede, y la mantiene sin modificación alguna.

Respecto de los atributos para acceder a la ciudadanía, el artículo 8 de la norma analizada contempla que “para ser ciudadano se requiere ser casado o mayor de veintiún años y saber leer y escribir”. De esta manera, la aptitud para acceder a la ciudadanía, adopta un cambio por el cual el número de requisitos se reduce de tres a dos. Así pues, se mantiene; primero, la exigencia respecto de la edad o estado civil; y segundo, lo relacionado a saber leer y escribir. Por otra parte, se elimina el requisito relacionado a tener propiedades raíces o ejercer una profesión científica o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico o jornalero, el cual había sido uno de los requisitos inamovibles en todas las normas constitucionales previamente abordadas.

De lo expuesto en los párrafos que anteceden y de los análisis constitucionales realizados en apartados previos; es posible verificar que de los artículos 7 y 8, sobre igualdad ante la ley y requisitos de acceso a la ciudadanía respectivamente, en la Constitución de 1861, únicamente sufre modificaciones la norma concerniente a los requisitos para ser ciudadano. Es por este motivo, que, a continuación, se realiza el análisis, sobre el artículo 8 de la norma constitucional, que textualmente señala “*para ser ciudadano se requiere ser casado o mayor de veintiún años y saber leer y escribir*”.

Así pues, se deduce en la norma constitucional del año 1861, la existencia y mantenimiento de normas sexistas, que pese a adoptar algunos cambios de forma, en el fondo siguen sin incluir un enfoque de

género, por lo que no se toma en consideración las necesidades de la población femenina.

En definitiva, el desenvolvimiento histórico del constitucionalismo hasta aquí, refleja un avance lento en materia de derechos de la mujer, de ahí que, ha requerido de varios ejes de exigibilidad y reconocimiento, para generar un avance constatable a nivel normativo constitucional.

4.5.8. Constitución de la República del año 1869

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

Luego de ocho años de vigencia de la norma constitucional que le antecede, se expide una nueva Constitución, la cual sigue afirmando la línea conservadora que se había venido desarrollando en el constitucionalismo ecuatoriano. De esta manera, las prerrogativas destinadas a los ciudadanos, si bien inician con la atribución de soberanía con delegación a las autoridades públicas, más adelante, se mantienen en el marco delimitado de vigencia de derechos de tipo civil y político.

Así, el apego al aspecto religioso sigue siendo la premisa de la norma constitucional del año 1869, por lo cual, en el preámbulo se declara la creación de la Constitución “en el nombre de Dios, uno y trino, autor, legislador y conservador del Universo”. De igual manera, la religión católica, apostólica y romana, sigue siendo el credo oficial de la república, con exclusión de cualquier otra.

En el ámbito de garantías, la normativa constitucional de 1869, mantiene la forma de declaración de derechos civiles y políticos, destinado a los ciudadanos ecuatorianos, de tal manera, aún no se identifican mecanismos encaminados al alcance de la efectividad de derechos. Dos aspectos que se incluyen a los derechos ya enunciados en Constituciones anteriores en este apartado son, la responsabilidad por “indemnización de daños y perjuicios para los funcionarios públicos contra la propiedad particular” (art. 99); y, el “derecho de

asociarse sin armas, con respeto a la religión, moral y orden público, bajo la vigilancia del gobierno" (art. 109).

Al realizar una revisión de la Constitución del año 1869, es posible referir que, dentro del contenido, no se encuentran aspectos que articulen o diferencien derechos destinados a la mujer, sexo o género. De tal manera se procede a analizar el planteamiento de igualdad ante la ley y acceso a la ciudadanía, como primer momento de acceso a los derechos de la mujer.

De esta manera, el artículo 8 de la Constitución del año 1869, refiere que "los derechos de los ecuatorianos son: igualdad ante la ley y opción a elegir y ser elegidos para desempeñar los destinos públicos, siempre que tengan las aptitudes legales". Respecto de la norma constitucional antecesora, la declaración de igual ante la ley, no adopta ningún cambio que transforme o modifique el contenido del planteamiento; por lo tanto, con tal declaración, la igualdad sigue de manera necesaria, articulada al estatus de ciudadanía, para lo cual se cumplen requisitos específicos.

Con este antecedente, el artículo 10 de la norma constitucional, señala que "para ser ciudadano se requiere: 1. ser católico, 2. saber leer y escribir, 3. ser casado o mayor de veintiún años". Con este planteamiento, el artículo sobre ciudadanía, adopta una modificación, por la cual se incrementan a tres los requisitos para ser ciudadano; respecto de la normativa que antecede, se mantiene el saber leer y escribir, así como el ser casado o mayor de veintiún años, a lo que se adiciona la exigencia de ser católico.

De esta forma, es posible constatar que solamente el artículo 10, concerniente al acceso a la ciudadanía, es el que adopta una modificación, es por ello que, la metodología de análisis de género se aplicará sobre el siguiente extracto del artículo en mención: "*para ser ciudadano se requiere 1. ser católico...*". Así pues, en lo concerniente al derecho de igualdad ante la ley, al no haberse operado cambios, se considera que le son aplicables los análisis metodológicos realizados en los apartados que anteceden, por lo que se ha determinado que la igualdad

vinculada a la ciudadanía, genera discriminación en contra de la mujer y otros grupos de la población.

Es posible realizar una colectivización del análisis, que da cuenta de que la incorporación de un requisito articulado a la religión para el alcance de la ciudadanía, ha sido y es una forma, de coartar la libertad de conciencia y credo, pero mucho más grave aún, es una manera de discriminar a la mujer, condicionando su posibilidad de acceso a la ciudadanía, mediante la aceptación de relaciones de poder determinantemente desiguales.

4.5.9. Constitución Política de la República del año 1878

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

La Constitución política de la república del Ecuador del año 1878, entra en vigor tras nueve años de vigencia de la norma constitucional que le antecede. En esta norma suprema, se ven reivindicados e incrementados algunos derechos de carácter civil y político, por lo que se afirma que, la visión que lleva implícita la nueva carta magna es de tipo liberal.

De este modo, se declara que la soberanía reside esencialmente en la “nación, con delegación a las autoridades establecidas constitucionalmente” (art. 4). Por otra parte, pese al carácter liberal de la norma constitucional, el apego a la religión, sigue siendo la premisa por la cual se declara al catolicismo, como el “credo oficial de la república con exclusión de cualquier otra creencia” (art. 20).

En el marco de las garantías, existe un notable incremento en el reconocimiento de derechos, aunque aún, no se identifican mecanismos claros encaminados a la eficacia normativa; así pues, se incluye aspectos concernientes a reconocer al hombre como objeto de las instituciones sociales, inviolabilidad de la vida, secreto de correspondencia, libertad personal, seguridad individual que incluye la prohibición de privación de libertad no justificada, igualdad en

cuanto a ser juzgados por las mismas leyes, libertad de pensamiento, tránsito y sufragio.

En la Constitución de 1878, no se encuentran artículos que incluyan perspectiva de género, o que aborden de manera directa, aspectos concernientes a los derechos de las mujeres, es por esta razón que, al igual que ha procedido en los análisis constitucionales que anteceden, se realizará el estudio sobre las normas relativas a igualdad ante la ley y acceso a la ciudadanía, como derechos intrínsecos a todas las personas.

Un primer cambio perceptible es que, a diferencia de las constituciones anteriores, que declaran la igualdad como un derecho, en el artículo 17, numeral 7 de la carta magna de 1878, se establece la igualdad como una garantía, según lo cual “todos deben ser juzgados por las mismas leyes, y sometidos por éstas a los mismos deberes, servicios y contribuciones”. De esta manera, el planteamiento de igualdad adquiere un estatus distinto, por el cual el Estado tiene un deber frente a los individuos, en cuanto a la aplicación de las mismas leyes para todos, sin la necesidad de que éstos hayan alcanzado o no, el estatus de ciudadanía.

En cuanto a la ciudadanía, el artículo 12 de la norma constitucional analizada establece que “para ser ciudadano se requiere ser casado o mayor de veintiún años, y saber leer y escribir”. Respecto del análisis constitucional que antecede, se vuelven a disminuir los requisitos de ciudadanía, de tres a dos. De esta manera se descarta la exigencia de ser católico, pero se mantienen la edad de veintiún años o ser casado, así como el requerimiento de saber leer y escribir, como requisitos para ser ciudadano, tal como se planteaba en la norma antecesora.

Es posible determinar que, en la norma constitucional del año 1878, la mujer sigue siendo la sujeta ausente en el diseño de derechos, por lo tanto, no se identifica una evolución de normas fundamentales, con miras a favorecer los intereses directos de las mujeres, o que considere al menos la situación de lo femenino en atención a una perspectiva género.

4.5.10. Constitución Política de la República del año 1884

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

La Constitución de 1884 entra en vigencia luego de 9 años de su antecesora, a diferencia de ella, ésta será catalogada como conservadora, en tanto en cuanto, su contenido favorece intereses principalmente de los grupos de poder, mientras los derechos de la población, se mantienen limitados a unas cuantas atribuciones de carácter civil y político.

De esta manera, se declara que “la soberanía reside en la nación, con delegación a las autoridades que contempla la Constitución” (art. 3); de igual manera, en el artículo 13, se mantiene la declaración sobre “la religión católica, como el credo oficial de la república, con exclusión de cualquier otra”.

En lo referente al tema de garantías establecidas en la constitución, se mantiene la enunciación de derechos a manera de compromisos del Estado para asegurar atribuciones de tipo civil y político mayormente. Algunas novedades que se insertan en el apartado de garantías son: la “no imposición de pena de muerte exceptuándose el asesinato y el parricidio; y, la prohibición de la recluta forzosa y azotes” (art. 14-37).

Respecto de la reforma constitucional, se mantiene la posibilidad de que se realice, siempre que exista acuerdo por mayoría absoluta de las cámaras, y dado el cambio de sus miembros; de esta manera, la posibilidad de realizar las reformas, será una decisión que tomarán en conjunto, “una vez renovados todos sus integrantes” (Art. 136). Según el artículo 62 de la Constitución de 1884, la posibilidad de interpretar artículos, sigue figurando entre las “atribuciones del congreso nacional bicameral”.

El análisis de la norma constitucional de 1884, resulta de gran importancia para denotar que el avance en materia de derechos fundamentales enfocados a las mujeres, en sus inicios es lento o incluso inexistente. De ahí que, no se ha encontrado en la Constitución,

normas concernientes a la afirmación de derechos de las mujeres, o que traten de distinguir derechos con base al sexo de los individuos; es por ello que, se procede a realizar el análisis con base al derecho de igualdad ante la ley y acceso a la ciudadanía, como el medio por el cual, en aquel entonces, la persona podía acceder a sus derechos.

Respecto de la igualdad ante la ley, en la Constitución de 1884, no se encuentra declarada, ni en el apartado de derechos, ni tampoco entre las garantías; esto, a diferencia de las normas constitucionales antecesoras, en donde constaba como una garantía en cuanto a ser juzgados todos por las mismas leyes.

Por otra parte, respecto de la atribución de ciudadanía, el artículo 9 de la norma constitucional analizada, señala que “son ciudadanos los ecuatorianos varones que sepan leer y escribir, y hayan cumplido veintiún años, o sean, o hubieren sido casados”; así pues, se inicia el análisis con metodología de género sobre el contenido contemplado en el referido artículo.

Así pues, es posible colectivizar la idea de que, en la Constitución del año 1884, las estructuras androcentristas se encuentran fuertemente arraigadas, no se refleja sensibilidad al género y por el contrario, se fortalece la ubicación privilegiada de los hombres por sobre las mujeres; todo lo cual, permite tomar conciencia sobre la existencia de sexismo en el Derecho, y el lento camino de la transformación de esta realidad.

4.5.11. Constitución Política de la República del año 1897

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

Luego de trece años respecto de la norma constitucional anterior, entra en vigencia una nueva Constitución, con carácter liberal, ya que asume una postura de mayor amplitud hacia los derechos de tipo civil, político y algunos pocos de tipos social y cultural. De esta manera la

soberanía se atribuye a “la nación, con delegación a las autoridades del gobierno, que se establecen por disposición constitucional” (art. 5).

