UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TITULO:

"LA CLÁUSULA ABIERTA EN LOS CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES EN RELACIÓN A LA FALTA DE TIPIFICACIÓN PENAL DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZOSA DE PERSONAS EN EL ECUADOR"

TESIS PREVIA A OPTAR EL TITULO DE ABOGADA

AUTORA:

Blanca Josefina Pillaga Guayas

DIRECTOR:

Mgt. Mario Guerrero González

Loja - Ecuador

2015

CERTIFICACIÓN

Mgt. Mario Guerrero González, Docente de la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja.

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación, elaborado por la señora Blanca Josefina Pillaga Guayas titulado: "LA CLÁUSULA ABIERTA EN LOS CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES EN RELACIÓN A LA FALTA DE TIPIFICACIÓN PENAL DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZOSA DE PERSONAS EN EL ECUADOR", ha sido dirigido, asesorado y revisado de acuerdo a las normas de graduación vigentes en el Reglamento del régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja. Por lo que autorizo la presentación ante el respectivo tribunal de grado.

Loja, julio de 2015.

Mgt. Mario Guerrero González

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Blanca Josefina Pillaga Guayas, declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Autora: Blanca Josefina Pillaga Guayas

Firma:

Cedula: 0101306853

Fecha: Loja, septiembre del 2015.

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo Blanca Josefina Pillaga Guayas, declaro ser autora de la Tesis titulada: **"LA CLÁUSULA ABIERTA EN LOS CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES EN RELACIÓN A LA FALTA DE TIPIFICACIÓN PENAL DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZOSA DE PERSONAS EN EL ECUADOR"** Como requisito para *optar al Grado de*: **ABOGADA:** *autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad* Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, 17 días del mes de septiembre del dos mil quince, firma el autor:

FIRMA:.....

AUTORA: Blanca Josefina Pillaga Guayas

CÉDULA: 0101306553

DIRECCIÓN: Cuenca, Ciudadela Uncovia Barrio Ciprés

CORREO ELECTRÓNICO: blanquitaillaga57@hotmail.com

CELULAR 0998875143

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. Mario Guerrero González.

MIEMBROS DEL TRIBUNAL: Dr. Marcelo Costa Cevallos Mg. Sc. (Presidente)

Dr. Eduardo Jaramillo Mg. Sc. (Vocal)

Dr. Renato Aguirre Valdivieso (Vocal)

AGRADECIMIENTO

En primera instancia agradezco a Dios por darme la vida y permitirme cumplir con el sueño de poder culminar en esta carrera con responsabilidad. A la vez quiero hacer extensivo mi agradecimiento a mi familia, por su paciencia y comprensión en esta ardua tarea de educarme para bien de nuestro futuro.

Debo agradecer de manera especial una inmensa gratitud a la Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia, Carrera de Derecho, por brindarme la oportunidad de ser protagonista de un cambio social a través de una verdadera preparación académica.

DEDICATORIA

Mi tesis la dedico con todo mi amor y cariño a mi Madre que me dio la vida, a mis hijos, nietos que han estado conmigo en todo momento apoyándome y brindándome todo su amor, gracias mami, hijos, nietos por darme una carrera para mi futuro y por creer en mí.

TABLA DE CONTENIDOS

CARATULA

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS

AGRADECIMIENTO

DEDICATORIA

TABLA DE CONTENIDOS

1.- TÍTULO

2.- RESUMEN

2.1.- ABSTRACT

3.- INTRODUCCIÓN

4.- REVISIÓN DE LITERATURA

4.1.- MARCO CONCEPTUAL

- 4.1.1.- Desaparición de persona
- 4.1.2.- Cláusula
- 4.1.3.- Tratado Internacional
- 4.1.4.- Cláusula Abierta
- 4.1.5.- Derechos Humanos
- 4.1.6.- Lesa Humanidad
- 4.1.7.- Genocidio
- 4.1.8.- Tortura
- 4.1.9.- Esclavitud
- 4.1.10.- Víctima

4.2.- MARCO DOCTRINARIO

- 4.2.1.- Las Desapariciones Forzosas en la historia de la humanidad
- 4.2.2.- Antecedentes, Historia y Evolución de los Derechos Humanos
- 4.2.3.- La Responsabilidad Estatal ante Delitos contra la vida y la integridad de las personas

4.2.4.- La Criminalidad de los Estados y la Victimología de las familias de personas desaparecidas forzosamente

4.3.- MARCO JURÍDICO

4.3.1.- Constitución de la República del Ecuador

4.3.2.- Convenio Internacional sobre desaparición forzosa de personas

4.3.3.- Declaración Universal de los Derechos Humanos

4.3.4.- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

4.3.5.- Pacto de San José de Costa Rica

4.4.- LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1.- En Colombia

4.4.2.- En Perú

5.- MATERIALES Y MÉTODOS

5.1.- Métodos

5.2. Procedimiento

5.3.- Técnicas

6.- RESULTADOS

6.1.- Resultados de la Encuesta realizada a los Abogados en Libre Ejercicio

6.2.- Resultados de las entrevistas

6.3- Estudio de Casos

6.3.1.- Caso Tibi vs. Ecuador

6.3.2.- Caso Benavides Cevallos vs. Ecuador

6.3.3.- Caso Fybeca (Actualmente Caso González y otros)

7.- DISCUSIÓN

7.1.- Sustentación de la problemática

7.2.- Verificación de objetivos

7.3.- Contrastación de hipótesis

7.4.- Fundamentación jurídica para la reforma legal

8.- CONCLUSIONES

9.- RECOMENDACIONES

9.1.- Propuesta de Reforma Jurídica

10.- BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

INDICE

1.- TÍTULO

LA CLÁUSULA ABIERTA EN LOS CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES EN RELACIÓN A LA FALTA DE TIPIFICACIÓN PENAL DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZOSA DE PERSONAS EN EL ECUADOR

2.- RESUMEN

La presente tesis se enmarca en el estudio de los Derechos Humanos, en su progresiva aplicación por los tribunales nacionales y en particular por los tribunales constitucionales, de los instrumentos internacionales de derechos humanos a los efectos de su protección en el orden interno, sobre todo en los casos de desapariciones forzosas y su debida protección en el derecho interno.

Hemos de considerar que los derechos humanos fueron declarados luego de la Segunda Guerra Mundial como inherentes al ser humano, de manera que no pueden ser violados, reprimidos, sustituidos, negados, ya sea en partes o en su totalidad por ninguna persona.

La garantía constitucional de los Derechos Humanos a través de la cláusula abierta, debe ser sin restricciones, cuidando su trasfondo netamente humano, no sólo en aquellos Tratados o Acuerdos Internacionales sobre derechos específicos, sino de todos en general.

Pero sobre esa generalidad hay que hacer énfasis en un derecho que junto con la libertad, son considerados fundamentales para el ser humano y que cuya pérdida causa daños irreparables: la vida.

No es posible que hasta la actualidad todavía existan personas desaparecidas sin dejar ningún rastro, sin que haya mediado para ello ningún motivo aparente

ya sea de política o económico, sino simplemente de la noche a la mañana o de la mañana a la noche, desaparecen, dejando atrás una estela de desolación en sus familiares y conocidos.

La Cláusula Abierta debe considerar el hecho de que hay que vigilar el cumplimiento de la garantía de las víctimas y las familias de las víctimas de las personas desaparecidas.

Los resultados obtenidos a través de esta investigación mediante la aplicación de Encuestas y Entrevistas, han sido relacionados con la falta de tipificación y sanción del Delito de Desaparición Forzosa en la legislación penal, lo cual es un vacío legal dentro del sistema de justicia.

La investigación se ha enfocado en brindar una solución al problema planteado ofreciendo un Anteproyecto reformatorio a la ley vigente, para especificar los elementos que caracterizarán el delito y la sanción que se debería aplicar en su cometimiento.

2.1. - ABSTRACT

This thesis is framed in the study of Human Rights in its progressive implementation by national courts and in particular the constitutional courts, international human rights instruments for the purpose of protection in domestic law, especially in cases of forced disappearances and adequate protection in domestic law.

We have to consider that human rights were later declared the Second World War as inherent to human beings, so that can not be violated, repressed, replaced, denied, either in part or in whole by any person.

The constitutional guarantee of human rights through the open clause should be unrestricted, watching their purely human background, not just those international treaties or agreements on specific rights, but to everyone in general.

But on that generality must emphasize that are right along with freedom, considered essential for humans and whose loss causes irreparable damage: life.

It is possible that even today there are still people missing without a trace, without having mediated for it no apparent reason either political or economic,

but simply the overnight or morning to night, disappear, leaving behind a trail of devastation in their relatives and acquaintances.

The Open clause should consider the fact that you have to monitor compliance with the security of victims and families of victims of missing persons.

The results obtained through this research by applying Surveys and Interviews, have been linked to the lack of definition and punishment of the Crime of Enforced Disappearance in the Penal Code, which is a loophole in the penal system.

Research has focused on providing a solution to the problem by offering a Draft reformatory to applicable law, to specify the elements that characterize the crime and punishment should be applied in its perpetration.

3.- INTRODUCCIÓN

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, la “Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992”[1],suscrita el 24 de Mayo de 2007 y ratificada el 20 de octubre de 2009 por el Ecuador.

A los efectos de la Convención, conforme al Art. 2: “se entenderá por "desaparición forzada" el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.”[2]

No se debe pasar por alto la responsabilidad y obligación que adquirió nuestro Estado al ser suscriptor de la Convención anteriormente nombrada, y que se encuentra incluso especificado dentro de la misma en los siguientes términos.

[1]Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en Vigor: 3 de enero de 1976.
[2]Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992. Art. 2

“Es entonces obligación de cada Estado Parte tomar las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal. (Artículo 4 de la Convención)[3]

Corresponde de acuerdo a la especificación anteriormente descrita, que el Estado ecuatoriano incluya dentro de su sistema penal, la tipificación de la desaparición forzada como un delito en contra del derecho universal de la libertad.

La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable.[4]

El ser humano tiene derecho natural de la libertad, por consiguiente no puede verse privado de la misma bajo ninguna circunstancia, mucho menos si ésta proviene de parte del Estado al que pertenece, el que debe cuidar y vigilar por su integridad personal.

Dentro de la misma Convención, se especifica que cada Estado Parte velará por que toda persona que alegue que alguien ha sido sometido a desaparición forzada tenga derecho a denunciar los hechos ante las autoridades competentes, quienes examinarán rápida e imparcialmente la denuncia y, en su

[3] Ibídem. Art. 4.
[4] Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas. 23 de diciembre de 2010.

caso, procederán sin demora a realizar una investigación exhaustiva e imparcial. Se tomarán medidas adecuadas, en su caso, para asegurar la protección del denunciante, los testigos, los allegados de la persona desaparecida y sus defensores, así como de quienes participen en la investigación, contra todo maltrato o intimidación en razón de la denuncia presentada o de cualquier declaración efectuada.

De tal manera que al ser este Convenio, un instrumento de resguardo de los derechos humanos, la Constitución contempla y le da garantía a los derechos de todos los ciudadanos, y para ello existe en materia jurídica lo que se llama **CLÁUSULA ABIERTA**.

La **cláusula abierta** tiene como finalidad que no solo sean resguardados o protegidos los derechos humanos que se consagran en la Constitución, sino que además se contemplen la universalidad de derechos humanos que existan.

Todos los países suscriptores de convenios y tratados internacionales, adoptan y por lo tanto, adquieren la obligación de incluir dentro de su legislación interna aquella normativa constante en tales instrumentos, sobre todo los que tienen relevancia en protección de los derechos humanos, siendo universales, no pueden por lo tanto ser objeto de ningún tipo de variación en cada Estado, sino que en todos rigen las mismas especificaciones.

Dentro de la Constitución, en el Art. 11, numeral 7, se expresa claramente el principio de Cláusula Abierta que dice: “El reconocimiento de los derechos y

garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento."[5]. De manera que, se estaría atentando contra la dignidad del ser humano, al no tipificar y establecer una sanción al delito de desaparición forzosa de personas en la legislación penal, lo que genera que las personas víctimas y familiares, tengan que acudir a organismos internacionales al no poder contar con la justicia dentro del país.

Asimismo, mediante la aplicación de esta cláusula, es permitido tomar las medidas necesarias para establecer la jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite o lo entregue a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido.

Se evidencia que en el Ecuador, en cada período de su historia, han existido casos de desapariciones involuntarias presuntamente ocurridas como producto de hechos delictivos o de violencia social, casos en los que también se deben agotar todos los esfuerzos necesarios para esclarecerlos de manera que ninguna familia tenga que sufrir la ausencia de un ser querido por razones desconocidas.