No obstante, pese al carácter liberal de la Constitución de 1897, el derecho a la libertad religiosa sigue sin reivindicarse; ya que, la religión católica, se mantiene como “el credo oficial de la república, con exclusión de todo culto, que inclusive en la norma constitucional, se plantea como contrario a la moral” (art. 12).

Un aspecto que se debe resaltar, es la estipulación de la supremacía constitucional, según el artículo 132 que señala, “la Constitución de la Suprema Ley de la República, y cualesquiera leyes secundarias, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones o tratados públicos que estuvieren en contradicción, o se apartaren de su texto, no surtirán efecto alguno”. Se establece de esta manera, la jerarquía por la cual, la Constitución, adquiere mayor importancia por sobre todo el ordenamiento; en esta misma línea, la posibilidad de reforma, adopta una transformación en donde no cabe modificación, antes de cuatro años de su expedición, luego de lo cual, se podrá proponer “la iniciativa a ser considerada por ambas cámaras; así la fase final para decidir, compete a la mayoría absoluta del congreso nacional” (art. 139).

En lo referente al apartado de garantías, se incluyen algunos derechos relacionados a: el respeto por parte del Estado de las creencias religiosas de los habitantes, por lo tanto, el factor religioso ya no limitan el ejercicio de los derechos de ciudadanía; el goce de libertad de industria y propiedad sobre descubrimientos e inventos; garantía de igualdad ante la ley; libertad de enseñanza, gratuidad y obligatoriedad de la educación primaria, la que será costeada por el Estado; y, admisión de extranjeros quienes gozarían de las mismas garantías establecidas para los nacionales.

Como ha sucedido en los análisis constitucionales que anteceden, en el contenido de la Constitución del año 1897, no se encuentran aspectos relacionados a los derechos de las mujeres, mediante la inserción de artículos con perspectiva de género; además, tampoco se encuentran prerrogativas que establezcan alguna diferenciación del sexo, para la

descripción de derechos. Por este motivo, se acude a la búsqueda del derecho de igualdad y la asignación de ciudadanía, con miras a determinar si en estas normas se ha operado alguna modificación, que refleje evolución o avance en los derechos.

En la Constitución de 1897, la igualdad ante la ley se incluye en el apartado de garantías, de manera concreta en el artículo 29, por el cual se señala que “se garantiza la igualdad ante la ley, en virtud de la cual no se reconoce fuero alguno para el juzgamiento de las infracciones comunes”; de esta manera, la igualdad conlleva el aseguramiento de un trato igualitario ante el cometimiento de infracciones, mas no de asignación de derechos. Así pues, el planteamiento retoma, tanto en el sentido como en la forma, la garantía de igualdad anteriormente establecida en el año 1878, la cual, al ser analizada con metodología de género, determinó ausencia de los derechos de la mujer.

En cuanto a la ciudadanía, el artículo 8 de la norma constitucional motivo de análisis contempla que “para ser ciudadano, se requiere la edad de dieciocho años, y saber leer y escribir”. Así pues, respecto de la Constitución que antecede en el análisis, la ciudadanía adopta cambios de gran trascendencia, por cuanto se ha eliminado el requisito de ser ecuatoriano varón, y, por otra parte, la exigencia sobre la edad, ya no se encuentra articulada al haber contraído matrimonio; no obstante, el saber leer y escribir, sigue siendo un requerimiento que prevalece para adquirir la ciudadanía.

Es posible afirmar que las estructuras sexistas se encuentran firmemente arraigadas en todos los niveles de la sociedad, lo cual incluye entre otros, al Derecho. Como muestra de esta suposición, basta verificar las normas establecidas sobre derechos fundamentales insertas en la normativa constitucional motivo de análisis; de manera concreta, la atribución de ciudadanía, refleja requisitos discriminatorios, que fortalecen la idea de representar a la feminidad como lo inferior; o por el contrario, ni siquiera se concibe la posibilidad de atender y satisfacer las necesidades directas de las mujeres, las cuales siguen siendo confinadas a desenvolverse dentro de un ámbito privado, en la esfera de lo doméstico.

4.5.12. Constitución Política de la República del año 1906

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

Luego de nueve años de la norma que antecede, entra en vigencia una nueva Constitución, la misma que se mantiene en la línea liberal, al contemplar en su gran mayoría derechos civiles y políticos, y ampliar el catálogo al incluir algunos de tipo social y cultural. En tal virtud, se estipula que la soberanía “reside en el pueblo, que la ejerce a través de los poderes constitucionalmente establecidos” (art. 3).

Un cambio importante, que denota el carácter liberal de la norma constitucional del año 1906, es que no incluye el tradicional apartado sobre religión; por lo tanto, no se declara al catolicismo como el credo oficial de la república. Esta omisión, dejaría sentado el precedente para afirmar el principio de separación de poderes y secularidad del Estado democrático ecuatoriano; pero, además se encamina a la declaración del derecho a la libertad religiosa, como norma fundamental de todos los seres humanos.

La supremacía constitucional, es un aspecto que se mantiene sin modificación alguna en la Constitución de 1906, al igual que la posibilidad de proponer ante el órgano legislativo la reforma de este texto, el cual se realiza con el mismo procedimiento contemplado en la norma suprema que antecede, por la cual, se requiere la iniciativa por mayoría absoluta de las cámaras, previo a presentar la propuesta ante el congreso para la consideración, la cual se realiza, una vez renovados los senadores, así pues, una vez obtenida la mayoría absoluta, se podría proceder con la reforma.

En la Constitución del año 1906, el apartado de garantías se divide en dos partes; primero, las garantías nacionales, en donde se adicionan a los derechos ya enunciados en normas previas, algunas prerrogativas relacionadas a los derechos económicos, sociales y culturales, tales como, el aseguramiento de una enseñanza libre, en donde se oficializa que la educación pública será de carácter seglar y laico; erradicación

de empleos hereditarios; y, responsabilidad pecuniaria por gastos públicos indebidos. La segunda parte de las garantías, se denominan individuales y políticas, en este apartado se adicionan a los ya existentes, prerrogativas sobre la inviolabilidad absoluta de la vida; eliminación de la prisión por deudas; libertad de trabajo e industria; posibilidad de acusación por injuria o calumnia; y, el reconocimiento de derechos a los extranjeros.

Al analizar el texto constitucional del año 1906, no se identifican normas que evidencien la incorporación de la perspectiva de género, protección de derechos de la mujer o que establezcan diferencias para la atribución de prerrogativas con base en el sexo de las personas. Por otra parte, se ha tratado de identificar el derecho de igualdad ante la ley en la normativa constitucional; sin embargo, a diferencia de la carta magna que antecede en el análisis, en el año 1906 no se considera esta atribución, ni como garantía nacional, tampoco como garantía individual y política.

Con este antecedente corresponde analizar, la forma y planteamiento de la ciudadanía como un derecho de las personas; al respecto, el artículo 13 señala que “para ser ciudadano se requiere tener veintiún años de edad y saber leer y escribir”. Cabe señalar que; tal como se encuentra planteada la atribución de ciudadanía, no se ha adoptado ningún cambio de fondo o de forma, respecto del señalamiento de requisitos para alcanzar el estatus de ciudadano, contenido en el artículo 8 de la carta magna del año 1897, previamente analizado, por lo que, los resultados obtenidos en ese análisis, son atribuibles al artículo 13 de la norma suprema de 1906.

Así pues, resulta de interés mencionar que, el carácter liberal de la Constitución de 1906, se refiere principalmente a la incorporación de algunas novedades, en cuanto a la eliminación de la figura vicepresidencial, y a la contemplación de algunas prerrogativas de carácter económico, social y cultural, como la libertad de enseñanza, no reconocimiento de empleos hereditarios y libertad de conciencia; sin embargo, el desenvolvimiento constitucional en el marco de derechos fundamentales de las mujeres, sigue aún sin ser incorporado.

De tal manera es posible afirmar que, en la norma suprema del año 1906, permanece la existencia de derechos cuyos contenidos son propuestos desde la perspectiva masculina, por los cuales se pretende mantener los privilegios de los hombres y la exclusión femenina.

4.5.13. Constitución Política de la República del año 1929

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

Tras veintitrés años de vigencia de la normativa constitucional que antecede, se expide una nueva Constitución, la cual se articula con la línea liberal, de esta manera, en el contenido del texto, se amplía el catálogo de derechos principalmente económicos, sociales y culturales. En este sentido, es importante resaltar que, en esta norma suprema se consideran algunos derechos relacionados a la protección de niños, mujeres, trabajadores y de las personas de raza india.

Algunos aspectos, permanecen de la misma forma que en la normativa antecedente, tal es el caso de la soberanía, la cual “se radica en el pueblo, quienes la ejercen por medio de los poderes públicos, constitucionalmente instituidos” (art. 3). De igual manera, la secularidad del Estado sigue siendo contemplado, por lo que, el apartado de la religión oficial del Estado ya no aparece, con lo cual se afirma de manera definitiva, la separación entre iglesia y Estado.

En cuanto a la supremacía constitucional, permanece establecida en el artículo 161; en donde también se inserta, una obligación de sujeción de todas las autoridades, a lo contemplado en la norma suprema. En lo concerniente a la posibilidad de reformar la carta magna, se establece el mismo procedimiento de la norma antecedente, en cuanto a “esperar el transcurso de cuatro años y resolverse por mayoría absoluta” (art. 164).

En el apartado de garantías, se introduce un primer mecanismo tendiente a la efectividad de derechos; de manera concreta, para la eficacia del derecho de libertad, se establece la garantía de hábeas corpus,

de concurrencia directa de los individuos detenidos sin una debida justificación, ante la autoridad competente, a fin de que su derecho sea restablecido. Otros derechos relativos al ámbito civil, político, económico, social y cultural, también se incorporan en esta norma, entre los cuales se destacan, la igualdad ante la ley, inalienabilidad de derechos, prohibición de incomunicación, imposición de menor pena en el caso de concurrencia de leyes penales, libertad de conciencia, comercio y profesión, establecimiento de jornada laboral, salario mínimo, libertad de testar, responsabilidad del Estado por el otorgamiento de servicios públicos y libertad de sufragio.

Como se advirtió previamente, en la Constitución del año 1929, se introducen los primeros derechos relativos a las mujeres, los cuales se relacionan con la regulación del trabajo femenino y la protección de la maternidad, que serán analizados más adelante.

Al realizar el análisis del texto constitucional, se constata la inclusión de derechos relativos a las mujeres, entre los cuales se encuentran: la ciudadanía; regulación del trabajo de mujeres y niños; y, la introducción de una disposición general sobre proveer por parte del Estado, una atención preferente a la mujer en lo referente a su capacitación.

En ese orden de ideas, la Constitución de 1929, incluye las siguientes prerrogativas: artículo 13, "es ciudadano todo ecuatoriano, hombre o mujer, mayor de veintiún años, que sepa leer y escribir"; artículo 151, "la Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los siguientes derechos... numeral 18, la protección del trabajo y su libertad, párrafo séptimo, la ley regulará, especialmente, todo lo relativo al trabajo de las mujeres y de los niños"; y, artículo 168, "el Estado tiene obligación de dispensar a la mujer atención preferente, tendiendo a su liberación económica, en consecuencia, velará, de modo especial, por su educación profesional técnica, capacitándola, para que pueda tomar parte activa en el Administración pública".

Se puede afirmar que, existen los primeros intentos por introducir derechos relacionados a la mujer; sin embargo, se deduce que el contenido tiene dos repercusiones; primero, que existe una consideración

del parámetro de fuerza para el hombre versus debilidad para la mujer; segundo, se privilegia a cierta clase de mujeres de características concretas, mujer blanca y de clase social media-alta, por lo que, existe discriminación en contra de las mujeres que no ostentan estas atribuciones.