[5] Constitución de la República del Ecuador, Art. 11, numeral 7. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 2012.

4.- REVISIÓN DE LITERATURA

4.1.- MARCO CONCEPTUAL

Para entender con mayor claridad los términos que se usarán en esta investigación, se ha realizado una revisión bibliográfica conceptual sobre las definiciones, de esta manera se comprenderá la línea investigativa sobre la cual se desarrolla el trabajo:

4.1.1.- Desaparición de persona

"Ausencia sin dejar noticia o sin conocerse las causas. | Ocultación voluntaria. | Secuestro o rapto con ignorancia de paradero. | Fuga. | Extinción o pérdida de una calidad. | Superación de un inconveniente o dificultad. | Prescripción, in validez, nulidad o ineficacia de un derecho o facultad antes existente."[6]

Se entiende que es la desaparición involuntaria de una persona, desconociéndose por lo tanto el lugar en el que se encuentra, ya sea por secuestro, rapto o por otra forma, pero sobre todo, sin que haya mediado un motivo que con anterioridad haya dado paso a que se dude de que tal desaparición haya sido voluntaria.

4.1.2.- Cláusula

"Disposición particular que forma parte de un tratado, edicto, convención, testamento y cualquiera otro acto o instrumento público o privado. También se

[6] Cabanellas, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 2009, pág. 136

entiende por cláusula cada uno de los períodos de que constan los actos y contratos."[7]

Dentro de todo documento, una cláusula es aquella parte que determina un punto específico dentro del mismo, el cual puede dar como efecto una obligación, una exigencia, el cumplimiento de forma especial dentro de determinado acto o documento.

4.1.3.- Tratado Internacional

"Como obra, la que versa sobre una ciencia o arte, que considera amplia y sistemáticamente. | Convenio, contrato, | Por antonomasia, convención internacional, suscrita por dos o más príncipes o gobiernos."[8]

Se considera como un instrumento internacional, de cumplimiento jerárquicamente superior para todos los países que han suscrito dicho tratado, y que por lo tanto están en obligación de que sean adoptados y adaptados a la legislación interna de cada uno de ellos.

4.1.4.- Cláusula Abierta

"Contempla de manera explícita nuevos derechos humanos diversos a los contenidos en la Constitución, favorece, desde la perspectiva del derecho

[7] Ibídem, pág. 75
[8] Ibídem, pág. 419

interno, el reconocimiento y defensa de los derechos provenientes de fuente internacional."[9]

Desde el punto de vista jurídico, se considera que se trata del reconocimiento que hacen todos los Estados partes de los convenios e instrumentos internacionales, de garantizar el cumplimiento de las garantías a los derechos humanos dentro de sus respectivos territorios.

4.1.5.- Derechos Humanos

"Los derechos humanos son garantías jurídicas universales que protegen a las personas y los grupos contra acciones y omisiones que interfieren con las libertades, los derechos fundamentales y la dignidad humana. Definen las relaciones entre los individuos y las estructuras de poder, especialmente el Estado. La legislación en materia de derechos humanos obliga principalmente a los estados a cumplir determinados deberes (a hacer ciertas cosas) y les establece ciertas prohibiciones (les impide hacer otras). Desde el punto de vista jurídico, pueden definirse como todos los derechos individuales y colectivos reconocidos por los Estados en sus constituciones y en el derecho internacional."[10]

Se trata del reconocimiento de aquellos derechos inherentes al ser humano por su misma naturaleza, los cuales deben ser respetados y garantizados por parte de los Estados suscriptores de los convenios internacionales, para que no sean

[9]GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. "Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008, Fundación Konrad Adenauer, México, 2008, p. 364

[10] Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas: www.oacdhecuador.ec

vulnerados y en caso de ocurrir, sean restituidos a través del cumplimiento de lo que determina la ley.

4.1.6.- Lesa Humanidad

Se entenderá por crimen de lesa humanidad “cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.”[11]

[11]Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1o de julio de 2002. Artículo 7, numeral 1

El término concierne exclusivamente a los delitos que fueron cometidos contra un grupo humano en específico, por su simple naturaleza, lo cual es discriminatorio y atentatorio de los derechos humanos. En general se trata de la vulneración de esos mismos derechos a un grupo civil, sin que haya mediado ninguna excusa para su vulneración.

4.1.7.- Genocidio

"Cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo."[12]

Uno de los delitos o actos cometidos contra el grupo de personas civiles, dentro del delito de lesa humanidad, concerniente sobre todo a la matanza generalizada sin ningún motivo más que el de hacer desaparecer a todo el grupo humano, bajo consideraciones políticas o religiosas contrarias.

4.1.8.- Tortura

"Causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin

[12]Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1o de julio de 2002. Artículo 6.

embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas."[13]

El infringir grave sufrimiento físico a través de golpes por diversos medios considerados como inhumanos, así también es tortura el atormentar mentalmente a la persona, causándole daño y trastorno psicológico.

4.1.9.- Esclavitud

"Se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños."[14]

Es uno de los delitos que más asidero ha tenido en las etapas de la historia pasada, concerniente al hecho de ejercer la propiedad de una persona sobre otra persona, por el simple hecho de que la una posee poder económico o político que le permite considerarse dueño de ese ser humano que no está a su altura, para ser utilizado en la realización de tareas sin retribución y sin ser considerado como sujeto de derechos.

4.1.10.- Víctima

"Se entenderá por víctimas las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas omentales, sufrimiento emocional,

[13]Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 7, numeral 2, literal e
[14]Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 7, numeral 2, literal c

pérdida financiera o menoscabo sustancial de susderechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen lalegislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que prescribe el abusodel poder".[15]

La víctima es aquella persona o grupo de personas que han sido objeto de delitos contrarios a los que se les garantiza en las legislaciones internas de los Estados. Pueden haber sido sobrevivientes de delitos de lesa humanidad; haber sido torturados o vivido situaciones de esclavitud, entre otros tipos de delitos, los que les hacen ser considerados como un grupo vulnerable de atención prioritaria.

El sistema judicial actual trata de dar seguridad jurídica y restituir los derechos vulnerados de estas personas, a través de la justicia oportuna y eficaz, con el cumplimiento de las normas del debido proceso y el acceso a una justicia equitativa y que les haga sentir seguridad en la obtención del respeto a sus derechos.

[15]Organizaciónde las Naciones Unidas, en el VI Congreso (Caracas 1980) y el VII Congreso (Hilan1985). En: http://www.victimology.nl/onlpub/declar/undeclspan.pdf, pp.23 y 24

4.2.- MARCO DOCTRINARIO

4.2.1.- Las Desapariciones Forzosas en la historia de la humanidad

Desaparición forzada o también, desaparición involuntaria de personas, es el término jurídico que designa a un "tipo de delito complejo que supone la violación de múltiples derechos humanos y que, cometido en determinadas circunstancias, constituye también un crimen de lesa humanidad, siendo sus víctimas conocidas comúnmente como desaparecidos o también, particularmente en América Latina, como detenidos desaparecidos (DD.DD.)."[16]

El crimen de desaparición forzada, definido en textos internacionales y la legislación penal de varios países, está caracterizado por "la privación de la libertad de una persona por parte de agentes del Estado o grupos o individuos que actúan con su apoyo, seguida de la negativa a reconocer dicha privación o su suerte, con el fin de sustraerla de la protección de la ley"[17].

El asesinato de la persona víctima de desaparición forzada, frecuentemente tras un cautiverio con torturas en un paradero oculto, pretende favorecer deliberadamente la impunidad de los responsables, que actúan con el fin de intimidar o aterrorizar a la comunidad o colectivo social al que pertenece la persona. Los efectos de la desaparición forzada perduran hasta que no se

[16]Herrera, Yolanda. Personas desaparecidas en Ecuador. Equipo Legal INREDH - Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos Ecuador. En: inredh.org/index.php?option=com

[17]Maldonado, Julio César. "El Delito de la desaparición forzada de personas como mecanismo de protección de los Derechos Humanos". Universidad de Carabobo. Anuario del Instituto de Derecho Comparado. No. 24. Venezuela, 2009

resuelve la suerte o paradero de las personas, prolongando y amplificando el sufrimiento que se causa a familiares o allegados. Estos últimos, y especialmente, por su vulnerabilidad, los niños que puedan ser sustraídos de padres afectados, son considerados también víctimas de este crimen.

"El impulso para el reconocimiento de este crimen en la jurisprudencia internacional tuvo lugar desde el último cuarto del siglo XX a raíz de la multiplicación de los casos de desparecidos en América Latina y gracias a la movilización de sectores de la opinión pública y de la sociedad civil, y en particular por la iniciativa de organizaciones no gubernamentales que surgieron primero en estos países y luego, en muchos otros del mundo, especializándose en su denuncia y concienciación."[18]

A partir de la precedentemente expuesta para juzgar los crímenes contra la humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, la constitución en 1980 del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, dependiente de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y la resolución de 1983 de la Organización de Estados Americanos (OEA), resultaron en 1989 en la formulación de la primera sentencia de condena a un Estado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentando las bases para la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1992, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

[18]El Porvenir / Alberto Medina Espinosa. Urgen Tipificar leyes importantes. En: http://www.elporvenir.com.mx/notas.asp?nota_id=623923

de 1994, la tipificación universal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 y la "Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas"[19] de la Asamblea General de Naciones Unidas, cuya firma fue celebrada en París el 6 de febrero de 2007, estableciendo una serie de obligaciones universales jurídicamente vinculantes para los Estados signatarios.

“Desde la constitución del Grupo de Trabajo en 1980 hasta la Convención aprobada en 2006, Naciones Unidas registró 51 531 casos oficialmente notificados en 79 países a los que se añaden las numerosas denuncias y estimaciones de las organizaciones independientes, revelando la problemática mundial de la desaparición forzada que no solamente afecta a los estados que acumulan casos históricos sin resolver, los que se ven aquejados por conflictos internos o los que mantienen políticas de represión hacia los opositores políticos, sino que las denuncias también se han extendido a los países Occidentales como consecuencia de las controvertidas medidas adoptadas en la lucha contra el terrorismo internacional.”[20]

Con el fin de recordar a todas las naciones y gobiernos del mundo la existencia de la realidad de los desaparecidos, la Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos (FEDEFAM), declaró el 30 de agosto como el "Día Internacional del Detenido Desaparecido".

[19]Gordillo, Agustín; Flax, Gregorio; et.al. "Derechos Humanos". Fundación de Derecho Administrativo. Sexta edición. Buenos Aires, 2007.
[20]Los Desaparecidos. En: http://correlavozcomitan.com.mx/los-desaparecidos

4.2.2.- Antecedentes, Historia y Evolución de los Derechos Humanos

La conciencia clara y universal de la existencia de lo que hoy se conoce por "derechos humanos es propia de los tiempos modernos, es decir, es una idea que surge y se consolida a partir fundamentalmente del siglo XVIII tras las revoluciones americana y francesa. Sólo a partir de aquí se puede hablar con propiedad de la existencia de los derechos humanos. Sin embargo, la reivindicación fundamental de lo que se quiere expresar con la idea de los derechos humanos se remonta a muy atrás en la historia, y atraviesa las diferentes culturas y civilizaciones."[21]

Cuando nos referimos a los derechos humanos debemos tener en cuenta las dos ideas fundamentales que subyacen en este fenómeno. La primera idea es la dignidad inherente a la persona humana, es decir, los derechos humanos pretenden la defensa de dicha dignidad. La segunda idea hace referencia al establecimiento de límites al poder, siendo los derechos humanos uno de los límites tradicionales al poder omnímodo de los Estados.

Los derechos humanos a los que dio lugar la Revolución francesa fueron los denominados derechos de la primera generación, los derechos civiles y políticos (libertad de credo, libertad de expresión, derecho de voto, derecho a no sufrir malos tratos, etc.). ……Son…derechos ..en. los ..que prima,… ante.. todo la

[21]AA.VV. (1999), La Declaración Universal de Derechos Humanos en su Cincuenta Aniversario. Un Estudio Interdisciplinar, Universidad de Deusto-Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Bilbao. En: Gómez Isa, Felipe. Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Universidad del País Vasco. www.dicc.hegoa.ehu.es

reivindicación de un espacio de autonomía y libertad frente al Estado; lo que plantean estos derechos humanos es la no interferencia del Estado en la vida de los ciudadanos y ciudadanas. Sin embargo, con el paso del tiempo se fue viendo que los derechos civiles y políticos eran insuficientes y que necesitaban ser complementados. No será hasta fines del siglo XIX y principios del XX cuando, debido al auge del movimiento obrero y a la aparición de partidos de ideología socialista, se empiece a calificar a los derechos civiles y políticos como meras "libertades formales", en sentido marxista, si no se garantizan, a su vez, otro tipo de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales (derecho al trabajo, al alimento, a la educación, etc.). Se considera que la dignidad humana descansa tanto en el reconocimiento de los derechos civiles y políticos como en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales.

Esta segunda generación de derechos humanos recibirá un apoyo importante con el triunfo de las revoluciones rusa y mejicana, que tratan de instaurarlos de una manera efectiva. Esta nueva generación de derechos humanos ya no se va a contentar con un papel meramente pasivo del Estado, sino que va a exigir una actividad positiva por parte de éste para ser puestos en práctica. Asistimos así, avalado por el keynesianismo económico, al advenimiento del Estado intervencionista. A partir de este momento, los ciudadanos van a comenzar a reivindicar al Estado su intervención para la protección y garantización de derechos tales como el acceso a la salud, a la vivienda, a la educación, el derecho al trabajo, la Seguridad Social, etc.

Ahora bien, a pesar de la existencia y aparición histórica de las dos generaciones o tipos de derechos humanos que acabamos de analizar, no se trata de dos compartimentos estancos, dos categorías completamente autónomas, sino que ambas categorías van a estar profundamente interrelacionadas, “es lo que se denomina la indivisibilidad e interdependencia de las dos generaciones de derechos humanos”[22].

1) Internacionalización de los derechos humanos Surgidos los derechos humanos en las esferas nacionales de cada Estado, será a partir de 1945, tras la finalización de la II Guerra Mundial, cuando se inicie un proceso paulatino de internacionalización de los derechos humanos, es decir, un proceso mediante el cual no sólo los Estados sino también la comunidad internacional va a asumir progresivamente competencias en el campo de los derechos humanos. Un papel destacado en este proceso de internacionalización le va a corresponder a la Organización de las naciones unidas (ONU), que se va a convertir en el marco en el que se va configurando el nuevo Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tras el fin de la II Guerra Mundial en 1945 y el descubrimiento de los horrores ocurridos en los campos de concentración y del genocidio judío, los derechos humanos se convirtieron en uno de los objetivos primordiales de la ONU, entonces creada. La Carta de las Naciones Unidas (1945), el documento constitutivo de la nueva Organización, se iba a hacer eco de este interés

[22]Gómez, Felipe. "El Derecho al desarrollo: entre la justicia y la solidaridad". Universidad de Deusto. Instituto de Derechos Humanos. Bilbao, 2003

renovado por los derechos humanos, proclamando ya desde el mismo Preámbulo su “fe en los derechos fundamentales”.[23]

De todas formas, desde los mismos inicios de la nueva Organización Internacional se vio claramente que los derechos humanos se iban a convertir en un arma arrojadiza más entre las grandes potencias ya enfrascadas en la Guerra Fría, período que abarca desde poco después del fin de la II Guerra Mundial hasta principios de los años 90. Los derechos humanos han sido una cuestión que ha estado absolutamente politizada, entrando en juego factores externos a lo que constituye la esencia y la razón de ser de los derechos humanos: la defensa de la dignidad de la persona.

Esta politización estuvo presente en todo el proceso de elaboración de la declaración universal de los derechos humanos, con posiciones muy encontradas entre el bloque socialista y el bloque capitalista. Finalmente, el 10 de diciembre de 1948 tuvo lugar la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Otro paso importante adoptado en el seno de las Naciones Unidas para profundizar en el proceso iniciado en orden a la internacionalización de los derechos humanos fue la aprobación en 1966 de los pactos internacionales de derechos humanos. La aprobación de estos dos Pactos era el complemento imprescindible a la aprobación en 1948 de la Declaración Universal de los

[23]Gómez Isa, Felipe. Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Universidad del País Vasco. www.dicc.hegoa.ehu.es

Derechos Humanos. El problema con el que se enfrentaba la Declaración de 1948 es que fue aprobada mediante una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, resoluciones que constituyen meras recomendaciones para los Estados, pero no obligaciones jurídicas vinculantes. Por lo tanto, era imprescindible el proceder a la aprobación de unos instrumentos de derechos humanos que tuviesen carácter plenamente jurídico y pudiesen vincular a los Estados que los ratificasen. Sin embargo, como ocurriese con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, iba a ser una tarea enormemente complicada. De nuevo el conflicto Este-Oeste iba a planear sobre la elaboración de los Pactos de derechos humanos. Para hacernos una idea, inicialmente estaba previsto aprobar un único Pacto, que recogiese el conjunto de los derechos y libertades fundamentales. Finalmente, la rivalidad entre ambos bloques obligó a aprobar dos Pactos. Así, en la actualidad contamos con el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y con el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, aprobados ambos, paradójicamente, el mismo día y en la misma sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966. Sin embargo, hubo que esperar otros diez años, hasta 1976, para que estos dos Pactos pudiesen entrar en vigor tras la ratificación de un número suficiente de Estados.

Asimismo, es interesante destacar la protección de los derechos humanos que ha tenido lugar en el marco de Organizaciones Internacionales de carácter regional. Dadas las enormes diferencias culturales, ideológicas, religiosas y de otros tipos existentes entre los diferentes Estados a nivel universal, pronto se vio

que iba a ser mucho más sencillo el cooperar en ámbitos más reducidos y con un mayor grado de homogeneidad. Así, desde el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Organización para la Unidad Africana (OUA) se han creado sendos sistemas de protección de los derechos humanos.[24]

Por lo tanto, en la actualidad contamos en la esfera internacional con la Declaración Universal, los dos Pactos Internacionales de derechos humanos, las Convenciones de carácter regional y todo un abanico de Convenciones internacionales que han venido a tratar de proteger determinados sectores específicos de derechos humanos (derechos de los niños, derechos de la mujer, prohibición internacional contra la tortura, etc.).

2) La aparición de los derechos humanos de la tercera generación

A partir de los años 70 estamos asistiendo a la aparición de todo un conjunto de nuevos derechos humanos, que tratan de responder a los retos más urgentes que tiene planteados ante sí la comunidad internacional. Entre los derechos humanos que han sido propuestos para formar parte de esta "nueva frontera de los derechos humanos" se encuentran los siguientes: el derecho al desarrollo; el derecho a la paz; el derecho al medio ambiente; el Derecho a Beneficiarse del Patrimonio Común de la Humanidad o el derecho a la asistencia humanitaria.

[24]Convención Europea de Derechos Humanos, en 1969 la Convención Americana de Derechos Humanos y en 1981 la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

Diferentes son los factores que han propiciado, y siguen propiciando, la aparición de estos nuevos derechos humanos. En primer lugar, el proceso descolonizador de los años 60 supuso toda una revolución en la sociedad internacional y, por ende, en el ordenamiento jurídico llamado a regularla, el Derecho Internacional. Este cambio también ha dejado sentir su influencia en la teoría de los derechos humanos, que cada vez se va a orientar más hacia los problemas y necesidades concretos de la nueva categoría de países que había aparecido en la escena internacional: los países en vías de desarrollo. Si, como hemos visto, fueron las revoluciones burguesas y socialistas las que dieron lugar a la primera y segunda generación de derechos humanos, respectivamente, va a ser esta revolución anticolonialista la que dé origen a la aparición de los derechos humanos de la tercera generación.

Otro factor que ha incidido de una forma notable en el surgimiento de estos derechos de la solidaridad es la interdependencia y globalización presentes en la sociedad internacional a partir de los años 70. Cada vez más los Estados son conscientes de que existen problemas globales cuya solución exige respuestas coordinadas, esto es, recurrir a la cooperación internacional. Consecuencia de este cambio global, los derechos de la tercera generación son derechos que enfatizan la necesidad de cooperación internacional y que tienen una dimensión básicamente colectiva.

Ahora bien, esta nueva generación de derechos humanos no ha sido aceptada de forma pacífica ni por la doctrina iusinternacionalista ni por los propios

Estados, existiendo un intenso debate en torno a ellos. Salvo el derecho a beneficiarse del Patrimonio Común de la Humanidad, ninguno de los otros nuevos derechos ha sido reconocido mediante un instrumento convencional de alcance universal, es decir, mediante un tratado internacional vinculante para los Estados que lo ratifiquen. El reconocimiento de estos nuevos derechos se ha efectuado principalmente a través de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo que nos plantea el espinoso tema del valor jurídico de tales resoluciones.

Por lo tanto, nos encontramos ante unos nuevos derechos humanos que estarían todavía en proceso de formación; serían derechos humanos en statu nascendi, dado que los Estados, principales creadores del Derecho Internacional, se muestran reacios a su reconocimiento en otro instrumento que no sean resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

3) Retos actuales de los derechos humanos

Los principales retos que se le plantean en la actualidad a los derechos humanos serían los siguientes:

a) El establecimiento de una concepción amplia y omnicomprensiva de los derechos humanos. Para una adecuada comprensión de éstos es necesario proteger tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales. En la actualidad, una vez caído el Muro de Berlín, parece

acechar una especie de pensamiento único sobre la teoría de los derechos humanos, dando importancia tan sólo a las libertades clásicas de las democracias occidentales, los derechos civiles y políticos. Sin embargo, desde la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos hay que defender también la urgente necesidad, sobre todo en el Tercer Mundo, de promover los derechos económicos, sociales y culturales y, asimismo, los derechos de la tercera generación.

b) El logro de una verdadera concepción universal de los derechos humanos. Nos encontramos ante uno de los principales problemas a los que se enfrentan actualmente los derechos humanos, pues su proclamado carácter universal es cuestionado por el relativismo cultural de quienes sostienen que no deben prevalecer sobre las prácticas sociales y culturales tradicionales propias de diferentes sociedades, aunque supongan una conculcación de aquéllos.

El camino hacia la universalidad pasa inexorablemente por el diálogo intercultural, un diálogo abierto, sincero, sin prejuicios y que, progresivamente, vaya acercando unas posturas que en la actualidad se encuentran muy alejadas entre sí.

c) La influencia de la globalización en los derechos humanos. La globalización, uno de los signos de los tiempos actuales, está ejerciendo una influencia cada vez mayor en el disfrute de los derechos humanos en áreas importantes del planeta.

d) Mejora de los mecanismos de protección de los derechos humanos tanto en la esfera nacional como en la internacional. Una vez que el desarrollo normativo en el campo de los derechos humanos ha llegado a ser muy importante, mediante el crucial papel de las Naciones Unidas y las diferentes Organizaciones Internacionales, la siguiente tarea es el perfeccionamiento de los sistemas de protección de los derechos humanos, haciendo más cercano al ciudadano el poder acudir a instancias que puedan proteger efectivamente sus derechos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.[25]

4.2.3.- La Responsabilidad Estatal ante Delitos contra la vida y la integridad de las personas

El Acuerdo o Carta de Londres de 8 de agosto de 1945, que estableció el Estatuto del Tribunal de Núremberg, definió como "crímenes contra la humanidad" el "asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos, raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en cualquier crimen de guerra".[26]

En 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal y proclamó la resolución 96 (I) sobre el crimen de genocidio, que define como "una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros", entre ellos los "raciales,

[25]Gómez Isa, Felipe. Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Universidad del País Vasco. www.dicc.hegoa.ehu.es
[26]Acuerdo o Carta de Londres de 8 de agosto de 1945

religiosos o políticos", instando a tomar las medidas necesarias para la prevención y sanción de este crimen.

Esta resolución cristalizó en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, y que entró en vigor en 1951.

La definición de genocidio plasmada en la Convención de 1948 ha sido acogida en el artículo 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, de 1993, el artículo 2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, de 1994, y el artículo 6 del Estatuto de Roma de 1998, por el que se creó la Corte Penal Internacional.

Según el Estatuto de Roma, pueden constituir crímenes de lesa humanidad los 11 tipos de actos siguientes:

1. Asesinato: homicidio intencionado.
2. Exterminio: imposición intencional de condiciones de vida, entre otras la privación del acceso a alimentos o medicinas, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población.
3. Esclavitud: ejercicio de derechos de propiedad sobre una persona, incluido el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños;

4. Deportación o traslado forzoso de población: expulsión de personas de la zona donde están presentes legítimamente sin motivos autorizados por el derecho internacional, entendiéndose que la deportación supone cruzar fronteras nacionales y que el traslado forzoso, no.

5. Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.

6. Tortura: dolor o sufrimientos graves, físicos o mentales, causados intencionadamente a una persona que el acusado tenía bajo su custodia o control.

7. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzosa u otros abusos sexuales de gravedad comparable: la violación y otros abusos sexuales pueden constituir también otros crímenes de la competencia de la Corte, como tortura en tanto que crimen de lesa humanidad o crimen de guerra.

8. Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier crimen comprendido en el Estatuto. Por persecución se entiende la privación intencionada y grave de derechos fundamentales en violación del derecho internacional en razón de la identidad de un grupo o colectividad. Se castiga en relación con otro acto que constituya un crimen de lesa humanidad, un crimen de guerra o un genocidio.

9. Desaparición forzada de personas: detención o secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización,

consentimiento o aquiescencia, junto con la negativa a reconocer la privación de libertad o a proporcionar información sobre la suerte que han corrido los «desaparecidos» con la intención de privarlos de la protección de la ley durante un largo periodo.

10. Crimen de apartheid: actos inhumanos cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial por otro con la intención de mantener ese régimen.

11. Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionadamente grandes sufrimientos o atenten contra la integridad física o la salud mental o física: actos inhumanos de gravedad similar a otros crímenes contra la humanidad.

Aunque la idea de la responsabilidad penal individual por violaciones del derecho internacional es antigua, de hecho, fueron los procesos contra los principales criminales de guerra, tras la II Guerra Mundial, los que hicieron de dicha idea una realidad incuestionable e inobjetada.

La evolución de la noción de crimen internacional hasta nuestros días, recordando las primeras experiencias de la Edad Media, examinando luego la jurisprudencia de los Tribunales de Núremberg y de Tokio, la actividad de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda y las disposiciones establecidas para la creación de la Corte Penal Internacional.

Se presta especial atención al desarrollo de la noción de "crimen contra la humanidad". Con el refuerzo de la idea de la responsabilidad individual y con

su concretización en el plano penal se ponen igualmente de relieve los nexos existentes entre derecho internacional humanitario y derechos humanos.

Ya en el Estatuto para el Gobierno del Ejército, publicado en 1386 por el rey Ricardo II de Inglaterra, se establecían límites para la conducción de hostilidades y se prohibían - so pena de muerte- los actos de violencia contra las mujeres y los sacerdotes desarmados, el incendio de casas y la profanación de iglesias. En los códigos promulgados por Ferdinando de Hungría en 1526, por el Emperador Maximiliano II en 1570 (los artículos 8 y 9 comprendían normas humanitarias) y por el rey Gustavo II Adolfo de Suecia en 1621 se estipulaban disposiciones de esta misma naturaleza. El artículo 100 de los Artículos de Guerra decretados por Gustavo II Adolfo disponían que ningún hombre debía " ejercer la tiranía sobre ningún clérigo o anciano, hombres o mujeres, doncellas o niños".

El primer proceso por crímenes de guerra parece haber sido el de Peter von Hagenbach, el año de 1474. Ya en ese entonces - como durante y después del Proceso de Núremberg el castigo del acusado giraba en torno a la cuestión del acatamiento de las órdenes superiores. Carlos el Temerario, Duque de Borgoña (1433-1477), conocido por sus enemigos como Carlos el Terrible, había colocado a Landvogt Peter Von Hagenbach al mando del gobierno de la ciudad fortificada de Breisach, en el Alto Rin. El gobernador, siguiendo con excesivo celo las instrucciones de su señor, instauró un régimen de arbitrariedad, brutalidad y terror a fin de reducir la población de Breisach al sometimiento total. Los homicidios, las violaciones, la imposición ilegal de

impuestos y la confiscación arbitraria de la propiedad privada se volvieron prácticas generalizadas. Todos estos actos violentos se cometían también contra los habitantes de los territorios vecinos, y afectaban igualmente a los mercaderes suizos en su camino hacia la feria de Francfort. Una gran coalición (Austria, Francia, Berna y las ciudades y caballeros del Alto Rin) puso fin a las ambiciosas metas del poderoso Duque (quien además quería ser rey e incluso ganar la corona imperial); el sitio de Breisach y una rebelión de sus mercenarios germanos y de los ciudadanos locales acarrearon la derrota de Hagenbach, preludio de la muerte de Carlos en la Batalla de Nancy (1477). Ya un año antes de la muerte de Carlos, el Archiduque de Austria, bajo cuya autoridad se capturó a Hagenbach, había ordenado el proceso del sanguinario gobernador. En vez de remitir el caso a un tribunal ordinario, se instauró una corte ad hoc, conformada por 28 jueces de la coalición aliada de Estados y ciudades. En su calidad de soberano de la ciudad de Breisach, el Archiduque de Austria designó al juez que presidiría el tribunal. Habida cuenta de la situación de Europa por aquella época - el Sacro Imperio Romano se había desintegrado a tal punto que las relaciones entre sus diferentes entes habían adquirido un carácter propiamente internacional, y Suiza se había independizado (aunque todavía no se había reconocido oficialmente)-, cabe concluir que el tribunal era una verdadera corte internacional.

En el proceso, un representante del Archiduque que actuaba como demandante, declaró que von Hagenbach había "pisoteado las leyes de Dios y del hombre". Más precisamente, al acusado se le formulaban cargos por

homicidio, violación, perjurio, y otros malefacta, entre los que se incluía el impartir órdenes a sus mercenarios no germanos de matar a los hombres en las casas donde se alojaran para que las mujeres y los niños quedaran a su merced. El argumento de la defensa, basado esencialmente en la carta del acatamiento de órdenes superiores, sostenía que " Sir Peter von Hagenbach no reconoce otro juez ni señor diferente al Duque de Borgoña", cuyas órdenes no podía cuestionar. "¿No se sabe acaso que los soldados deben absoluta obediencia a sus superiores?". Esta consideración básica fue subrayada por el hecho de que el mismo Duque había confirmado y ratificado, personalmente, ex post factum que " todo se había hecho en su nombre". Von Hagenbach solicitó un aplazamiento para pedirle al Duque que confirmara sus argumentos, pero el tribunal se negó a concedérselo por considerar la solicitud contraria a las leyes de Dios y porque los crímenes cometidos por el acusado ya habían quedado plenamente establecidos. Así pues, el tribunal halló culpable al acusado y von Hagenbach, privado de su grado de caballero y de los privilegios que éste le otorgaba (por haber cometido crímenes que tenía la obligación de prevenir), fue ejecutado tras la orden: " Que se haga justicia " impartida por el alguacil.

Este caso es sumamente interesante por varias razones. Si bien no es fácil determinar que los actos en cuestión eran crímenes de guerra, pues en su mayoría se cometieron antes de haberse declarado oficialmente el desencadenamiento de las hostilidades, en la época (al igual que hoy) la frontera entre guerra y paz era difícil de distinguir y más " imprecisa " que en

los siglos posteriores. Sea como fuere, Breisach debía considerarse como un territorio ocupado. Además, incluso si es difícil clasificar estos actos como crímenes de guerra, pueden, no obstante, considerarse como manifestaciones tempranas de lo que ahora se conoce como " crímenes de lesa humanidad".

Varios siglos transcurrieron antes de que se sentaran las bases para la incriminación de individuos por crímenes de guerra considerados como violaciones graves al derecho aplicable en los conflictos armados internacionales. Durante la Guerra Civil estadounidense (1861-1865), el Presidente Abraham Lincoln promulgó el Código Lieber (Instrucciones para el Mando de los Ejércitos de los Estados Unidos en el Terreno, Órdenes Generales No 100, del 24 de abril de 1863). Este texto, preparado por Francis Lieber, profesor de derecho en el Columbia College de Nueva York, y revisado por un consejo de oficiales, constituye el primer intento de codificar las leyes de la guerra. En el artículo 44 se estipula que serán punibles "todo acto de violencia desaforada cometido contra personas en el país invadido, toda destrucción de la propiedad", "así como el robo, el pillaje o saqueo", "la violación sexual, la lesión, la mutilación o el asesinato de dichos habitantes"[27] (estos actos caen estrictamente dentro del ámbito de los crímenes de guerra). En el artículo 47, se estipula que se considerarán como perpetrados "en nuestro propio país" y se castigarán severamente los "crímenes castigados por todos los códigos penales", como "el incendio intencional, el homicidio, la mutilación, el asalto, el atraco en la vía pública, el robo, el allanamiento de

[27]Greppi, Edoardo. "La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional". Revista Internacional de la Cruz Roja. 30 de septiembre de 1999. En: https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdnnf.htm

morada, el fraude, la falsificación y la violación sexual" cuando son cometidos por un soldado estadounidense en territorio de un Estado enemigo. Aunque exclusivamente destinado a los soldados estadounidenses y obligatorios sólo para ellos, el Código Lieber tuvo asimismo una gran influencia en los reglamentos militares de otros ejércitos.

En el siglo XX se dio otro paso adelante. Tras la Primera Guerra Mundial, el Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919 - en sus artículos 228 y 229- estableció el derecho de las Potencias aliadas a enjuiciar y castigar a los individuos responsables de " violaciones de las leyes y costumbres de la guerra". En particular, en el artículo 228 se afirmaba que " el Gobierno alemán reconoce el derecho de las Potencias aliadas y asociadas a someter a los tribunales militares a las personas acusadas de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de la guerra". Por lo tanto, el Gobierno alemán tenía la obligación de entregar a "todas las personas acusadas", a fin de que un tribunal militar aliado pudiera juzgarlas. Se disponía que, en caso de que un individuo fuese declarado " culpable de actos criminales contra nacionales de más de una de las Potencias aliadas y asociadas", podía constituirse un tribunal internacional.

Por otra parte, en el artículo 227 se afirmaba que el Kaiser Wilhelm II de Hohenzollern era responsable "de un delito se suma gravedad contra la ética internacional y la inviolabilidad de los tratados". Así pues, para juzgar al acusado las Potencias aliadas aprobaron la conformación de un " tribunal

especial " compuesto por jueces designados por Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón." En su decisión, el tribunal deberá guiarse por los más altos designios de política internacional, con miras a reivindicar las obligaciones solemnes de los compromisos internacionales y la validez de la ética internacional". Las Potencias acordaron someter asimismo al Gobierno de los Países Bajos una solicitud de entrega del Emperador, iniciativa que no tuvo éxito. Como se puede observarse, las disposiciones de este artículo anticipaban la categoría de " crímenes contra la paz", que debía surgir después de la Segunda Guerra Mundial.

Los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907, así como el Convenio de Ginebra de 1929 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra no contenían disposiciones sobre el castigo de individuos que violaran sus normas. Únicamente el Convenio de Ginebra de 1929 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña contenía, en su artículo 30, una disposición poco severa. Sin embargo, más tarde, en el Proceso de Núremberg se hizo referencia a estos Convenios.

4.2.4.- La Criminalidad de los Estados y la Victimología de las familias de personas desaparecidas forzosamente

En palabras de la Corte, la desaparición forzada de personas representa un fenómeno de “privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho de toda persona a ser llevada sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para constatar la legalidad de lo actuado. En este sentido

constituye una violación del artículo 7 de la Convención". El artículo al que se refiere la Corte en esta cita reconoce el derecho a la libertad personal y establece que:

Nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material)

La privación de la libertad debe realizarse con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la ley (aspecto formal)

En este último evento, según la Corte, "se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad"[28]. Al protegerse la libertad personal a través de la tipificación de la desaparición forzada como hecho ilícito, se tutela tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal "en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal".[29]

La Corte afirma que la violación del derecho a la integridad personal tiene diversas connotaciones de grado, y abarca "desde la tortura hasta otro tipo de

[28]Privación injusta de la libertad. En: www.defensajuridica.gov.co/gestion/.../privacion_injusta_libertad.pdf
[29] Ibídem

vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta". No sólo se trata de lesiones físicas, sino además de sufrimientos morales y psíquicos, miedo e inferioridad. La Corte resalta que en una situación de desaparición forzada la persona ilegalmente retenida se encuentra en una posición de vulnerabilidad, y concluye: "Todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana (…) en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona".[30]

La Corte ha reconocido que el hecho mismo del aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva representan, por sí solos, formas de tratamiento cruel e inhumano que vulneran el derecho a la integridad personal, ello debido a que producen en el detenido sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en los centros de detención.

Aún en situaciones de emergencia o de grave alteración del orden público no pueden imponerse restricciones a la protección de la integridad física de la persona. Por ello, tanto la tortura como los tratos crueles, inhumanos o degradantes son actos prohibidos en cualquier circunstancia.

[30]Privación injusta de la libertad. En: www.defensajuridica.gov.co/gestion/.../privacion_injusta_libertad.pdf

La tortura se define en el marco jurídico interamericano como todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con alguno de los siguientes fines:

- Adelantar una investigación criminal
- Como medio intimidatorio
- Como castigo personal
- Como medida preventiva
- Como pena
- Con cualquier otro fin

También se incluye dentro de este concepto la aplicación sobre una persona de métodos, que aunque no causen dolor físico o angustia psíquica, tiendan a anular su personalidad o a disminuir su capacidad física o mental.