4.5.14. Constitución Política de la República del año 1938

Tras nueve años de vigencia de la normativa constitucional que antecede, en Asamblea se expide una nueva Constitución, la cual tuvo una existencia o un capítulo en la historia efímero, pues el contexto político condujo un golpe de estado, que señalaría a este documento tras un año de su expedición como no aprobado. De ahí que, aunque el documento se apunta en la historia, para muchos esta normativa es inexistente o se apunta como el eslabón perdido de la historia constitucionalista del país.

4.5.15. Constitución Política de la República del año 1945

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

Luego de dieciséis años de vigencia de la norma que le antecede, se expide la Constitución del año 1945, la cual, debido al impulso de derechos relacionados con los trabajadores, adopta la línea socialista. En esta norma suprema, se mantienen sin modificación varios ámbitos, principalmente aquellos aspectos relacionados con la “soberanía radicada en el pueblo” (art. 2); libertad religiosa mediante una declaración por la cual “el Estado no reconoce religión oficial alguna” (art. 141, num. 11, inc. 2); “supremacía constitucional” (art. 163); y, la afirmación de la “educación laica, como la oficial que ofrece gratuitamente el Estado” (art. 143, inc. 4).

En la norma constitucional de 1945, se adopta el nombre de garantías fundamentales, para hacer mención a los derechos de los ecuatorianos en relación a su ámbito individual, familiar, educativo, cultural, laboral, económico y social. De esta manera, se amplía el catálogo de

derechos fundamentales entre los que se resaltan, la igualdad ante la ley; declaración de punibilidad de toda discriminación lesiva a la dignidad humana; derecho a la rectificación de información falsa; libertad para formar organizaciones políticas; estabilidad laboral; protección a la familia; reconocimiento de hijos ilegítimos; sometimiento de menores a una legislación especial protectora y no punitiva; autonomía universitaria; libertad de cátedra; libertad para la investigación científica; responsabilidad del Estado en cuanto a proveer trabajo; establecimiento de remuneración mínima; igualdad de salario por el mismo trabajo; establecimiento del derecho sindical; prohibición del trabajo de menores de catorce años de edad; participación de utilidades y otras bonificaciones a los trabajadores; fijación de asistencia social; salubridad pública; entre otros (art. 141-158).

En la Constitución de 1945, no se encuentran expresados artículos relacionados de manera directa con el género, sin embargo, si se encuentran cuestiones concernientes a la mujer y modos de diferenciar atribuciones con base al sexo. Entre los artículos que refieren atribuciones hacia la mujer están, primero la ciudadanía y segundo dos temas relativos al trabajo femenino y la no discriminación, es por ello que, a continuación, se revisan primeramente los artículos que reflejan tales contenidos y más adelante se realiza el contraste de la información con metodología de género para el análisis del fenómeno legal.

Con este antecedente, la Constitución de 1945, incluye las siguientes prerrogativas: artículo 15, “todo ecuatoriano, hombre o mujer, mayor de dieciocho años, que sepa leer y escribir, es ciudadano”; artículo 148, inciso cuarto, literal i) que señala en lo relativo a la jornada de trabajo nocturna que “será de menor duración que la diurna y remunerada con recargo y en ella no podrá emplearse a mujeres ni a menores de dieciocho años...”; en el mismo artículo, literal ñ, se declara:

“Protéjese especialmente a la madre trabajadora. A la mujer grávida no se la puede separar de su trabajo ni se le exigirán, en el lapso que fije la ley, actividades que requieran considerables esfuerzos físicos. La ley señalará los períodos anterior y posterior al parto en los que aquélla gozará de descanso forzoso y remunerado, sin perder

ninguno de los derechos nacidos de su contrato de trabajo. Mientras dure la lactancia, se le concederá el tiempo necesario para alimentar normalmente a su hijo”.

Adicionalmente, se contemplan en el contenido constitucional de 1945, aspectos relativos a establecer una diferenciación de derechos con base al criterio del sexo, es el caso del artículo 141, numeral 2, sobre la declaración de garantía del Estado respecto de la igualdad ante la ley, cuyo inciso cuarto contempla que “se declara punible toda discriminación lesiva a la dignidad humana, por motivos de clase, sexo, raza u otro cualquiera”; así también, el artículo 148 literal g) señala que “a trabajo igual corresponderá salario igual, sin distinción de sexo, raza, nacionalidad o religión”.

Por otra parte, resulta de interés el uso del criterio de igualdad en la carta magna de 1945, en donde se señalan dos aspectos concernientes a equiparar derechos, los cuales se apuntan a continuación: primero, según el artículo 141, numeral 20 que versa sobre sobre la admisión a las funciones públicas, en el inciso tercero, señala que debe darse “en igualdad de condiciones” y que “el Estado preferirá para los cargos públicos a los jefes de familia de escasos recursos económicos”; y, segundo, el artículo 142, referente a la protección de la familia, matrimonio y maternidad, cuyo inciso primero señala que, “el matrimonio se fundamenta en el principio de igualdad de derechos de ambos cónyuges...”.

De los artículos señalados en los párrafos anteriores, se señala que la ciudadanía no ha sufrido modificación alguna, respecto de la normativa constitucional que antecede, es por ello, que se considera aplicable el análisis constitucional que antecede, según el cual se determinó que la ciudadanía si bien se apertura hacia las mujeres, su contenido sigue excluyendo a aquellas que se ubican en clases sociales bajas y no pueden disponer de la posibilidad a acceder a los estudios. Por otra parte, las demás regulaciones previstas en base a la mujer, sexo o igualdad son nuevas en el contenido constitucional, por lo que se procede a continuación con el análisis mediante los pasos de la metodología de género.

En conclusión, como parte del ejercicio de colectivización y concienciación, es importante referir que, si bien las normas siguen teniendo claras características sexistas y discriminatorias, al menos, ya es posible verificar en el contenido constitucional de 1945, normas que refieren derechos de la mujer. Esto demuestra una clara evolución en el marco de derechos fundamentales femeninos, que podrían también traducirse en un primer antecedente, respecto del principio de no discriminación e igualdad salarial.

4.5.16. Constitución Política de la República del año 1946

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

Con tan solo un año de diferencia de la norma antecesora, se expide una nueva norma constitucional, la cual inserta algunos cambios que harían que su línea sea de tipo liberal. En tal virtud la norma del año 1946, incorpora derechos relacionados principalmente, con la participación política y el sufragio de todos los ciudadanos ecuatorianos.

En la norma constitucional de 1946, se contempla que la soberanía se ejerce por medio de los órganos del poder público, sin embargo, no se establece de manera expresa que la misma se radique en el pueblo. Otro aspecto que no sufre modificación, es aquel concerniente a la laicidad de la educación, por lo cual también “se declara que el Estado no enseña, ni acata religión alguna” (art. 171, inc. 7), pese a esta última afirmación, resulta curioso como en el preámbulo de la carta magna, se retoma la forma de declarar la creación de la Constitución en nombre de Dios.

En cuanto al apartado de garantías, se mantiene una división entre aquellas de tipo general, individual y especial, todas las cuales se constituyen en derechos enunciados, con la salvedad del hábeas corpus que se mantiene como mecanismo tendiente a la eficacia del derecho de libertad. Entre los derechos declarados bajo la forma de garantía, se puede verificar algunas novedades relacionadas con la observación de justicia en la relación patrono-trabajador, obligatoriedad del

contrato de trabajo, irrenunciabilidad de derechos del trabajador, prohibición del trabajo a menores de catorce años, participación de utilidades, derecho de participación en partidos políticos y a elegir y ser elegido (art. 180-188).

Respecto de la supremacía, se mantiene la declaración respecto de que, la Constitución es la norma suprema de la república, por la cual “se deja sin efecto toda normativa que contradiga el contenido de la carta magna” (art. 189).

La norma constitucional del año 1946, no contempla disposiciones relativas al género, sin embargo, en su contenido se puede apreciar varios artículos, que se refieren a la asignación de derechos a la mujer y a precisar respecto de ciertas atribuciones en virtud del sexo, con el fin de diferenciar o aclarar que cierto derecho no exime al grupo femenino; es así que, se contemplan temas concernientes a la ciudadanía, participación política y ámbito laboral.

En cuanto a la ciudadanía, se mantiene al igual que en la norma suprema de 1945, la precisión de que, todo ecuatoriano sea hombre o mujer, que supere dieciocho años y que sepa leer y escribir, se encuentre en la categoría de ciudadano; a dicha declaración, se adiciona el derecho de participación política, según el cual, todo quien sea ciudadano “por regla general, puede elegir y ser elegido o nombrado funcionario público” (art. 17). Otras normas que abarcan los temas antes señalados son: primero, el sufragio femenino, el cual se establece en el artículo 22 inciso segundo, que señala que “el voto para las elecciones populares es obligatorio para el varón y facultativo para la mujer”; segundo, sobre la jornada laboral nocturna, el artículo 185 literal e), establece que no podrá ocuparse en dicho horario “a mujeres ni a menores de dieciocho años”; y tercero, en el mismo artículo, literal j), prescribe que:

“la madre trabajadora será objeto de particular solicitud. La mujer en gravidez no será obligada a trabajar en el lapso que fije la ley, anterior y posterior al parto, durante el cual tendrá derecho a remuneración completa. La madre gozará, además, durante el trabajo, de tiempo necesario para lactar a su hijo”

En cuanto al establecimiento de normas tendientes a distinguir la atribución de derechos con base al sexo, el artículo 185, literal q) señala que “a trabajo igual corresponderá igual remuneración, sin distinción de sexo, raza, nacionalidad o religión”.

Por otra parte, una forma de enunciar la libertad de trabajo se establece en el artículo 170, que prescribe que “el trabajo, consultando las condiciones de edad, sexo, salud, etc., y dentro de la libertad de escogerlo, es obligatorio para todos los miembros de la comunidad ecuatoriana”.

Respecto del establecimiento de igualdad ante la ley, el artículo 169 contempla que “para obtener el amparo de la Ley, todas las personas son iguales ante ella. A nadie se le pueden conceder derechos ni imponer obligaciones que le hagan de mejor o peor condición que a los demás”.

Es importante subrayar que, en la Constitución del año 1946, no se establecen como en la norma antecesora, algunos aspectos, entre los cuales se destacan: la regla de no discriminación de igualdad ante la ley; no se estipula la igualdad para acceder a cargos públicos, tampoco se establece este principio entre los cónyuges; y, no se contempla la prohibición de despido de la mujer en estado de gravidez.

En contraposición, respecto de las normas antes señaladas, es posible afirmar que, en su gran mayoría, las prerrogativas concernientes a la ciudadanía y trabajo femenino, ya se estipulaban en la norma constitucional del año 1945; sin embargo, existen algunos aspectos que se han incrementado, entre los cuales se destaca: primero, la apertura del derecho de participación política femenino; segundo la facultad de sufragar; y tercero, el derecho de maternidad establecido por ley.

La colectivización del análisis, se traduce en la existencia de normas jurídicas escritas en masculino, pero que, de manera progresiva evolucionan, para ir adquiriendo una nueva perspectiva, que se articula de manera necesaria, al avance de los derechos fundamentales en el Estado ecuatoriano, y la inserción de la perspectiva de género en el Derecho.

4.5.17. Constitución Política de la República del año 1967

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

Tras veintiún años de vigencia de la normativa constitucional que antecede, se expide la Constitución de 1967, sus enunciados se enmarcan en los postulados de la línea conservadora, lo cual se hace visible desde el preámbulo de la norma suprema, en la que se “invoca la protección de Dios, y proclama su inquebrantable adhesión a la causa de la paz y la cultura universales”; pese a ello, se mantiene la declaración sobre la cual la educación es laica, por lo que el “Estado no enseña ni impugna religión alguna” (art. 35).

En la normativa constitucional del año 1967, se retoma también la declaración respecto de “la soberanía que reside en el pueblo, el cual la ejerce mediante los órganos del poder” (art. 1). Se destaca la interpretación de la Constitución; por otra parte, se contemplan algunas atribuciones nuevas, relacionadas con la administración de bienes nacionales y aprobación de tratados públicos.

Sobre el ámbito de las garantías, se mantiene la forma de enunciación de derechos, con un solo mecanismo establecido desde hace varias Constituciones previas, el cual es el hábeas corpus. En adición a las prerrogativas contempladas, se implementan algunos aspectos relacionados con la no discriminación, libre participación en la vida cultural de la comunidad, derecho a la información y libre acceso a sus fuentes, libertad de creencia religiosa, libre circulación, derecho al juicio de amparo y no autoincriminación (art. 23-28). Un derecho que no se encuentra estipulado en este apartado, pero que es relevante en función de su connotación de medida de protección, es el derecho de asilo que se contempla en el artículo 84; así también, se mantiene vigente la supremacía de la Constitución, según la cual “no tendrán valor las leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, disposiciones y tratados que se encuentren en contra de la Constitución” (art. 257).

La constitución del año 1967, no contiene la expresión género en ninguno de los artículos que la componen; sin embargo, si se establecen

prerrogativas que hacen relación a las categorías mujer, sexo, discriminación e igualdad. En este sentido, las normas establecidas en relación a los parámetros antes señalados, retoman los mismos planteamientos contenidos en la normativa constitucional del año 1945.

Es así que, la ciudadanía en la normativa constitucional del año 1967, es un alcance relativo para el colectivo femenino, ya que se prevén dos requisitos; el primero superar los dieciocho años de edad; el segundo, saber leer y escribir (art. 21), de este modo, ya no quedan vestigios de requisitos vinculados al estado matrimonial, por el cual se establecía que en virtud del matrimonio, se requería mayor o menor edad; incluso, la misma norma constitucional señala que el estatus de nacionalidad “no se altera por el matrimonio ni por su disolución” (art. 15).

Respecto del uso del término mujer, se mantiene en el artículo 64, numeral 16, el contenido referente a que “la mujer en gravidez no será obligada a trabajar en el lapso anterior y posterior al parto, que fije la ley, durante el cual tendrá derecho a remuneración completa”. Por otra parte, se establece para la mujer la obligatoriedad del sufragio como un deber y derecho los ciudadanos (art. 70).

En cuanto a la igualdad relacionada al equilibrio, ya sea de deberes o derechos entre hombres y mujeres, el artículo 29 contempla que “el matrimonio se funda en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad especial de los cónyuges”, asimismo sobre la maternidad, el mismo artículo 29, inciso dos, señala una medida de protección por la cual “el Estado reconoce...y protege...al matrimonio y a la maternidad”.

En cuanto al uso de la palabra sexo a fin de distinguir la asignación de alguna norma, el artículo 25 de la Constitución señala que “no se hará discriminación alguna basada en motivos tales como raza, sexo, filiación, idioma, religión, opinión política, posición económica o social...la honestidad, la capacidad y otros méritos serán los únicos fundamentos de valoración personal”. Por otra parte se mantiene la regulación de que “a trabajo igual corresponderá remuneración igual, sin distingo de raza, sexo, edad, nacionalidad o religión” (art. 64, num. 4).

Tal como se había mencionado previamente, muchos de los derechos citados en los párrafos anteriores, ya se contemplaban en la normativa del año 1945, por lo que ya se habrían analizado en apartados previos con la metodología de género, para el presente análisis se extraen aquellas cuestiones que refieren la inserción de una disposición nueva, tales como los indicados en el artículo 70 en cuanto a que “*el voto es deber y derecho de los ciudadanos: por lo tanto, es obligatorio para el hombre y la mujer*”, y lo mencionado en el artículo 29 respecto de que el “*Estado reconoce...y protege...al matrimonio y a la maternidad*”.

Es importante colectivizar el pensamiento en función de que, si bien las normas analizadas contienen aspectos muy importantes en lo que respecta a la evolución de derechos fundamentales de las mujeres; la superación de prejuicios, sigue siendo una barrera, que conlleva un sinnúmero de discriminaciones que perjudican de manera directa a la mujer. A pesar de ello, esto no significa que no exista una evolución y avance en materia de derechos de las mujeres, sino más bien, que el progreso se presenta de manera lenta, por lo que, cada conquista de derechos se constituye en un verdadero triunfo en el marco constitucional.

4.5.18. Constitución Política de la República del año 1979

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

Luego de doce años de vigencia de la normativa antecesora, se expide una nueva Constitución, la cual converge en la línea social democrática, por cuanto, pese a expedirse en el marco de una dictadura militar, se declara de manera expresa, tanto la incursión dentro de un régimen constitucional, como el modo de gobierno bajo el mando de las fuerzas armadas. De acuerdo a tales aspectos, en la normativa de 1979, se propende a la restitución de aquellos elementos relativos a la soberanía nacional e independencia estatal, a fin de alcanzar una libertad responsable y justicia social; de igual manera, se resaltan aspectos relacionados a la introducción de derechos económicos, sociales y culturales, al igual que características del socialismo, así por

ejemplo, se establece que las propiedades adquieran un sentido de aporte a la función social, por la cual se entiende una redistribución del ingreso que permita compartir beneficios a toda la población.

Con este antecedente, en la norma del año 1979 se expresa que la soberanía radica en el pueblo, que la ejerce a través de los organismos públicos establecidos en la Constitución.

Un aspecto que merece especial atención, es que en la Constitución de 1979, por primera vez se enuncia como una función del Estado el “asegurar la vigencia de los derechos fundamentales del hombre y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes” (Art. 2). En tal virtud, se incluyen en la norma suprema, algunos aspectos tendientes al reconocimiento de derechos fundamentales, entre los que se destacan la “igualdad jurídica” (art. 3), el “derecho de los pueblos a liberarse de sistemas opresivos” (art. 4), la “libertad de conciencia y religión en forma individual o colectiva, en público o privado” (art. 18, num. 5), “no privación del derecho de defensa” (Art. 19, num. 16), “indemnización por sentencias condenatorias revocadas” (art. 21), “protección al menor desde la concepción” (art. 23), reconocimiento de la “sociedad de bienes a las parejas que se encuentre en unión libre” (art. 25) y el establecimiento de “planes para erradicar el analfabetismo” (art. 27).

El apartado de garantías, se mantiene con la forma de enunciación de derechos, en donde se estipula solamente al hábeas corpus, como mecanismo para asegurar el derecho de libertad. En esta misma línea, a los derechos contemplados como garantías, se suman algunas prerrogativas referentes a la “igualdad ante la ley” (Art. 19), derecho a un “nivel de vida que asegure salud, alimentación y vivienda” (art. 19, num. 13), autonomía de las universidades y los artículos concernientes al trabajo, se declaran como “un derecho y un deber social” (art. 31).

En el contenido de la normativa constitucional del año 1979, no se incluye la expresión género, sin embargo, se establecen aspectos relativos a la enunciación de derechos de la mujer, ya sea haciendo

referencia al sexo, igualdad y no discriminación. En esta misma línea, es importante subrayar que, se retoman muchos de los artículos ya establecidos en la norma antecesora, por lo que se revisa primamente cuales son las prerrogativas contempladas, para luego seleccionar aquellas que se constituyen en nuevo contenido en el marco de derechos fundamentales de las mujeres, para así, realizar sobre éstas últimas, el análisis con metodología de género.

Así pues, es importante comenzar con la prerrogativa, sobre la atribución de ciudadanía, la que se establece en el artículo 12 de la norma constitucional, en donde se señala que “son ciudadanos los ecuatorianos mayores de 18 años”; de esta manera, es posible verificar que, ya no se contemplan otros requisitos para alcanzar el estatus de ciudadano, a más del cumplimiento de la edad, sin embargo, esta normativa resultaría excluyente para los menores, quienes no serían considerados ciudadanos. De esta forma, se identifica una evolución importante en la atribución de ciudadanía, como derecho fundamental del colectivo femenino ecuatoriano.

Como se indicó al inicio de este apartado, existen algunos aspectos que se retoman de la norma constitucional antecesora y se mantienen en la actual; tal es el caso de, la prohibición de discriminación “por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, filiación, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen social, posición económica o nacimiento” (art. 19, num. 4); en esta misma línea, se mantiene la “protección a la maternidad, la familia y el haber familiar” (art. 22, inc. 2).

Otro aspecto que permanece afianzado en la normativa constitucional analizada se refiere al voto, del cual se estipula en el artículo 33, que el sufragio “es universal, igual, directo y secreto, obligatorio para los que sepan leer y escribir y facultativo para los analfabetos”. De esta manera, si bien de manera general, se mantiene la obligatoriedad del voto femenino, el artículo planteado resulta prejuicioso, para quienes no saben leer y escribir –en donde también se incluyen mujeres–, ya que, al declararlo como facultativo, no se está valorando la importancia del voto de las personas analfabetas.

Por otro lado, existen algunos artículos que en la normativa constitucional del año 1979, resultan novedosos así, por ejemplo, la declaración sobre igualdad, que se incluye en el artículo 19, numeral 4, inciso segundo que establece, “que la mujer, cualquiera sea su estado civil, tiene iguales derechos y oportunidades que el hombre en todos los órdenes de la vida pública, privada y familiar, especialmente en lo civil, político, económico, social y cultural”. La introducción de este artículo, se constituye en una clara afirmación por restablecer la visión de igualdad de derechos hacia la mujer, por cuanto como se ha analizado en constituciones previas, no cabía la posibilidad de derechos femeninos, sino a través del marido, desde donde se reflejaban claras estructuras de desigualdad.

Otra medida que se incorpora en la Constitución analizada, tendiente a afianzar el derecho de participación de la mujer, se estipula en el artículo 30, inciso cuatro en el cual se establece que “el Estado promueve el servicio social y civil de la mujer y estimula la formación de agrupaciones femeninas para su integración en la vida activa y en el desarrollo del país”; además, dentro del mismo artículo, se enfatiza en “la capacitación de la mujer campesina y de los sectores marginados”.

Como regla general la norma constitucional de 1979, establece como garantía del Estado para todos los individuos “hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales” (art. 44) estipulados en declaraciones, pactos y convenios internacionales suscritos por el Ecuador. Otro aspecto que se incluye en la normativa analizada, se refiere a una “garantía en el acceso a la educación de todos los ecuatorianos sin discriminación” (art. 27, inc. 7).

Es necesario indicar que, de acuerdo con la finalidad del presente análisis, se constata; por una parte, un incremento significativo, en los derechos tendientes a mejorar la situación de la mujer en relación a la asignación de sus derechos; por otra parte, se advierte la presencia de rasgos de sexismo, que difícilmente convergen con la perspectiva de género. Es por ello que, si bien las normas reflejan una evolución en materia de derechos fundamentales de la mujer, dichos avances

siguen siendo pausados y se afirman de modo progresivo; lo que refleja, además, una sociedad con arraigadas prácticas patriarcales, cuyas estructuras resultan resistentes, incluso a la propia evolución del Derecho.

4.5.19. Constitución Política de la República del año 1998

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

Tras diecinueve años de vigencia de la carta magna que antecede en el análisis, se promulga una nueva Constitución; en dicho instrumento, se consolida el reconocimiento de normas de derecho fundamental a la sociedad ecuatoriana, por lo tanto, esta normativa se inserta en la línea neoliberal. De esta manera, se declara en la norma suprema, por una parte, el reconocimiento a la diversidad de regiones, pueblos, etnias y culturas; y, por otra parte, se establecen derechos y libertades, como normas de carácter fundamental para el desarrollo de la sociedad ecuatoriana.

Desde esta perspectiva, la norma constitucional del año 1998, declara al Ecuador como un Estado social de derecho, plurinacional y multiétnico, la soberanía se radica en el pueblo, cuya voluntad se constituye en la base de la autoridad; la cual, “se ejerce no solo a través de los órganos de poder, sino también por medios democráticos” (art. 1). En esta misma línea, se reconoce al idioma castellano como una lengua oficial, al quichua y shuar, se declaran como idiomas ancestrales, de uso oficial para la población indígena.

Un aspecto importante a resaltar, en la norma constitucional del año 1998, se refiere al “reconocimiento del derecho de los pueblos a la autodeterminación” (Art. 4, un. 6).