En cambio, no hacen parte del concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean sólo consecuencia de medidas legales o inherentes a ellas, salvo que se realicen actos o se apliquen los métodos señalados anteriormente.

Se ha ido paulatinamente aceptando en las normas internacionales de protección contra la tortura la noción de “tortura psicológica”, es decir, aquella que se perpetra mediante actos que producen en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo.

La Corte cita a la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha establecido que el simple riesgo de que pueda cometerse un acto de tortura basta para considerar que se ha infringido la normatividad europea de protección de

derechos humanos, si el riesgo es real e inmediato. La amenaza de hacer sufrir a una persona una grave lesión física también ha sido calificada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas como “tortura psicológica”.

La desaparición forzada constituye una grave amenaza al derecho a la vida. Según la Corte, el paso de los años y la carencia de información sobre el paradero de la víctima configuran una violación al derecho a la vida. En casos en los cuales la detención ocurrió a manos de agentes del Estado y se ha comprobado la práctica estatal de ejecuciones extrajudiciales, la Corte ha presumido que el detenido fue ejecutado, ante la ausencia de pruebas de supervivencia y el transcurso de varios años sin que se tengan noticias de él.

Se descarta de esta forma el argumento estatal según el cual ante la falta del cadáver no es viable concluir que la persona fue privada de su vida, porque si se siguiera este razonamiento “bastaría que los autores de una desaparición forzada ocultasen o destruyesen el cadáver de la víctima, lo que es frecuente en estos casos, para que se produjera la impunidad absoluta de los infractores, quienes en estas situaciones pretenden borrar toda huella de la desaparición”.

4.3.- MARCO JURÍDICO

4.3.1.- Constitución de la República del Ecuador

El derecho a la vida es el primer derecho fundamental del ser humano, todos los demás derechos se ejercen a partir de este siendo este un prerrequisito.

En la Constitución del Ecuador creada en Montecristi y aprobada en 2008 se garantiza el derecho a la vida y a la integridad física en su Artículo 66:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte.

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contrala violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes[31].

La declaración Universal de los derechos humanos, de la que Ecuador es suscrito, expresa en sus artículos 3, 5 y 9.

Art. 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.[32]

Art. 5.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.[33]

[31]Constitución de la República del Ecuador, 2008
[32] Ibídem
[33] Ibídem

Art. 9.- Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.[34]

Sin embargo el Estado ecuatoriano ha vulnerado estos derechos consagrados en la Constitución, bajo diversas circunstancias en forma directa, indirecta, y en varios casos en forma sistematizada y deliberada.

4.3.2.- Convenio Internacional sobre desaparición forzosa de personas

La desaparición forzada es un concepto que evolucionó inicialmente de manera lenta ante las diversas controversias e incertidumbres que se presentaban para su tipificación y hasta la adopción de la "Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas" firmada en París el 6 de febrero de 2007, no se reconoció el derecho humano concreto de la persona a no ser sometida a desaparición forzada.

Con anterioridad, en el año 1992 la Asamblea General de Naciones Unidas había aprobado por la resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992 la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas que sin embargo, no establecía obligación jurídica vinculante a los Estados.

En la Declaración de 1992 se evocaba en su preámbulo una definición de desaparición forzada:

[34] Ibídem

...desapariciones forzadas, es decir, que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su voluntad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así de la protección de la ley...[35]

Y más adelante, en el punto 2º del artículo 1, enuncia las violaciones que concurren en el acto de desaparición:

La desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye, en particular, una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a cada ser humano los derechos al reconocimiento de su personalidad jurídica, a la libertad y a la seguridad de su persona y a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola además el derecho a la vida o lo pone gravemente en peligro.

La Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de diciembre de 2006 aspiró entre otras cuestiones a llenar las lagunas planteadas por la Declaración de 1992, estableciendo como nuevo derecho humano el derecho a no ser sometido a

[35]Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas" firmada en París el 6 de febrero de 2007

desaparición forzada. También representó un avance en lo que respecta a medidas concretas vinculantes, como la obligación de mantener registros centralizados de todos los lugares de detención y de los detenidos y al derecho de los desaparecidos y sus familiares a un recurso efectivo y reparación.

Su artículo 2 de la Convención define la desaparición forzada:

Se entenderá por "desaparición forzada" el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.[36]

En los apartados del artículo 1, la Convención también establece el nuevo derecho humano absoluto de manera permanente:

1. Nadie será sometido a una desaparición forzada.
2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada.[37]

La Convención impone, asimismo, un conjunto de obligaciones de prevención al Estado recogidas en el artículo 17:

[36]Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas" firmada en París el 6 de febrero de 2007
[37] Ibídem

La prohibición de detenciones secretas y el requisito de que las personas sólo sean privadas de su libertad en lugares oficialmente reconocidos y bajo supervisión.[38]

El establecimiento de un registro detallado de los detenidos;
La obligación del Estado de asegurar que todos los detenidos dispongan de un recurso judicial para cuestionar la legalidad de su detención (habeas corpus);

El derecho de obtener información sobre los detenidos.

La Convención reafirma derechos a los familiares (art. 24):

Derecho a la verdad y a la reparación;
Derecho a conformar asociaciones para luchar contra las desapariciones forzadas.

Y también contempla la sustracción de niños cuyos padres han sido víctimas del crimen de desaparición forzada, la falsificación de la identidad de niños y su adopción (art. 25), como recuerdan los graves hechos acontecidos en Argentina.

La Convención establece un Comité sobre desapariciones forzadas (art. 26) constituido por diez representantes elegidos por los Estados signatarios que

[38]Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas" firmada en París el 6 de febrero de 2007

además de supervisar cómo los Estados implementan sus obligaciones, facultará un procedimiento humanitario urgente que le permita realizar visitas de investigación en los países y podrá llevar ante la Asamblea General de las Naciones Unidas situaciones en las que se practiquen desapariciones forzadas de forma generalizada o sistemática.

Según juristas internacionales, la definición señalada en la Convención es fundamental para comprender la realización de los elementos constitutivos del delito y las consecuencias que de ellos se desprende, destacando tres características:

La desaparición implica la privación de libertad por medios que se indican en los ejemplos que cita, pero también por cualesquiera otros, ya que la definición deja abiertas esas posibilidades;

La práctica debe ser atribuible al Estado, directa o indirectamente, ya que la Convención establece imposiciones jurídicas a los Estados y no a los particulares;

La privación de libertad debe ser negada o la suerte de la persona deliberadamente oculta, de manera que se sustrae a la persona de la protección de las leyes habituales, pretendiendo los responsables no tener que dar cuenta de nada, abriendo la posibilidad a cometer todo tipo de abusos.

Por otra parte, se destaca que la Convención prohíbe también el recurso a los estados de expulsar, rechazar o extraditar personas a terceros países donde haya un riesgo de que sean sometidas a desaparición.

4.3.3.- Declaración Universal de los Derechos Humanos

Mediante la Resolución 33/173 de 1978, la Asamblea General de las Naciones Unidas abordó la problemática de los desaparecidos teniendo en cuenta que en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, así como en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, se reconocen para todos los individuos, entre otros, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, se prohíben los tratos crueles, inhumanos o degradantes, se reconoce el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, así como el derecho a un juicio imparcial, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención.

Posteriormente el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos mediante Resolución 20 (XXXVI) de 1980, se pronunció sobre la censura y repudio generalizados a dicho comportamiento que ya había sido objeto de atención en el ámbito Universal por la Asamblea General (Resolución 33/173 de 20 de diciembre de

1978) por el Consejo Económico y Social (Resolución 1979/38 de 10 de mayo de 1979) y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (resolución 5 B (XXXII) de 5 de septiembre de 1979).

Mediante Resolución 47/133 de 1992 la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas -ONU- adoptó la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en la que se estableció que se presenta este comportamiento cuando "se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna u otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndola así a la protección de la ley".

Según esta declaración, se configura la desaparición forzada cuando concurren los siguientes elementos: la privación de la libertad de una persona por agentes gubernamentales, por grupos organizados o por particulares que actúan a nombre del gobierno o con su apoyo, autorización o asentimiento, y la negativa a revelar su suerte o paradero o a reconocer que ella está privada de la libertad sustrayéndola así a toda protección legal.

El artículo primero de dicha declaración determina claramente que entre los derechos vulnerados con un acto de desaparición forzada están el derecho a la

vida, la dignidad humana, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad, y el derecho a no ser objeto de torturas ni a otras penas o tratos crueles inhumanos o degradantes.

En el sistema de las Naciones Unidas, la desaparición forzada es concebida como un típico crimen de Estado, cuando éste actúe a través de sus agentes o de particulares que obran en su nombre o con su apoyo directo e indirecto, sin introducir distinción alguna entre la privación de la libertad de naturaleza legítima o arbitraria.

4.3.4.- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

En la Conferencia de Roma celebrada en julio de 1998, al adoptar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y con el objeto de proteger los bienes jurídicos mencionados, incluyó dentro de los crímenes de lesa humanidad la desaparición forzada en el artículo 7.2 literal i) definiéndola como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”. Se observa entonces que este instrumento le da un tratamiento diferente a la materia, puesto que involucra también como sujeto activo de delito a las organizaciones políticas que lo cometan directa o indirectamente.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos -OEA- en la Resolución AG/RES. 666 (XII-0/83) declaró “que la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad. Este pronunciamiento se originó en consideración a que la calificación de la desaparición forzada de personas, como crimen internacional de lesa humanidad, es una condición importante y necesaria para su prevención y represión efectivas, para lo cual se debe promover la investigación de tales situaciones.

4.3.5.- Pacto de San José de Costa Rica

La Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica) es un instrumento de protección a los derechos humanos inspirado en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

Los derechos de tipo económico, social y cultural no aparecen mencionados sino tan sólo en uno de sus artículos (art. 26) que compromete a los Estados a adoptar providencias para un desarrollo progresivo de los mismos, mediante la legislación interna y la cooperación internacional, y en la medida que los recursos disponibles lo permitan.

Sí puede afirmarse que en materia de derechos civiles y políticos el pacto presenta uno de los mejores sistemas con que cuenta el derecho internacional en la actualidad.

El art. 27 conforma una cláusula de salvaguarda de suma importancia, en particular para los habitantes de los países latinoamericanos, cuyos derechos se vulneran a menudo utilizando como pretexto situaciones de inestabilidad política muy frecuentes en la región.

La prescripción mencionada establece que pueden adoptarse disposiciones para suspender las obligaciones establecidas en la Convención para los Estados, pero que de todas formas ninguna situación autoriza la suspensión de los derechos al reconocimiento de personalidad jurídica, a la vida e integridad personal, los principios procesales y garantías judiciales, la libertad de conciencia y religión y los derechos del niño; entre los más importantes de los nombrados.

El primer artículo del Pacto de San José establece la obligación para todas las partes de respetar los derechos y garantizar el ejercicio de los mismos sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

El artículo segundo complementa al anterior determinando la obligación para todos los estados partes de adoptar las medidas legislativas y de otro carácter que fueran necesarios para hacer efectivos todos los derechos y libertades mencionados en el mismo.

Esta disposición pone en un verdadero aprieto a aquellos Estados que se valen de las llamadas cláusulas no operativas o programáticas para no cumplir con el respeto a los derechos reconocidos.

La Convención define a la persona como "todo ser humano" sin determinar específicamente desde cuando se es persona, agregando en el art. 4 que se protege el derecho a la vida "en general desde la concepción", dejando la posibilidad de que no fuera así en particular.

La C.I.D.H. tuvo que decidir sobre la cuestión en el caso 2141 interpuesto por Gary Potter, presidente de Catholicsfor Christian PolíticaAction contra los Estados Unidos por la práctica de un aborto en Boston.

En su decisión la C.I.D.H. deja claro que no puede aplicarse el pacto de San José a quien no es parte del mismo (en este caso Estados Unidos), pero que sin perjuicio de ello el Pacto no establecía la protección del derecho a la vida desde la concepción sino tan solo "en general desde la concepción". Finalmente, desestimó la demanda estableciendo que tampoco se violaba artículo alguno de la Declaración Americana, instrumento que si es de cumplimiento obligatorio para todos los estados de la OEA, y naturalmente, también para los Estados Unidos.

Existe en la Convención una amplia enumeración de los derechos protegidos.