En lo relativo a la ciudadanía, se amplía completamente dicho estatus, por el cual todos los ecuatorianos son ciudadanos –lo que incluye a mujeres, niños, personas analfabetas y solteras–, sin la necesidad de alcanzar requisitos que resultaban excluyentes para uno o varios

grupos de la sociedad. De este modo, el alcance de la ciudadanía, permitió a todos los ecuatorianos sin distinción, “el acceso a los derechos establecidos en la norma suprema” (art. 6, inc. 2).

Se resalta en esta normativa constitucional, el énfasis en el “respeto por los derechos humanos, lo cual se encuentra estipulado como un principio, deber y garantía del Estado” (art. 16, 17); asimismo se contempla, la no restricción de derechos y garantías constitucionales, por parte del ente gubernamental, el cual además asume la indemnización de perjuicios realizados por el Estado de manera general, así también, de sentencia revocadas y responsabilidad civil estatal en el caso de error judicial (Art. 16-22).

Por otra parte, en la Constitución de 1998, se incorporan una serie de derechos civiles y políticos, los que, sumados a los ya existentes en normas constitucionales anteriores, vienen a incrementar en gran medida el catálogo de derechos fundamentales; así pues, se destacan: el mantenimiento de la integridad personal; la adopción de medidas para erradicar la violencia; imprescriptibilidad de acciones por genocidio, tortura, desaparición forzada, secuestro y homicidio para razones políticas; integridad personal y vivir en un ambiente sano; libertad de expresión; derecho a la comunicación y a fundar medios; libertad de conciencia; derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición; guardar reserva sobre convicciones políticas propias; derecho a la identidad; libertad sobre decisiones de la vida sexual; seguridad jurídica; debido proceso; defensa; resolución motivada de los poderes públicos, no juzgamiento más de una vez por la misma causa; y acceso a órganos judiciales (Art. 23-25).

Entre los derechos políticos que se incorporan en esta norma están: elegir y ser elegidos, ser consultados, fiscalizar a los órganos públicos, revocar el mandato, presentar proyectos de ley al congreso nacional, solicitar asilo y recibirlo en el caso de ser perseguidos políticos (Art. 26-29).

Se incorporan en la Constitución del año 1998, prerrogativas relacionadas de manera directa con los derechos económicos, sociales y

culturales, entre los que se subrayan: el derecho a la propiedad en cualquiera de sus formas, garantía de la propiedad intelectual, participación de utilidades a trabajadores, estímulo a programas de vivienda social; y, la garantía de acceso a iguales oportunidades para hombres y mujeres, a recursos de producción y toma de decisiones relacionadas tanto con la sociedad conyugal, como con la propiedad. En esta misma línea, en relación al ámbito laboral, se establece la intangibilidad e irrenunciableidad de derechos de los trabajadores, aplicación de normas más favorables al trabajador e incorporación de mujeres al trabajo (art. 30-36).

En lo relativo al orden familiar, se reconocen las uniones de hecho entre hombre y mujer, se fomenta la promoción de la maternidad y paternidad responsable, se establece el derecho de la pareja a decidir el número de hijos y se promueve la protección a jefes de familia. En cuanto a la salud, se establece primordialmente como derecho, se dispone la implementación de programas y políticas nacionales de salud pública, se identifican grupos de atención prioritaria, se contemplan la percepción de derechos comunes para los niños y adolescentes, se establece un marco de protección a la niñez y adolescencia, asistencia especial para las personas de la tercera edad, se incorpora un seguro social campesino, se estipula la cultura como un derecho del pueblo. En lo educativo, se garantiza el acceso a la educación a las personas con discapacidad, se incluyen también medidas relativas a la ciencia y tecnología, deportes (Art. 37-82).

En relación a derechos colectivos, se reconoce a los pueblos indígenas como parte del Estado, se establecen derechos relativos a la preservación de la cultura, territorios comunitarios y conservación de prácticas de producción y modos de convivencia ancestral. Sobre el medio ambiente, se reconoce a toda la población, el derecho a vivir en un medio ambiente sano, que garantice un desarrollo sustentable y se establecen medidas para el cuidado ambiental. Por otra parte, se estipulan mecanismos de control de calidad a los servicios, como un modo de protección del consumidor (art. 83-92).

En la constitución de 1998, el apartado de garantías, adopta un sentido directo de procedimiento para ejercer una acción, por la cual se

pretende lograr la eficacia de derechos; así, por ejemplo, se contempla el mecanismo hábeas corpus, hábeas data, amparo y se incorpora la figura de defensor del pueblo para el patrocinio de tales acciones (art. 93-96). En esta misma línea, se mantiene el apartado sobre supremacía constitucional, según el cual se ubica a la Constitución en la jerarquía máxima superior; a este apartado, se adiciona el control y reforma constitucional, para lo cual; primero, se crea un Tribunal, cuyo fin principal radica en la resolución de controversias derivadas de normas inconstitucionales, actuaciones de la autoridad pública que se contrapongan a la norma suprema, negativa de garantías, entre otras; y segundo, se establecen las únicas vías para reforma, ya sea mediante el congreso nacional o por consulta popular (art. 272-284).

Respecto de las normas que anteceden, la Constitución del año 1998, refiere un avance sumamente importante, no sólo en cuanto a la ampliación del catálogo de derechos fundamentales, sino también, respecto de la especificación de atribuciones directas para la mujer. Por ello se constata que, en dicha norma suprema, se incluyen; por una parte, derechos expresos de la mujer; por otra, se distinguen normas que, basadas en el factor sexo, proyectan una diferenciación de derechos; así también, se incluyen aspectos relativos a igualdad y no discriminación; y, finalmente se introduce la perspectiva de género en los contenidos de la carta magna.

En este orden de ideas, entre las normas que, de forma deliberada, atribuyen derechos a la mujer, se encuentran; primero la ciudadanía, derecho para el cual, no se establece requisito alguno; es más, esta potestad para el colectivo femenino se consolida, en virtud de lo estipulado en el artículo 9, según el cual, “la ciudadanía no se pierde por el matrimonio o su disolución”. Segundo, el establecimiento de un deber estatal por el que, se asegura “la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social” (art. 3, num. 2). Tercero, la estipulación del derecho a la integridad personal, para lo cual el Estado debe adoptar medidas “para prevenir, eliminar y sancionar, en especial, la violencia contra los niños, adolescentes, las mujeres y personas de la tercera edad” (art. 23, num. 2, inc. 2). Por otra parte, se estipula en el artículo 24,

numeral 10, en relación al derecho de defensa que, el Estado “establecerá defensores públicos para el patrocinio de comunidades indígenas, de trabajadores, mujeres y menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos”.

En la Constitución de 1998, en el ámbito familiar, se establece un compromiso directo del Estado para “apoyar a aquellas mujeres jefas de hogar” (art. 37, num. 2); por otra parte, se identifica a la mujer embarazada como un grupo vulnerable, por lo cual refiere, “atención prioritaria por parte del Estado” (art. 47). En cuanto a derechos políticos, se plantea, como iniciativa Estatal, el promover la “participación equitativa de mujeres y hombres como candidatos en elecciones populares, en jerarquías de dirección dentro del ámbito público en sus diversos niveles” (art. 102; en esta misma línea, se identifica la introducción de una medida de acción afirmativa, por la cual “se reconocerá a las mujeres la participación del veinte por ciento en las listas de elección pluripersonal, así como todos los derechos y garantías” (disposición transitoria décimo séptima), insertos en leyes vigentes.

En lo concerniente al señalamiento del sexo para distinguir atribuciones, dentro de los derechos civiles, se contempla la igualdad ante la ley para todas las personas, en donde se señala que tal consideración, se estipula “sin discriminación de varios factores, siendo uno de ellos el sexo de cada individuo” (art. 23, num. 3).

Por otra parte, en cuanto a igualdad y no discriminación, se afirma la existencia de múltiples enunciados que, desde varios ámbitos, hacen referencia a estos principios; se resalta, de manera especial, la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, como responsabilidad del Estado, en cuanto a incorporación de políticas para el alcance de equidad de oportunidades.

En materia laboral, se identifica un importante incremento de derechos fundamentales destinados a la mujer, así por ejemplo, se establece que el Estado propiciará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades; así

también, se establece una garantía de igualdad, en relación a la “remuneración percibida; y, el cumplimiento de derechos reproductivos, en el trabajo” (Art. 36).

En el ámbito familiar, también se estipula por medio de la norma constitucional, un enunciado, por el cual, “los vínculos jurídicos o de hecho, se basan en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes”; así también, se declara la existencia de “igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges” (art. 37, inc. 1). Por otra parte, se establece que “el Estado garantizará la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el “acceso a recursos para producción y en la toma de decisiones económicas para la administración de la sociedad conyugal y de la propiedad” (art. 34). La igualdad también se establece en el ámbito cultural, como una garantía de “ejercicio y participación de las personas en las mismas condiciones, en los bienes, servicios y manifestaciones de la cultura y el sistema educativo, se hace especial énfasis en la educación superior” (Art. 63-77).

Respecto a la no discriminación, en la normativa constitucional se contempla que “el Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos humanos establecidos en la Constitución...” (art. 17); para lo cual, el derecho de igualdad ante la ley, refiere que, “todas las personas tienen los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación” (art. 23, num. 3); asimismo, se incorpora una “prohibición de discriminación laboral, contra de la mujer” (art. 23, inc. 3).

Un aspecto, que es importante resaltar en la Constitución del año 1998, es la estipulación directa de la “incorporación del enfoque de género, en los planes y programas de políticas públicas, para su aplicación en el ámbito público” (Art. 41). En este sentido, se incorporan medidas que adoptan esta perspectiva, tal es el caso de: la protección a determinados grupos como los niños y adolescentes “frente a la influencia de programas o mensajes nocivos que se difundan a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, la discriminación racial o de género” (art. 50, num. 7); en cuanto al ámbito educativo,

también se introduce un contenido según el cual, “el Estado promoverá la equidad de género” (art. 67, inc. 2); y, en el sistema nacional se hace referencia a “tener en cuenta el enfoque de género en la planificación nacional” (art. 254, inc. 2).

Con estas consideraciones, es posible determinar que los contenidos que refiere la Constitución ecuatoriana del año 1998, en cuanto a la contemplación de derechos fundamentales de las mujeres, supera completamente a las estipulaciones de las normas supremas antes analizadas; es así que, se constata una incorporación incluso, del enfoque de género en diversos niveles del orden constitucional; dicho avance, se articula además, al desarrollo de los derechos humanos en el orden mundial.

La colectivización del análisis de la norma constitucional del año 1998, conlleva la concientización de que si bien, la carta magna analizada, refiere una gran evolución en materia de derechos de las mujeres, hasta llegar hasta este punto, los cambios históricos han sido constatables, de manera lenta y progresiva. Esto por cuanto las estructuras sexistas, se encuentran firmemente arraigadas en la sociedad; de ahí que, se afirma que los cambios abarcan múltiples cauces, que interactúan para introducirse en el Derecho, por lo tanto, para promover una nueva visión que involucre la perspectiva de género en lo personal, individual y colectivo, se requiere también de la transformación de otras dimensiones.

4.5.20. Constitución Política de la República del año 2008

- Análisis en la norma: igualdad, garantías y derechos de las mujeres

Tras diez años de vigencia de la Constitución antecesora, se expide la normativa constitucional del año 2008, la cual sigue vigente en el contexto ecuatoriano, hasta la actualidad. Esta carta magna, ha sido catalogada como vanguardista, ya que su contenido alcanza una considerable evolución en materia de derechos fundamentales, de tal manera, se constata no solo la introducción de derechos novedosos como

aquel por el cual, se considera a la naturaleza como sujeto de derechos; sino también, por cuanto se incrementan los mecanismos de garantías.

De lo señalado en el párrafo que antecede, es necesario afirmar de un modo general, que muchos de los derechos contemplados en la norma antecedente, se mantienen en la Constitución del 2008; tal es el caso de la declaración en cuanto a que “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico” (art. 1). De tal manera, la soberanía se radica en el pueblo, el cual ejerce autoridad, a través de dos formas; primero, por medio de los órganos estatales de poder; segundo, por aquellas formas directas de participación política a disposición de los ciudadanos.

En efecto, en el apartado concerniente a la declaración de derechos, que se denominan del buen vivir, es posible identificar la introducción de nuevas normas, tales como el derecho: al agua; alimentos; buen vivir; prohibición de armas químicas; acceso universal a tecnologías de la información; recreación; esparcimiento; tiempo libre; gratuidad de la educación hasta el tercer nivel de educación superior; acceso al trabajo; potestad de fiscalizar el desempeño de autoridades públicas; prohibición del uso de material genético; a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la vida y orientación sexual; derecho al honor; protección de imagen y voz de la persona; datos personales; no privación de libertad por deudas; reconocimiento de la familia en diferentes tipos; y, reconocimiento de la naturaleza como sujetos de derechos (art. 12-34).

En lo relativo a los derechos de protección, se extienden normas según las cuales, todos los sujetos deben ser protegidos de manera integral, observándose todas las cuestiones relativas a la instancia procesal judicial para su protección; así también, se establecen medidas para precautelar la integridad de las personas privadas de la libertad (art. 71-83).

Dentro de las novedades contempladas en la normativa constitucional, se encuentra el establecimiento de siete grupos de atención

prioritaria, para los que se priorizan derechos en función de las necesidades concretas de su situación; en este sentido, se ubica a los adultos mayores, jóvenes, personas migrantes, mujeres embarazadas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, privados de libertad, usuarios y consumidores (art. 35-55).

Entre aquellos cambios trascendentales que se deben resaltar en la norma del año 2008, se encuentra la introducción de algunos artículos referentes al respeto por los pueblos y nacionales indígenas, a quienes se les reconoce la nacionalidad; así también, se declaran el kichwa y shuar, como idiomas ancestrales de uso oficial para la población indígena que habita este territorio (art. 2). En esta misma línea, se establece la consulta previa e informada respecto de planes de explotación minera y como un punto crucial se reconoce el “derecho por la libre determinación de pueblos y comunidades” (art. 56-60).

En lo concerniente a garantías, éstas se establecen como procesos tendientes a la eficacia de los derechos; así pues, se contemplan garantías normativas; de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana; institucionales; y, jurisdiccionales, entre las que se distinguen la acción de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento y acción extraordinaria de protección (art. 84-94).

En lo que respecta a derechos de participación, en la norma suprema analizada, se introducen nuevas disposiciones que se suman a las que ya se planteaban en constituciones anteriores, así pues, entre los nuevos derechos se destacan: el control popular de las instituciones del Estado; el ejercicio individual y colectivo del derecho de resistencia frente a las acciones del este público; participación en los diferentes niveles de gobierno; presentación de proyectos al gobierno, entre otros (art. 95-117).

Un aspecto importante para la organización común en el Ecuador, es la estipulación de una planificación participativa, mediante un Plan Nacional que articula el accionar de las instituciones públicas, de

manera obligatoria; y, en el caso de los “entes privados se convierte en una directriz para la orientación del desarrollo” (art. 279, 280).

En cuanto a la supremacía constitucional, en la norma del año 2008, se mantiene este mandato; asimismo, se establece la posibilidad de reforma, que puede darse por “referéndum o por iniciativa de la asamblea nacional” (art. 441-444).

Con este antecedente, es necesario identificar los artículos que se relacionan con el señalamiento de atribuciones destinadas a la mujer; de tal manera, en la Constitución del año 2008, se contemplan artículos que establecen derechos, de modo directo hacia la mujer, otros que diferencian las atribuciones con base a la distinción del sexo; asimismo, se estipulan normas relativas a declarar la igualdad y no discriminación; finalmente, se identifica la introducción de la perspectiva de género.

Así pues, en primer lugar, entre las normas que atribuyen de manera directa derechos a la mujer, existe un importante incremento respecto de las normas antecesoras; tales derechos, se articulan con los ámbitos, personal, político y familiar, aunque en su gran mayoría se destacan normas relativas a la protección femenina, durante el embarazo, a continuación, se realiza una aproximación normativa a tales ámbitos.

Desde el ámbito personal, se establecen regulaciones concernientes a la protección de la mujer, para “asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto” (art. 363, num. 6); así también, se estipula protección contra el desplazamiento arbitrario (art. 42); se establece a la mujer embarazada como grupo de atención prioritaria; y, se prevé salud materna especializada si se encuentra privada de la libertad (art. 51, num. 6). Por otra parte, respecto de los derechos de libertad, se reconoce y garantiza a las mujeres: la integridad personal en lo físico, psíquico, moral, sexual y el derecho a “una vida libre de violencia en el ámbito público y privado”; asimismo, el Estado afirma la adopción “de medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres...” (art. 66, num. 3).

En el ámbito político, se identifica como medida de acción afirmativa para promover el derecho de participación femenino, lo contemplado en el artículo 65 según el cual, “el Estado promoverá la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos”; esta medida abarca a las candidaturas, en donde la participación debe darse de forma alternada y secuencial. En esta misma línea, el artículo 108 contempla que “los partidos políticos deben estructurarse de manera “paritaria entre mujeres y hombres en sus directivas”, lo que garantice la inclusión y no discriminación; asimismo, el artículo 116, señala que en las elecciones pluripersonales se establece un sistema electoral, en donde se atiende a los principios de paridad y alternabilidad entre mujeres y hombres; el cual es aplicable, para ocupar otros cargos públicos. En el caso de los derechos que se establecen para las comunidades y pueblos indígenas, también se estipulan una serie de preceptos relativos a la mujer, así por ejemplo, se dispone el ejercicio de funciones jurisdiccionales “con garantía de participación y decisión de las mujeres” (art. 171).

En el ámbito familiar, se establece una protección a las madres, a los padres y a quienes sean jefes de familia, en este sentido, se garantiza el desarrollo de “planes y programas de financiamiento de vivienda para las mujeres jefas de hogar” (art. 335, num. 5); se estipula también, la corresponsabilidad materna y paterna, así como el “cumplimiento de derechos y deberes recíprocos” (art. 69).

En segundo lugar, en lo relativo a igualdad y no discriminación, en la Constitución del año 2008, se contempla que “todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades, nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural...” (art. 11, num. 2); además, se estipula que el Estado puede adoptar aquellas “medidas de acción afirmativa que promueven la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad” (art. 11); de esta manera, se define claramente el “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación” (art. 66, num. 4).

Con miras al cumplimiento de la no discriminación, se establece la creación de los consejos nacionales para la igualdad, tendientes a velar por el cumplimiento de normas constitucionales; con “atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales y de discapacidades; y, movilidad humana” (art. 156); en esta misma línea, la normativa constitucional estipula la formulación y ejecución de políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres; así como la “incorporación del enfoque de género en planes y programas, lo que se establece de aplicación obligatoria en el ente público” (art. 70).

La igualdad en el entorno familiar, se instituye como un principio entre “sus integrantes en cuanto a derechos, obligaciones y capacidad legal” (art. 67); asimismo, se estipula que “el Estado garantizará la igualdad de derechos, en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes” (art. 69, num. 3), así también, en el acceso a la propiedad.

En el ámbito laboral, la igualdad se prevé en el artículo 331 que garantiza a “las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo”; asimismo, se establece la adopción de las medidas necesarias para la erradicación de desigualdades. En esta misma línea, se expresa una prohibición de todas las formas de discriminación, acoso o actos de violencia que pudiere afectar a las mujeres en el trabajo; de tal manera, se contemplan dos cuestiones relevantes, primero el respeto por los derechos reproductivos en los entornos laborales; y, segundo, la prohibición del despido intempestivo de las mujeres en estado de gestación; en lo concerniente al aspecto salarial, el artículo 326, numeral 4 señala que “a igual trabajo corresponderá igual remuneración”.

En concordancia con la igualdad, se contempla como deber del Estado impulsar “la corresponsabilidad y reciprocidad de hombre y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares” (art. 333); así también, la erradicación de la desigualdad y

discriminación hacia las mujeres productoras en cuanto al acceso de los factores de producción.

En tercer lugar, respecto a la introducción de la perspectiva de género, se identifica como una norma concerniente a dicho enfoque, la promoción de la corresponsabilidad parental, por la cual “la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de los hijos” (art. 69, num. 1).

En lo educativo, el artículo 27 señala que se “impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz”; por otra parte, como medida de protección para la niñez y adolescencia, el artículo 46, numeral 7 señala que “se resguarda a este grupo poblacional, frente a la influencia de programas o mensajes difundidos a través de cualquier medio que promueva entre otras, la discriminación de género”.

En el ámbito penal se garantiza que “nadie podrá ser llamado a declarar en contra del cónyuge, pareja o parientes...excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género” (art. 77, num. 8); así también se contempla que, para el ejercicio dentro de la carrera militar, se debe aplicar el principio de no discriminación en el ingreso, promoción y asensos, lo que “se realizará con base a los méritos de la persona y con criterios de género” (art. 160).

Recapitulando la revisión de derechos fundamentales de las mujeres, se deduce que se ha alcanzado una evolución importante en la norma constitucional vigente; no obstante, se anticipan algunos aspectos a ser mejorados.

Es necesario resaltar que, la evolución normativa en materia de derechos fundamentales de la mujer, ciertamente refiere la ampliación del catálogo de derechos, con normas sensibles al género, según lo cual, se atienden necesidades que son coherentes con las primeras reivindicaciones alcanzadas desde la filosofía feminista.

Recapitulando el análisis, sobre la evolución histórica de la normativa constitucional ecuatoriana expedida desde 1830 hasta el año 2008,

es posible afirmar que, existe una importante evolución normativa, respecto del derecho a la igualdad, garantías y derechos de las mujeres, todo lo cual se ha incorporado en función del reconocimiento de derecho derechos fundamentales. Cabe acotar que en cuanto a derechos de las mujeres se refleja un avance mucho más lento respecto de los otros dos ámbitos, tal desenvolvimiento pasa desde la nulidad absoluta de derechos hasta la adquisición de ellos, en las últimas normas analizadas.

Esto se hace mucho más visible en las dos últimas constituciones, que reflejan no solo la incorporación de atribuciones directas, sino también incluyen la equiparación de derechos con base a los principios de igualdad y no discriminación, así como la perspectiva de género; todo lo cual, facilita en gran medida, una visión del Derecho que se transforma, para responder a las necesidades de la sociedad en general; y, de las mujeres ecuatorianas de manera particular.

Acotando a lo señalado anteriormente y con el reconocimiento formal de derechos, cabe enfatizar en la necesidad de estrategias estatales, que conduzcan a la eficacia, efectividad y justiciabilidad de tales prerrogativas, atendiendo al verdadero sentido de que los derechos de las mujeres son fundamentales, y también son derechos humanos.

Glosario

Los términos abordados a continuación se han tomado de diversas fuentes de acceso libre, tales como, Enciclopedia Británica, Enciclopedia Jurídica y Enciclopedia Jurídica Online, las cuales se encuentran señaladas en el apartado de referencias bibliográficas.

Abolición: Suspensión o anulación de una ley o una costumbre mediante una disposición legal.

Acción afirmativa: la adopción de medidas temporales que benefician al grupo discriminado más que a otros grupos de la sociedad, para permitir a los miembros del grupo superar desventajas históricamente arraigadas.

Categorías de discriminación: Discriminación por edad, discapacidad, raza, religión, sexo, maternidad, nacionalidad u origen, orientación sexual, género, etc.

Colisión: Enfrentamiento entre ideas, intereses o sentimientos opuestos, o entre las personas que los representan

Concepción: conjunto de ideas que alguien se forma sobre una determinada persona, cosa o situación, también se la suele denominar como concepción de tal o cual cosa.

Consenso: Acuerdo o conformidad en algo de todas las personas que pertenecen a una colectividad.

Crimen de Apartheid: El crimen de apartheid es definido por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 2002 como actos inhumanos de carácter similar a otros crímenes de lesa humanidad.

Crimen estatal: El control que en nuestras sociedades se ejerce sobre el crimen funciona como una práctica de los organismos estatales. El estado prohíbe al sujeto tomar justicia por su propia mano e instituye los entes adecuados para la represión del crimen.