La Convención protege el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3); el derecho a la vida (art. 4); el derecho a la integridad corporal (art. 5); la prohibición de la esclavitud o servidumbre (art. 6); el derecho a la libertad personal (art. 7); las garantías judiciales (art. 8); los principios de legalidad y de

retroactividad (art. 9); el derecho a una indemnización (art. 10); la protección de la honra y la dignidad (art.11), la libertad de conciencia y de religión (art. 12); la libertad de pensamiento y de expresión (art. 13); el derecho a réplica (art. 14); el derecho de reunión (art. 15); la libertad de asociación (art. 16); la protección a la familia (art. 17); el derecho al nombre (art. 18); los derechos del niño (art. 19); el derecho a la nacionalidad (art. 20); el derecho a la propiedad (art. 21); los derechos de circulación y residencia (art. 22); los derechos políticos (art. 23); la igualdad ante la ley (art. 24) y la protección judicial (art. 25).

4.4.- LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1.- En Colombia

La desaparición forzada es un delito penal prohibido por la Ley 589 de 2000, recogido en el artículo 165 del Código Penal colombiano.[39]

La Ley 589 de 2000, además de tipificar la desaparición forzada de personas comodelito penal, establece varios mecanismos de prevención del delito y de protección de los derechos fundamentales que resultan afectados con la conducta

Internacionalmente la prohibición y sanción de la desaparición forzada se recoge en la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada (la cual Colombia aún no ha

[39]La desaparición forzada de personas en Colombia. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidaspara los Derechos Humanos (OACNUDH), agosto de 2009.

ratificado) en el seno de las Naciones Unidas, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que entró en vigor para Colombia en 2005.

En Colombia se ha dispuesto la conformación de un Mecanismos de Búsqueda Urgente, El Mecanismo de Búsqueda Urgente es un dispositivo público y gratuito que facilita la realización, en forma inmediata y por cualquier autoridad judicial, de todas las diligencias necesarias tendientes a la localización del/a desaparecido/a, y aquéllas encaminadas a prevenir la comisión del delito. Además, aunque no está expresamente establecido en la Ley, el Mecanismo atiende a recoger elementos de prueba del delito.

La ley dispone que el funcionario público que injustificadamente se niegue a colaborar con el eficaz desarrollo del Mecanismo de Búsqueda Urgente incurra en faltagravísima.Si el funcionario judicial declara infundada la solicitud de activación deberá notificarlo al solicitante y al agente del Ministerio Público, y ambos podrán interponer recurso de reposición dentro del término de 24 horas, recurso que se resolverá en el mismotérmino. En subsidio, pueden instaurar recurso de apelación ante el superior funcional, el cual debe resolverse dentro de las 36 horas siguientes a su interposición.

4.4.2.- En Perú

El Perú ha ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzadade Personas, adoptada en Belem Do Pará en septiembre de 1994,

mientras queestá pendiente la firma de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada, aprobada por unanimidaden la 61ª Asamblea General de la ONU en el 2005.

En el ámbito del Derecho interno, en el artículo 6 de la Ley Nº 2692610, Ley quemodifica diversos artículos del Código Penal e incorpora el Titulo XIV-A, referido a los Delitos Contra la Humanidad, introdujo la desaparición forzadacomo delito contra la humanidad, ubicándolo en el artículo 320 del CódigoPenal según el cual "…el funcionario o servidor público que prive a una persona de sulibertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparicióndebidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor dequince años e inhabilitación, conforme al Artículo 36º incisos 1 y 2…"[40]

Del análisis a la norma peruana, observamos que se exige, para la configuración del tipo, la debida comprobación de la ocurrencia del hecho, lo que constituye un verdadero obstáculo para el proceso de judicialización de violaciones a los derechos humanos, además de evidenciar una incorrecta definición del tipo pues se exige que el hecho está "comprobado", cuando esa es la finalidad del proceso penal.

[40]La desaparición forzada en el Perú. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o InvoluntariasOficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de NacionesUnidas, julio 2008.

5.- MATERIALES Y MÉTODOS

5.1.- Métodos

INDUCTIVO – DEDUCTIVO.- Permitió lograr los objetivos propuestos y ayudaron a verificar las variables planteadas, para el efecto se realizó un análisis general hasta llegar a las particularidades del presente estudio.

ANALÍTICO – SINTÉTICO.- Este método hizo posible la comprensión de todo hecho, fenómeno, idea caso, etc., que realizó a lo largo de la presente investigación.

HISTÓRICO – LÓGICO.- Se analizó científicamente los hechos, ideas del pasado, comparándolo con acontecimientos actuales.

5.2. Procedimiento

La investigación fue Cualitativa y Cuantitativa, puesto que posibilitó la descripción y caracterización de la investigación, que compone el objeto de estudio.

Cuantitativa.- Porque se aplicó la estadística descriptiva, a través de los datos y gráficos obtenidos de las entrevistas y encuestas tomadas de la muestra.

Cualitativa.- Puesto que permitió realizar el estudio y análisis de los fenómenos

sociales y jurídicos motivo de la investigación.

La población y muestra se la determino en base a los siguientes estratos:

COMPOSICIÓN	POBLACIÓN
Jueces y Fiscales del cantón Cuenca	2
Abogados en libre ejercicio	30
TOTAL MUESTRA	32

5.3.- Técnicas

Se aplicó la Encuesta ala muestra de los Abogados en libre ejercicio, a fin de conocer sus expectativas, además se aplicó la Entrevista a los Jueces y Fiscales del cantón Cuenca, cuyo valioso aporte y opiniones, fueron base para el planteamiento de la propuesta de reforma.

6.- RESULTADOS

6.1.- Resultados de la Encuesta realizada a los Abogados en Libre Ejercicio

1.- ¿Conoce usted lo que es la Cláusula Abierta en Derechos Humanos?

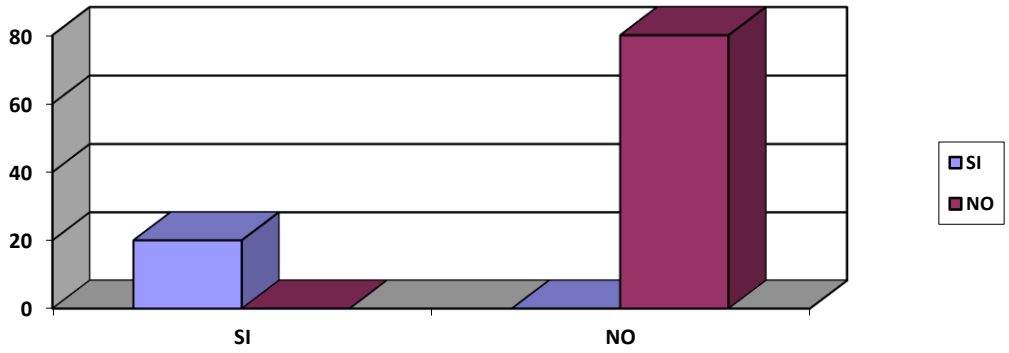
Tabla No. 1

VARIABLE	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
SI	6	20%
NO	24	80%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta aplicada a profesionales de Derecho en libre ejercicio

Elaborado por: Blanca Pillaga Guayas

Gráfico No. 1



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

De los encuestados el 80% dice que no conoce y el 20% contesta en forma afirmativa.

Resulta evidente que los Abogados encuestados no conocen lo que es la Cláusula Abierta en materia de Derechos Humanos, lo cual demuestra que este es un tema desconocido para los profesionales.

2.- ¿Sabía que la Cláusula Abierta permite resguardar y proteger la universalidad de los Derechos Humanos?

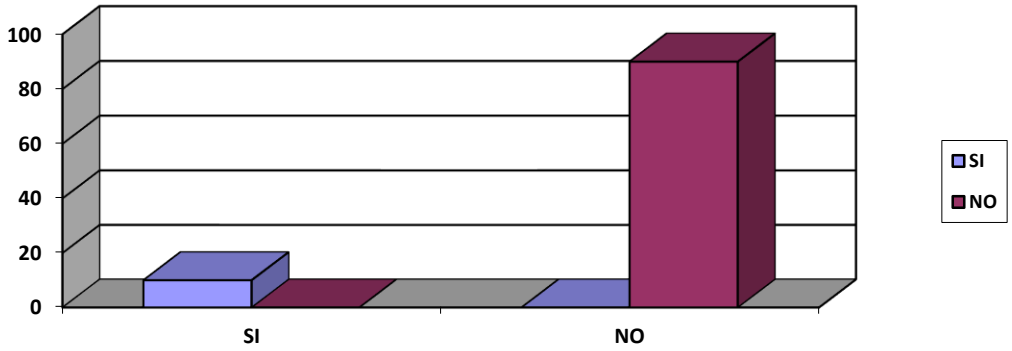
Tabla No. 2

VARIABLE	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
SI	3	10%
NO	27	90%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta aplicada a profesionales de Derecho en libre ejercicio

Elaborado por: Blanca Pillaga Guayas

Gráfico No. 2



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

El 10% de los encuestados responden en forma afirmativa y 90% lo hace negativamente.

Se puede deducir que los encuestados en su mayoría no tenían conocimiento que la Cláusula Abierta permite la protección y resguardo de la universalidad de los Derechos Humanos.

3.- ¿Conoce usted lo que es la Desaparición Forzosa de personas?

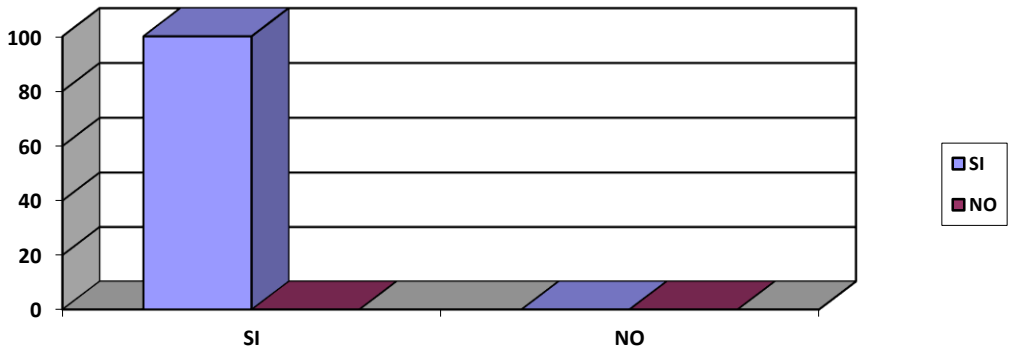
Tabla No. 3

VARIABLE	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta aplicada a profesionales de Derecho en libre ejercicio

Elaborado por: Blanca Pillaga Guayas

Gráfico No. 3



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Del 100% de los encuestados, el 100% opina afirmativamente.

Los encuestados responden en forma afirmativa sobre saber conocer lo que es la desaparición forzosa de personas.

4.- ¿Sabe usted si la Desaparición Forzosa de personas está tipificado como delito y sancionado como tal en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador?

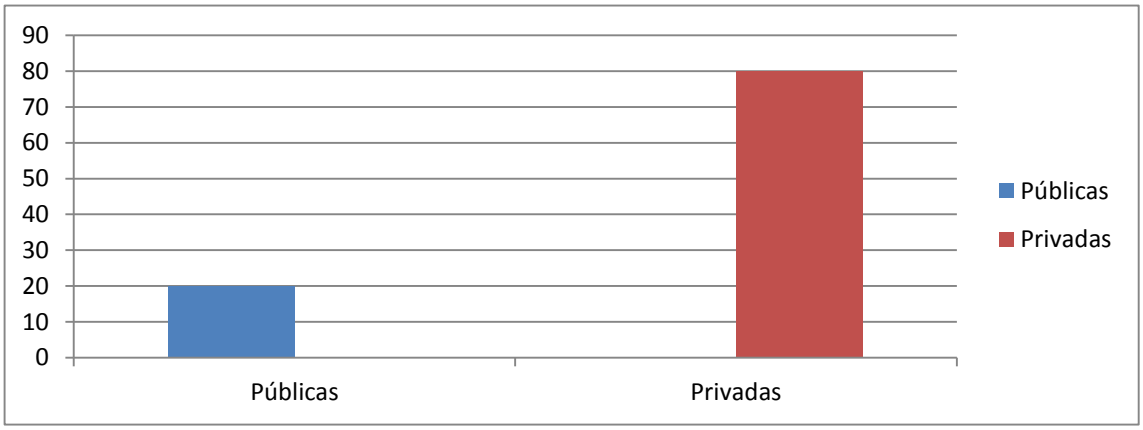
Tabla No. 4

VARIABLE	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
Si	6	20%
No	24	80%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta aplicada a profesionales de Derecho en libre ejercicio

Elaborado por: Blanca Pillaga Guayas

Gráfico No. 4



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Del 100% de los encuestados, el 20% opina que sí está tipificado y sancionado, mientras que el 80% opina que no.

Del resultado obtenido, los encuestados responden que conocen que este delito no está tipificado dentro del Código Orgánico Integral Penal actual.