De facto: real o de hecho.

Derecho a la personalidad jurídica: Los derechos inherentes a cualquier ser humano le deben ser reconocidos a todos los efectos en todas partes. La personalidad jurídica quizás es el concepto menos intuitivo de la Declaración.

Derechos absolutos: Los derechos absolutos son llamados también derechos del hombre, derechos individuales, derechos fundamentales, derechos inherentes a la personalidad humana y también derechos humanos.

Derechos colectivos: Se refiere al derecho de los pueblos a ser protegidos de los ataques a sus intereses e identidad como grupo.

Derechos económicos, sociales y culturales: Los DESC son los derechos humanos relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida en dignidad y libertad, y hablan de cuestiones tan básicas como el trabajo, la seguridad social, la salud, la educación, la alimentación, el agua, la vivienda, un medio ambiente adecuado y la cultura.

Derechos Humanos: Conocidos también como derechos de las personas, son las facultades que, formuladas con carácter general y frente al Estado, suponen el reconocimiento expreso de la libertad de la persona.

Derechos Humanos dentro de la tradición americana: Uno de los conceptos fundamentales de la filosofía política de las repúblicas americanas ha sido siempre el carácter sagrado e inviolable de los derechos humanos. Se debe asegurar la protección de tales derechos mediante garantías y procedimientos internacionales efectivos.

Derechos Humanos o del hombre: Derechos y libertades que se encardinan en el más alto escalón de la jerarquía normativa. Observa Truyol, que decir que hay «derechos humanos» o «derechos del hombre» en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de hacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados.

Derechos individuales: es un concepto perteneciente al Derecho constitucional, nacido de la concepción liberal que surgió de la Ilustración, que hace referencia a aquellos derechos de los que gozan los individuos como particulares y que no pueden ser restringidos por los gobernantes, siendo por tanto inalienables, inmanentes e imprescriptibles.

Derechos inembargables: Hay ciertos derechos que, aunque de naturaleza patrimonial, la ley ha excluido de la posible ejecución de los acreedores. Tales derechos no integran la garantía colectiva de los acreedores, siendo inembargables. Por esta razón los acreedores carecen de interés en la subrogación respecto de tales derechos, pues aun cuando la gestión fuere útil, el proyecto obtenido no sería asequible para ellos por su carácter de inembargables.

Derecho internacional humanitario consuetudinario: son normas jurídicas que no están escritas, pero se cumplen porque en el tiempo se han hecho costumbre cumplirlas; es decir, se ha hecho uso de esa costumbre que se desprende de hechos que se han producido repetidamente, en el tiempo, en un territorio concreto.

Derechos relativos: aquellos que sólo son ejercitables frente a personas determinadas, las cuales aparecen como especialmente obligadas frente al titular del derecho.

Desaparición forzada: La abducción o detención de una persona por el Estado seguida de la negativa a reconocer su privación de libertad

o por un ocultamiento de los hechos, lo que pone a dicha persona fuera de la protección del derecho.

Discriminación: clasificación despectiva o desigual que se manifiesta a un individuo bien sea por su raza, género, creencias religiosas, posición política, social o económica, entre otras.

Discriminación directa: ocurre cuando una persona sufre un trato injusto de otra persona debido a sus características.

Discriminación formal: La discriminación de tipo formal es aquella que se utiliza para crear un prejuicio a otra persona, basada únicamente en la intolerancia a la diversidad de las características inherentes o adquiridas de los seres humanos.

Discriminación indirecta: discriminación que habitualmente pasa desapercibida debido a que llega a partir de ciertas normas que en principio no parece que vayan a afectar negativamente ni discriminar a nadie, pero en realidad si lo hacen.

Discriminación múltiple: discriminación múltiple es la que sufre una persona sobre la base de más de un motivo discriminatorio.

Emana: Desprenderse o proceder de un cuerpo [un olor, una sustancia volátil, etc.]

Erradicar: Eliminar o suprimir una cosa de manera completa y definitiva, especialmente algo inmaterial que es negativo o perjudicial y afecta a muchas personas.

Estatuto: Reglamento, ordenanza o conjunto de normas legales por las que se regula el funcionamiento de una corporación o asociación

Examen Periódico Universal (EPU): Un proceso por el cual el récord de derechos humanos de todo Estado miembro de las Naciones Unidas es examinado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Esto tiene lugar rotativamente durante cuatro años y medio.

Igualdad: ausencia de total discriminación entre los seres humanos, en lo que respecta a sus derechos.

* La igualdad es el trato idéntico que un organismo, estado, empresa, asociación, grupo o individuo le brinda a las personas sin que medie ningún tipo de reparo por la raza, sexo, clase social u otra circunstancia plausible de diferencia o para hacerlo más práctico, es la ausencia de cualquier tipo de discriminación.

Impugnar: Solicitar la nulidad de una decisión oponiendo razones que demuestren que es injusta o ilegal, o que no ha seguido los trámites reglamentados.

Inalienabilidad: Cualidad de lo que es inalienable.

Inalienable: En general, cuanto no resulta posible enajenar, por obstáculo natural o por prohibición convencional o legal.

Indulto: Una medida de clemencia que remueve el castigo de alguien condenado o responsable por haber cometido un delito. Sin embargo, la responsabilidad legal (civil y penal) subsiste.

Inherente: Que es esencial y permanente en un ser o en una cosa o no se puede separar de él por formar parte de su naturaleza y no depender de algo externo.

Instrumentos vinculantes: los instrumentos vinculantes, compuestos por Tratados (que pueden presentarse en forma de Convenciones, Pactos y Acuerdos) suponen, por parte de los Estados, un reconocimiento de obligación legal.

Interdependencia: Es un atributo de todos los sistemas, y por ende del sistema político. Un sistema es un conjunto de elementos que se mantiene unido desde adentro, a diferencia de un aglomerado, que se mantiene unido por fuerzas externas. Esa cohesión interior de los sistemas se debe a la interdependencia de sus partes. La interdependencia se genera mediante transacciones, o sea mediante cadenas

de acontecimientos que comienzan en un elemento del sistema y terminan en otro. La intensidad y frecuencia de tales transacciones (mayores en el interior del sistema que entre el sistema y su entorno) prueba la existencia de tal sistema, y define si un elemento pertenece o no a él. Este concepto tiene la mayor importancia en el análisis político, que trata de describir y explicar la situación y actuación de elementos que no se hallan aislados sino en una intensa interacción, dentro de un contexto significante.

Inviolabilidades: cualidad, índole, característica, estado, carácter, condición o la calidad de inviolable en alguna cosa o persona, que no se puede fingir o transgredir alguna norma o ley o también aplicado a sitios o parajes sagrados y las promesas.

Justiciabilidad de los derechos: La justiciabilidad se refiere a la posibilidad de que un problema o incumplimiento de leyes o derechos sea dirimido en foros judiciales o quasi judiciales

Lesa humanidad: La lesa humanidad es una caracterización que se le ha dado a algunos tipos de crímenes considerados por sus implicancias ciertamente graves ya que tienen como finalidad primordial eliminar personas, torturarlas, hacerlas sufrir a través de alguna modalidad cruenta, y que se efectúa de manera sistemática.

Limitación de derechos: Las limitaciones son aquellas restricciones establecidas por los poderes públicos para el ejercicio de los Derechos Humanos que en ningún caso deben suponer rebasar la especificación del contenido de los mismos en función de sus límites estructurales.

Limpieza étnica: Una serie de actos ilegales para forzar la remoción de grupos étnicos o religiosos de cierto territorio con la intención de crear un territorio habitado por personas de una etnicidad, religión, cultura e historia homogéneas o puras.

Monarquía: Forma de gobierno en la que la jefatura del Estado reside en una persona, un rey o una reina, cargo habitualmente vitalicio al que se accede por derecho y de forma hereditaria.

Motu proprio: “por sí mismo” o “por iniciativa propia”, en latín.

Perpetrador: que perpetra. Que comete una falta grave o un delito.

Perturbar: Molestar o provocar intranquilidad a alguien que está haciendo algo, especialmente a una persona que habla.

Principio de complementariedad: Principio metodológico expuesto por Bohr al tratar de la interpretación de la mecánica cuántica. Puede formularse como sigue: para la reproducción de la integridad de un fenómeno es necesario aplicar en el conocimiento clases de conceptos “complementarias” y que se excluyan recíprocamente.

Ratificar: Aprobar o confirmar actos, palabras o escritos dándolos por valederos y ciertos.

Reglas de Beijing: Establecen que el comienzo de la edad de responsabilidad penal para jóvenes no debe ser muy bajo. Al mismo tiempo, el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño exhorta a los Estados a no establecerla bajo la edad de 12 años, y sugiere en vez la edad entre 14 y 16 años como apropiada.

Regla de ius cogens: norma perentoria que no puede ser derogada por ningún medio.

Restricción: Limitación que se produce en alguna cosa, especialmente en el consumo de algo.

Test de necesidad y proporcionalidad: instrumento metodológico y procedimiento interpretativo cuya finalidad es resolver conflictos que se susciten entre los contenidos esenciales de las disposiciones normativas.

Tribunales ad-hoc: órganos judiciales especialmente establecidos tras los hechos, para juzgar una situación particular. Por ejemplo, los Tribunales de Núremberg y Tokio, establecidos tras la Segunda Guerra Mundial, y los Tribunales de Yugoslavia y Ruanda, creados en 1993 y 1994, respectivamente.

Tribunales penales híbridos: tribunales que poseen una naturaleza internacional así como nacional, creados para juzgar crímenes contra el derecho internacional, cometidos en algunos países, desde comienzos de los 2000s.

Referencias bibliográficas

- Aguirre, P. (2016). El control de convencionalidad y sus desafíos en Ecuador. En *Revista IIDH*, 4, 265-310. <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/4759/revista-64-2web.pdf>
- Ambos, K. (2004). *Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Diálogo Político (4), pp. 85-115. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110107_01.pdf
- Arias, F. y Galindo, J. (2013). El sistema interamericano de derechos humanos. En *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*, (131–163). Red de Derechos Humanos y Educación Superior. https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH_Manual.pdf
- Asamblea Nacional del Ecuador, (2008) Constitución de la República del Ecuador. <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/leyes-aprobadas>
- Asamblea Nacional del Ecuador, (2013) Registro Oficial 143. *Ley para la Reparación de las Víctimas y la Judicialización de Graves Violaciones de Derechos Humanos y Delitos de Lesa Humanidad*. https://www.dpe.gob.ec/lotaip/pdfjulio/JURIDICO/a2/LO_VICTIMAS.pdf
- Asís, R. (2005). Sobre la participación política de los inmigrantes. En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 301-319. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9394/participacion_asis_2009.pdf
- Ávila, R (2012). *Los derechos y sus garantías. Ensayos Críticos*. Corte Constitucional del Ecuador.
- Ávila, R. Salgado, J & Valladares, L. (Comp.) (2009). En *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila, R. (2016). *El Neoconstitucionalismo Andino*. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Barranco, M. (2011). *Diversidad de Situaciones y Universalidad de los Derechos*. Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los Derechos*. Editorial Sistema.
- Borges, J. (2017). La memoria en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4757/6.pdf>

- Bregaglio, R. (2013). Sistema Universal de Protección de derechos Humanos. En *Protección Multinivel de los Derechos Humanos*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior. https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap3.pdf
- Butler, J. (2006). *Deshacer el género*. Paidós.
- Cabrera, L. (2013). El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación. En *Derecho Constitucional y Justicia*, 36, 173-188. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/40321>
- Caicedo, D. (2009). El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución. En *Foro Revista de Derecho UASB-Ecuador*, 12, 5-29. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjshbCrqvtAhXESjABHSwaB9oQFjAAegQIAxAC&url=https%3A%2F%2Frevistas.uasb.edu.ec%2Findex.php%2Fforo%2Farticle%2Fdownload%2F370%2F367%2F&usg=AQvVaw2T8n0MinSAoExps4Y4o3vM>.
- Carbonell, M. (2013). *Derechos humanos: origen y desarrollo*. Cevallos editora jurídica.
- Carta de las Naciones Unidas (1945). <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>
- Caso Benavides Cevallos vs. Ecuador. Sentencia de 19 de junio de 1998. Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_38_esp.pdf
- Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf
- Caso Masacre de Plan Sánchez vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_116_esp.pdf
- Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_398_esp.pdf
- Carvajal, M. (2016). Los Sistemas Internacionales de Protección a los Derechos Humanos. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (16), 265, 395-416. <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/59511/52479>
- Comisión Colombiana de Juristas (2012). Derecho a la verdad y Derecho Internacional. https://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/derecho_a_la_verdad_y_derecho_internacional.pdf

Comisión de la Verdad, Informe de la Comisión de la Verdad – Ecuador 2010, Quito, Comisión de la Verdad Ecuador, 2010. <https://www.inredh.org/index.php/casos/37-casos/1401-comision-de-la-verdad-de-ecuador>

Comisión Interamericana (2019) Resolución 3/2019. Principios sobre Políticas Públicas de Memoria en las Américas

Constitución política de Ecuador [Const.]. (13 de agosto de 1830). [Derogada]. <http://pda.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador30.html>

Constitución política de Ecuador [Const.]. (13 de agosto de 1835). [Derogada]. https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1835.pdf

Constitución política de Ecuador [Const.]. (1 de abril de 1843). [Derogada]. https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1843.pdf

Constitución política de Ecuador [Const.]. (3 de diciembre de 1845). [Derogada]. http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-la-republica-del-ecuador-sancionada-por-la-convencion-nacional-en-el-ano-de-1845/html/7c0829b6-97fb-413f-a169-b32f15e6f75c_2.html

Constitución política de Ecuador [Const.]. (25 de febrero de 1851). [Derogada]. https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1851.pdf

Constitución política de Ecuador [Const.]. (6 de septiembre de 1852). [Derogada]. https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1852.pdf

Constitución política de Ecuador [Const.]. (10 de abril de 1861). [Derogada]. <https://www.cancilleria.gob.ec/wp->

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1980). https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará”. <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos8.htm>

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

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

- Corte Constitucional del Ecuador (2016). Dictamen 003-16-DTI-CC del 9 de marzo de 2016. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/139e7309-fc76-4861-98b1-ab4627525dbd/0012-15-ti-dic.pdf?guest=true>
- Corte Constitucional de Ecuador (2013). Sentencia Nro. 003-13-SIN-CC, 4 de abril 2013. <https://vlex.ec/vid/demandas-inconstitucionalidad-culo-488186446>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *ABC de la Corte Interamericana: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana, Preguntas frecuentes.* <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf
- Cuesta y Santana (Dir.). (2014). *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual.* Editorial Aranzadi, SA
- Cubides, J et al, (2016). *El control de convencionalidad: fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14400/4/control-de-convencionalidad.pdf>
- Declaración y Programa de Acción de Viena (1993). <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>
- DHPedia. (s.f.) Carta Internacional de Derechos Humanos. http://tratadoeuropeos.eu/Documentos/Carta_Internacional_de_Derechos_Humanos.pdf
- Declaración de Moscú (1943). <https://www.un.org/es/sections/history-united-nations-charter/1943-moscow-and-teheran-conferences/index.html>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Decreto Ejecutivo número 305. Creación de la Comisión de la verdad. <https://www.derechoecuador.com/registro-oficial/2007/05/registro-oficial-no-87--viernes-18-de-mayo-de-2007#N305>
- Díaz, C. y Dema, S. (Ed). (2013). *Sociología y género.* Tecnos
- Encyclopedia Britannica. <https://www.britannica.com/Encyclopedia/Juridica>. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derechos-humanos/derechos-humanos.htm>
- Encyclopedia Jurídica Online. Disponible en: <http://leyderecho.org/interdependencia/>

- Enríquez, J., Pérez, C., Otero, L., Ferrari, E. (2016). *Repensar los Derechos Humanos para una sociedad globalizada*. Universidad de Valladolid.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998). <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-esp.pdf>
- Fernández, F. (1997). Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad. En *Pensamiento Constitucional*, 4 (4), 167-216. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3302/3144>
- Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta. S.A. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/que%C3%ADciones-constitucionales/article/view/5772/7600>
- Galvis, L. (2008). *Comprensión de los Derechos Humanos*. Ediciones Aurora.
- Gil, E. (2007). *La violencia de género*. Editorial UOC.
- González, G. (2013). *La Ponderación de los Derechos Fundamentales: Estudio de las colisiones de derechos derivados de manifestaciones públicas*. Editorial Porrúa.
- Gutiérrez, L. (2016). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la experiencia francesa. En *Revista IIDH*. (64), 239-264. <https://www.corteidh.or.cr/tabcas/r36283.pdf>
- Jalkh, G. (noviembre, 2005). *Fortalecimiento de la Administración de Justicia*. Discurso Director Ejecutivo del Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia del Ecuador. Quito. <https://www.derechoecuador.com/fortalecimiento-de-la-administracion-a-corto-plazo-de-justicia>
- James, N. (2009). *The Origins and Role of Same-Sex Relations in Human Societies*. CFarland & Co Inc.
- Jellinek, G. (2009). *La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. [Traducido por Posada, A.J.]. Editorial Comares.
- Kelly, L. (1988). What's in a name: Defining Child Sexual Abuse. En *Feminist Review*, 28(65), 65-73. <https://search.proquest.com/docview/1300472382/fulltext/63B668A91AE1485DPQ/1?accountid=14501>
- Locke, J. (1990). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. 1a ed. [Traducción de The Second Treatise of Civil Government An Essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government (1960)]. Alianza Editorial, S.A.

- Lopez, E. (2018). Matrimonio igualitario una lucha interminable en México. En *Hechos y Derechos*, 44. Revistas IIJ. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12220/13870>
- López, L. (2013). Sistema Universal de Protección de derechos Humanos. En *Protección Multinivel de los Derechos Humanos*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior. https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap3.pdf
- Maquieira, V. (ed.). (2010). *Mujeres, Globalización y Derecho Humanos*. Ediciones Cátedra.
- Marugán, B. y Miranda, M. (2018). *Feminismos: una mirada desde la sociología*. Ediciones Complutense.
- Mejía, M. (2017). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un nuevo concepto. En *Justicia*, 32, 38-63. <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n32/0124-7441-just-32-00038.pdf>
- Merino, V. (2012). *Mecanismos internacionales de promoción y protección de los Derechos Humanos de las mujeres*. Madrid: Fundación AEquitas.
- Millet, K. (1970). *Política Sexual*. Cátedra.
- Montaña, J. & Porras, A. (Eds.). (2012). *Apuntes sobre derecho procesal constitucional: parte especial*. Corte Constitucional para el período de transición.
- Montoro, A. (1984). Sobre el proceso de positivación de los Derechos Humanos. En *Positivación de los Derechos Humanos*. <https://core.ac.uk/download/pdf/83564265.pdf>
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas (2016). Manual para Parlamentarios N. 26. <https://www.refworld.org.es/pdfid/5b72fb824.pdf>
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas (2008). Trabajando con el Programa de las Naciones Unidas en el ámbito de los Derechos Humanos. Manual para la sociedad civil. https://www.ohchr.org/EN/AboutUs/CivilSociety/Documents/OHCHR_Handbook_SP.pdf
- Organización de la Naciones Unidas (2018). *Examen Periódico Universal*. <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx>
- Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. (1966). <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Página del Alto Comisionado de Naciones Unidas (s.f.). *Acerca de nosotros: una visión general*. <https://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx#:~:text=La%20Alta%20Comisionada%20y%20la,derechos%20humanos%20en%20el%20mundo>.

- Pastor, J. (2014). *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia/Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- Peces-Barba, G. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales*. Imprenta Nacional de la AEBOE.
- Peña, R. (2017). Los mecanismos de control de constitucional: un análisis desde y para Cuba con especial referencia a la inconstitucionalidad por omisión. En *Revista de Investigaciones Constitucionales*, Curitiba, 4(1), 87-108. <http://www.scielo.br/pdf/rinc/v4n1/2359-5639-rinc-04-01-0087.pdf>
- Pérez Luño, A. (2004). *Los Derechos Fundamentales*. Editorial Tecnos.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elemento para una reconstrucción*. Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta.
- Puchaicela, C. y Torres, X. (2020). Evolución normativa de la familia en el Ecuador frente a los Derechos Humanos. En *Revista Espacios*, 41(25), 15-25. <https://www.revistaespacios.com/a20v41n25/a20v41n25p02.pdf>
- Qureshi, S. (2013). Reconceptualising Domestic Violence as Domestic Torture. *Journal of Political Studies*, 20(1), (pp. 35-49). https://search.proquest.com/docview/1445272518?rfr_id=info%3Axri%2Fsid%3Aprim0
- Sánchez, J. (2015). Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado. En *Revista Academia & Derecho*, 6 (11) (183-226). <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6713581.pdf>
- Rousseau, J. (1921). *Contrato Social*. 1a ed. [Traducido de Du contrat social, 1762]. Espasa Calpe.
- Ruiz, A., Aguirre, P. & Ávila, D. (2016). *Desarrollo Jurisprudencial de la primera Corte Constitucional. /Período Noviembre 2012 – Noviembre 2015*). Corte Constitucional del Ecuador.
- Sagües, N. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. En *Estudios Constitucionales*, 8(1), 117-136. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>
- Salazar, O. (2013). *Masculinidades y Ciudadanía. Los hombres también tenemos género*. Editorial Dykinson, S.L.
- Sousa, B. (2014). *Derechos Humanos Democracia y desarrollo*. Centros de Estudios de Derecho, Justicia y sociedad, Dejusticia.

- Squella, A. (1993). *Derechos Humanos y Derecho Positivo. Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas.* <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1413/DL-1993-I-1-Squella.pdf?sequence=1>
- Tribunal Europeo de Derecho Humanos. (2012). *El TEDH en 50 preguntas.* https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_SPA.pdf
- Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, (2016). *Conceptos básicos sobre Derechos Humanos.* <http://www.tfca.gob.mx/es/TFCA/cbDH>
- Valarezo, J. Franco, M. y Saraza, C. (2020). *El control de constitucionalidad y su incidencia en el control de convencionalidad en Ecuador y Colombia.* En *Revista de Derecho de las Minorías*, 2, 113-136. <https://core.ac.uk/download/pdf/327107431.pdf>
- Vázquez, L. y Serrano, S. (2011). *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, apuntes para su aplicación práctica.* En *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma.* Carbonell, M. y Salazar, P. (ed.). UNAM.

La obra en su contexto aborda la temática de los Derechos Humanos desde los aspectos básicos que incursionan en la perspectiva filosófica, teórica y de aplicabilidad. Siendo así, se enfatiza en el conocimiento de los sistemas de protección, en donde se destacan temas en cuanto a los sujetos de protección especial, sistemas regionales y el desenvolvimiento de estas prerrogativas en el contexto constitucional ecuatoriano, tomando como punto de partida un breve análisis sobre memoria, verdad, justicia y no repetición.

De tal manera, el propósito del libro es introducir a los lectores en el conocimiento de esta temática, y propiciar análisis con sentido crítico respecto del desenvolvimiento de estos derechos desde la realidad social en contexto; en donde, más allá de la estipulación formal de normas, se requiere reflexionar sobre la eficacia y educación en Derechos Humanos, esto último, a manera de prevención. Finalmente, el presente estudio propone un primer acercamiento al tema, dejando sin lugar a dudas, la posibilidad para incursionar dentro de la temática en futuras investigaciones.



CORPORACIÓN
DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES

UO Acuña E2-02 y Agama.
Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694 / 2232-696
Fax (593-2) 2226-256 Apartado 172100186

GYE Telf. (593-4) 2133-705 / Cel.: 0981 928 173

CUE Honorato Vásquez 794 y Luis Cordero
Telf. (593-7) 2837-281

www.cep.org.ec • ventas@cep.org.ec

Torres Sanchez
Ximena Maria



1346152

P.V.P.: U

ISBN: 978-99



9789942106247