5.- ¿Considera usted que la falta de tipificación y sanción de la Desaparición Forzosa crea inseguridad jurídica en la comunidad?

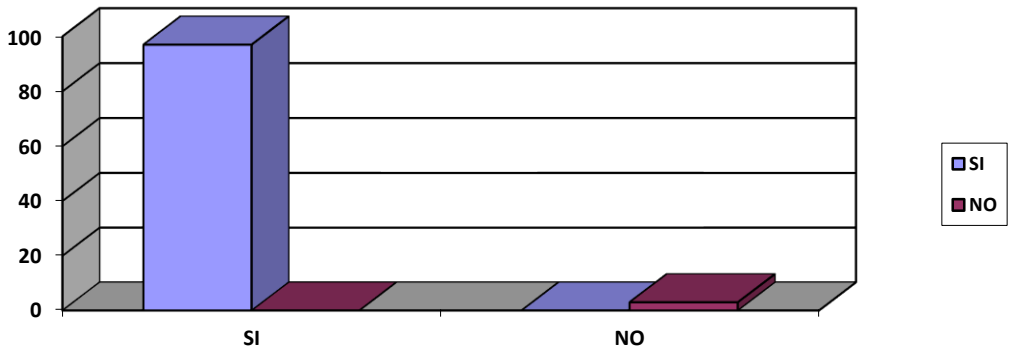
Tabla No. 5

VARIABLE	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
SI	28	93%
NO	2	7%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta aplicada a profesionales de Derecho en libre ejercicio

Elaborado por: Blanca Pillaga Guayas

Gráfico No. 5



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Del 100% de los encuestados, el 93% opina afirmativamente y el 7% en forma negativa.

Se deduce de estos resultados que los encuestados consideran que al no estar tipificado y sancionado la desaparición forzosa de personas, se crea en la comunidad inseguridad jurídica que afecta a la confianza al sistema de justicia del país.

6.- ¿Considera usted que la falta de tipificación y sanción de la desaparición forzosa de personas vuelve irresponsable al Estado?

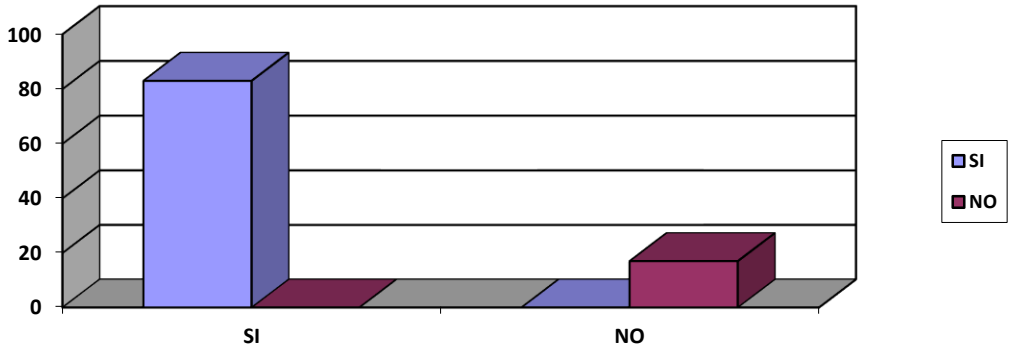
Tabla No. 6

VARIABLE	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
SI	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta aplicada a profesionales de Derecho en libre ejercicio

Elaborado por: Blanca Pillaga Guayas

Gráfico No. 6



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Del 100% de los encuestados, el 83% contesta en forma afirmativa y el17% negativa.

Se deduce que según la opinión de la mayoría de los encuestados el Estado se vuelve irresponsable al no tomar en cuenta la tipificación y sanción de la desaparición forzosa de personas, puesto que su deber es garantizar la seguridad de los ecuatorianos.

7.- ¿Apoyaría la realización de un Anteproyecto de Ley reformatorio al Código Orgánico Integral Penal para tipificar y sancionar la Desaparición Forzosa de personas?

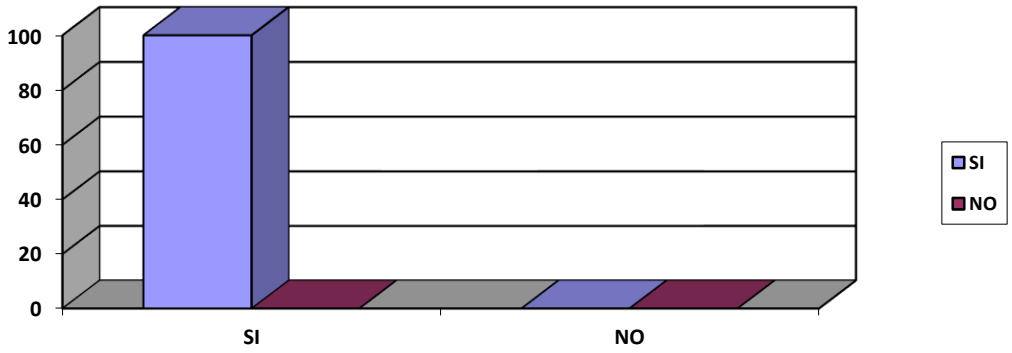
Tabla No. 7

VARIABLE	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta aplicada a profesionales de Derecho en libre ejercicio

Elaborado por: Blanca Pillaga Guayas

Gráfico No. 7



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Del 100% de los encuestados, la totalidad responde en forma afirmativa.

La totalidad de los encuestados, sí apoyaría la realización de un Anteproyecto de Reforma al Código Orgánico Integral Penal para tipificar y sancionar el delito de Desaparición Forzosa de personas.

6.2.- Resultados de las entrevistas

ENTREVISTA No. 1

JUEZ DE GARANTÍAS PENALES

1.- ¿Considera que la Cláusula Abierta en materia de Derechos Humanos es realmente garante y protectora contra el cometimiento de la Desaparición Forzosa de personas?

El Ecuador desde el año 2008 es un Estado constitucional garante de derechos y obligado a cuidar que todo ciudadano tenga acceso a una justicia equitativa, igualitaria, por lo que si se cometen casos de desapariciones forzosas es el Estado el llamado a cumplir.

2.- ¿En su opinión: La falta de tipificación y sanción del delito de Desaparición Forzosa crea inseguridad jurídica e irresponsabilidad por parte del Estado?

Si existen casos de desaparición forzosa es obligación del Estado el tipificar y sancionar este tipo de acciones delictivas, y sobre todo, castigar a aquellos funcionarios que sin tener orden expresa, se excedan en sus funciones.

ENTREVISTA No. 2

FISCAL DEL CANTÓN CUENCA

1.- ¿Considera que la Cláusula Abierta en materia de Derechos Humanos es realmente garante y protectora contra el cometimiento de la Desaparición Forzosa de personas?

El Estado es el llamado a ser garante y protector de los Derechos Humanos de los ecuatorianos, por ello la Constitución del 2008, es netamente neo constitucionalista, determinante en la ponderación de los derechos.

2.- ¿En su opinión: La falta de tipificación y sanción del delito de Desaparición Forzosa crea inseguridad jurídica e irresponsabilidad por parte del Estado?

Es lógico que la falta de sanciones a una determinada acción delictiva cree en la comunidad inseguridad si no se la castiga como es debido, y mucho más cuando se trata de la desaparición de una persona a manos de funcionarios estatales, lo que representa un abuso, crea miedo a expresarse porque puede pasarle lo mismo.

6.3- Estudio de Casos

6.3.1.- Caso Tibi vs. Ecuador

El señor Daniel Tibi, de nacionalidad francesa, era comerciante de piedras preciosas. Fue arrestado el 27 de septiembre de 1995, mientras conducía su automóvil por una calle de la Ciudad de Quito, Ecuador. Su detención se produjo por una declaración del señor García León en el marco de la operación antinarcóticos “camarón”.

El señor Tibi fue detenido por oficiales de la policía de Quito sin orden judicial. Luego fue llevado en avión a la ciudad de Guayaquil, aproximadamente a 600 kilómetros de Quito, donde fue recluído en una cárcel y quedó detenido ilegalmente por veintiocho meses.

El 4 de octubre de 1995 el Juez Primero Penal del Guayas emitió orden de prisión preventiva contra el señor Daniel Tibi e inició el proceso penal, el cual no le fue notificado. El señor Daniel Tibi no fue llevado de manera inmediata ante el Juez de la causa, ni interrogado por éste.

El señor Daniel Tibi no contó con defensa por el lapso de un mes, pese que se le había designado un abogado de oficio, al cual nunca conoció. El declarante que lo vinculaba con los hechos ilícitos cambio dos veces su versión.

El 1 julio de 1996 el señor Daniel Tibi interpuso un recurso de amparo judicial. El 22 de julio de 1996 el Presidente de la Corte Superior de Guayaquil denegó el recurso de amparo judicial interpuesto por el señor Tibi, con base en que no se habían desvirtuado en el proceso los méritos del cargo que sirvieron para fundamentar la prisión preventiva del detenido.

El 3 ó 5 de septiembre de 1997 se dictó el sobreseimiento provisional del proceso del señor Tibi, el sobreseimiento subió a consulta sin que esto levante la prisión preventiva, lo que significó cuatro meses más de detención. El 14 de enero de 1998 se confirmó el sobreseimiento provisional a favor del señor Daniel Tibi.

El 2 de octubre de 1997 el señor Daniel Tibi interpuso un segundo recurso de amparo judicial ya que pese a que se había ordenado su inmediata libertad en la resolución dictada el 3 ó 5 de septiembre de 1997, aún permanecía privado de libertad. Este recurso le fue negado sin fundamento, la solicitud presentada para la aclaración del fallo no fue atendida El 21 de enero de 1998, el señor Tibi fue puesto en libertad. El 23 o 29 de septiembre de 1998 se dispuso la devolución de los bienes del señor Tibi, la cual nunca se levó a cabo.

“En la Penitenciaría del Litoral el señor Tibi fue recluido en el pabellón conocido como “la cuarentena”, en el cual estuvo por 45 días, en condiciones de hacinamiento e insalubridad. En ese pabellón estaban recluidas entre 120 y 300 personas, en un espacio de 120m2. Allí permaneció encerrado las

veinticuatro horas del día, el lugar no tenía ventilación ni luz adecuada y no se le proporcionó alimento. Tuvo que pagar a otros internos para que le trajesen comida. […] Posteriormente, el señor Daniel Tibi fue llevado al pabellón "atenuado bajo" de la Penitenciaría del Litoral y permaneció varias semanas en el corredor del pabellón, durmiendo en el suelo, hasta que finalmente pudo ubicarse por la fuerza en una celda. […] El 19 de febrero de 1997 el señor Tibi fue recluido en el pabellón de indisciplinados, donde fue atacado por otros reclusos".

El señor Daniel Tibi afirmó que era inocente de los cargos que se le imputaban y fue torturado en al menos siete sesiones para obligarlo a confesar su participación en un caso de narcotráfico. Cada sesión consistía en golpes de puño en el cuerpo y rostro, quemaduras de cigarrillos en las piernas, descargas eléctricas en los testículos y sumergir su cabeza en tanque de agua. Esto le provocó varias fracturas costales y sus dientes fueron quebrados.

Los efectos físicos y psicológicos de estos tratos persistían al momento de dictar la sentencia de la Corte IDH. El señor Tibi fue representado en los trámites realizados ante la CIDH y la Corte IDH por miembros del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y la Clínica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

- Consideraciones relevantes del caso

La Corte IDH determinó que el Estado ecuatoriano violó el art. 7 de la CADH, que establece que la persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, basado en que la detención del señor Daniel Tibi fue ilegal, arbitraria y excedió el plazo razonable.

En este sentido la Corte IDH determino que:

"[s]egún el primero de tales supuestos normativos [artículo 7.2 de la Convención] nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto [artículo 7.3 de la Convención], se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que - aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad"

A continuación señaló que:

"La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se

encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. El Estado dispuso la prisión preventiva del señor Daniel Tibi, sin que existieran indicios suficientes para suponer que la presunta víctima fuera autor o cómplice de algún delito; tampoco probó la necesidad de dicha medida. Por ello, este Tribunal considera que la prisión preventiva a la que estuvo sometido el señor Tibi fue arbitraria y constituyó violación del artículo 7.3 de la Convención".

De la misma forma, la Corte IDH, encontró que el Estado había violado los artículos 7(6) y 25 de la CADH por no haber puesto a disposición del señor Tibi recursos rápidos y efectivos para revisar la legalidad de su detención.

Sobre este punto la Corte IDH declaró que:

"Bajo esta perspectiva, se ha señalado que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo 25.1 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida. Esta Corte ha manifestado reiteradamente que la existencia de estas garantías constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención".

Respecto a las torturas sufridas por el Sr. Tibi, las condiciones carcelarias en las que se vio envuelto y la angustia provocada a sus familiares, la Corte IDH declaró la violación al artículo 5 de la CADH. Cabe destacar que la Corte IDH emplea una visión progresista de observar el derecho a la integridad personal, esto es el sufrimiento innecesario que sufren los familiares de las víctimas de violaciones a derechos humanos, por la inseguridad o la incertidumbre de la situación jurídica o de la vida de sus familiares.

Respecto a la tortura a la que fue sometido el Sr. Tibi, la Corte IDH estableció que:

“Existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del iuscogens. La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”.

Respecto a las condiciones carcelarias, la Corte IDH señaló que:

“De conformidad con ese precepto toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal.

En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a su integridad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos. […] La descripción de las condiciones en las que vivió el señor Daniel Tibi durante su detención evidencian que éstas no satisficieron los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno, conforme a su condición de ser humano, en el sentido del artículo 5 de la Convención".

Sobre la violación a los familiares de las víctimas:

"Esta Corte observa que la señora Beatrice Baruet, sus hijas Sarah y Jeanne Camila Vachon, Lisianne Judith Tibi, hija de ella y el señor Tibi y Valerian Edouard Tibi, hijo del señor Tibi, vieron afectada su integridad personal como consecuencia de la detención ilegal y arbitraria, la falta del debido proceso y la tortura a que fue sometida la presunta víctima. Las afectaciones de éstos consistieron, entre otros, en la angustia que les produjo no conocer el paradero de la presunta víctima inmediatamente después de su detención; y en los sentimientos de impotencia e inseguridad por la negligencia de las autoridades estatales para hacer cesar la detención ilegal y arbitraria del señor Tibi; y el temor que sentían por la vida de la presunta víctima".

La Corte IDH determinó que el Estado de Ecuador violó el artículo 8 de la CADH, por no haberse respetado, a favor del Sr. Tibi, la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el derecho a la comunicación con su abogado, el derecho a la información previa de los cargos y respecto al derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo.

Sobre la razonabilidad del plazo, la Corte IDH señaló que:

"[L] a Corte considera que el alegato del Estado en el sentido de que las autoridades judiciales habían "actuado ágilmente aún a despecho de la complejidad y las características del asunto materia de la investigación y las posibilidades propias del Estado", no es suficiente para justificar el retardo en el proceso al cual estaba sometido el señor Daniel Tibi. Los casi nueve años transcurridos desde la aprehensión del señor Daniel Tibi pugnan con el principio de razonabilidad del plazo para resolver un proceso […]"

Sobre la presunción de inocencia, la Corte IDH estableció que:

"Se ha probado que el señor Tibi permaneció detenido desde el 27 de septiembre de 1995 hasta el 21 de enero de 1998 […]. Esta privación de libertad fue ilegal y arbitraria […]. No había elementos probatorios que permitieran inferir razonablemente que el señor Tibi estaba involucrado en el Operativo "Camarón". […] [L] a acción del Estado se fundó en una sola Declaración inculpatoria, que quedó desvirtuada posteriormente […]. Esto

demuestra que se trató de inculpar al señor Tibi sin indicios suficientes para ello, presumiendo que era culpable e infringiendo el principio de presunción inocencia".

Por último, la Corte IDH dictaminó la violación del artículo 21, referido al derecho a la propiedad, por la confiscación de los bienes del Sr. Tibi sin que se le hayan devuelto hasta la presente los mismos. La violación a la protección a la familia (art. 17 de la CADH) fue rechazado por la Corte IDH.

- Sentencia y cumplimiento

La Corte IDH estableció indemnizaciones pecuniarias por un monto total de 400.000 euros. Declaró que la Sentencia constituye per se una forma de reparación al Sr. Tibi. "El Estado debía, en un plazo razonable, investigar efectivamente los hechos del caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores de las violaciones cometidas en perjuicio del señor Daniel Tibi. El resultado de este proceso deberá ser públicamente divulgado".

"El Estado deberá publicar, al menos por una vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional en el Ecuador, tanto la Sección denominada Hechos Probados como los puntos resolutivos […] de la […] Sentencia. Igualmente, el Estado debía publicar lo anterior, traducido al francés, en un diario de amplia circulación en Francia, específicamente en la zona en la cual reside el señor Daniel Tibi".

“El Estado debe hacer pública una declaración escrita formal emitida por altas autoridades del Estado en la que reconozca su responsabilidad internacional por los hechos a que se refiere el presente caso y pida disculpas al señor Tibi y a las demás víctimas mencionadas en la presente Sentencia”.

“El Estado debe establecer un programa de formación y capacitación para el personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario, incluyendo al personal médico, psiquiátrico y psicológico, sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos en el tratamiento de reclusos. El diseño e implementación del programa de capacitación, deberá incluir la asignación de recursos específicos para conseguir sus fines y se realizará con la participación de la sociedad civil. Para estos efectos, el Estado deberá crear un comité interinstitucional con el fin de definir y ejecutar los programas de capacitación en derechos humanos y tratamiento de reclusos”.

En su resolución de cumplimiento de sentencia del caso Tibi, del 22 de septiembre de 2006, la Corte IDH determinó que el Estado de Ecuador sólo había cumplido la sentencia en cuanto a las publicaciones dentro del Ecuador.

Ante la imposibilidad del Estado ecuatoriano de ubicar los bienes incautados al Sr. Tibi, la Corte IDH estableció una compensación de 82.850 euros

En los ítems restantes de la sentencia, la Corte IDH determinó que se mantenía vigilante su cumplimiento.

6.3.2.- Caso Benavides Cevallos vs. Ecuador

El 21 de marzo de 1996 la Comisión presentó ante la Corte la demanda en este caso, en la cual invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y los artículos 26 y siguientes del Reglamento entonces vigente. La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte del Ecuador, de los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8(Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial), todos ellos en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención, en razón de que la señorita Consuelo Benavides Cevallos fue arrestada y detenida ilegal y arbitrariamente, torturada y asesinada por agentes del Estado. Fue mantenida clandestinamente, sin una orden, autorización o supervisión judicial. Los agentes del Estado implicados y las instituciones del Gobierno a las que estaban vinculados emprendieron una campaña sistemática para negar estos delitos y rechazar la responsabilidad del Estado.

A través de los esfuerzos de la familia Benavides y de la Comisión de Investigación Multipartidista designada por el Congreso Nacional, estos delitos salieron a la luz tres años después de los hechos, y el cuerpo de Consuelo Benavides fue ubicado e identificado. A pesar del hecho de que tanto los delitos como su encubrimiento fueron revelados de este modo, los autores

intelectuales y materiales responsables no han sido llevados ante la justicia, muchos detallesacerca de la suerte de Consuelo Benavides permanecen sin esclarecer, y lafamilia no ha recibido ni un reconocimiento de la responsabilidad estatal ni ninguna forma de reparación por los perjuicios que han sufrido.

Como resultado de una denuncia presentada el 22 de agosto de 1988, laComisión abrió el caso número 10.476 el 24 de octubre de 1989, fecha en la cualremitió la información pertinente al Ecuador.

El 21 de febrero de 1990 el Estado presentó su respuesta, en la cual informó ala Comisión de la existencia de un proceso judicial militar iniciado el 30 de octubre de1987 en el Tribunal Penal Militar de la Tercera Zona Naval, con el propósito de esclarecer la responsabilidad individual por los hechos denunciados. El Estado indicó que transmitiría la decisión de dicho tribunal a la Comisión una vez que fuese obtenida.

La Comisión celebró el 17 de septiembre de 1994 una audiencia en la que participaron los peticionarios y un representante del Estado.

Del 7 al 11 de noviembre de 1994, la Comisión realizó una visita in loco al Ecuador, durante la cual solicitó al Estado información sobre diversos asuntos, incluyendo el presente caso La búsqueda de una solución amistosa en el caso, iniciada el 23 de noviembre de 1994, no tuvo éxito.

El 4 y el 14 de diciembre de 1995 el Estado transmitió a la Comisión de documentos referentes al proceso interno, incluyendo dos sentencias enviadas en la última fecha citada, cuya confirmación definitiva se produjo el 5 de diciembre del mismo año y mediante las cuales se condenó a los responsables por la detención ilegal arbitraria de la señorita Benavides Cevallos. Al acusar recibo de los documentos citados, la Comisión comunicó al Ecuador que su presentación se había realizado fuera del plazo señalado para cumplir las recomendaciones del Informe 21/95 y que "si su intención era que la transmisión del 14 de diciembre de 1995 se constituyera en una solicitud de reconsideración del caso, esa intención debería hacerse explícita".

El 20 de diciembre de 1995 el Estado solicitó expresamente que la Comisión reconsiderara sus conclusiones en razón de los atestados judiciales presentados, los cuales, en su opinión, eran demostrativos "del interés de las autoridades ecuatorianas en esclarecer este caso".

Teniendo presentes las manifestaciones del Estado, de la Comisión y de los familiares de la víctima que comparecieron a las audiencias públicas, la Corte considera que debe aprobar en todos sus términos la propuesta de solución amistosa, por encontrarse ajustada al propósito de la Convención Americana.

El 12 de junio de 1998 el Estado informó a la Corte que, ese mismo día, había entregado un cheque por un millón de dólares de los Estados Unidos de América a los padres de la señorita Benavides Cevallos.

La Corte reconoce que el allanamiento efectuado por el Ecuador y sus esfuerzos por alcanzar y aplicar una solución amistosa, constituyen un aporte positivo al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte por unanimidad resuelve que es procedente el allanamiento del Estado del Ecuador a las pretensiones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, que ha cesado la controversia respecto de los hechos que dieron origen al presente caso; toma nota del reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado del Ecuador, y declara, conforme a los términos de dicho reconocimiento, que el Estado violó los derechos protegidos por los artículos 3,4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señorita Consuelo Benavides Cevallos; en cuanto a las reparaciones, aprueba el acuerdo entre el Estado del Ecuador y los familiares de la víctima respecto de la naturaleza y monto de las reparaciones.

Requiere al Estado del Ecuador que continúe las investigaciones para sancionar a todos los responsables de las violaciones de los derechos humanos que se ha hecho referencia en esta sentencia; sé reserva la facultad de supervisar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente sentencia.

6.3.3.- Caso Fybeca (Actualmente Caso González y otros)

Sucesos: En la mañana del 19 de noviembre del año 2003, se informó sobre un asalto en progreso a una sucursal de las farmacias Fybeca, ubicada al norte de Guayaquil, que según la policía había producido un enfrentamiento entre policías y delincuentes, que resultó en la muerte de ocho delincuentes y la detención de varias personas. Dentro de la escena del crimen se recolectaron como evidencia pistolas, ametralladoras y hasta incluso granadas de mano. El operativo fue liderado por el mayor Eduardo González.

Desapariciones: Una vez que se hubo conocido el producto del asalto, Dolores Briones explicó que su marido Guime Córdova -abatido durante la balacera- era un mensajero de la sucursal de farmacias Fybeca, mientras que Dolores Vélez, acusó a la policía de la muerte de su marido Carlos Andrade, quien según la versión de su mujer, había acudido a la farmacia a comprar pañales. El caso de Johnny Gómez Balda fue denunciado dos días después, cuando Diario El Universo publica una fotografía de quien según la versión de su mujer la señora Dolores Guerra, había sido detenido luego del asalto sin que se vuelva a saber sobre su paradero. También César Mata Valenzuela, Erwin Vivar Palma y Seidy Vélez fueron capturados, sin embargo solo esta última apareció en la Fiscalía para rendir su versión de los hechos, los demás fueron declarados posteriormente prófugos

Desarrollo: Posteriormente a los hechos se levantó una Corte Policial en contra de 20 policías sindicados en el caso, sin embargo los 20 policías fueron declarados inocentes por falta de pruebas. El proceso se inició el día 3 de diciembre del año 2003. El 27 de abril del año 2004 se cerró el proceso penal a pedido del fiscal Carlos Pérez Asencio.

Irregularidades: De entre algunos testigos que estuvieron en los alrededores de la farmacia Fybeca, hay algunos que desde la clandestinidad (lo que hace que estas versiones no sean fiables) han explicado que la muerte de los delincuentes se produjo luego de que haya terminado el tiroteo, que posteriormente los agentes de policía habían gritado "ya tranquilos, ya todo terminó" y luego se dispararon las armas de fuego en contra de los delincuentes. Existen ciertas versiones de que los delincuentes se habían rendido y se encontraban de rodillas en el piso rogando a los policías que no les maten, pero los agentes de policía sindicados les dispararon, por lo que tuvieron que eliminar posteriormente a los testigos.

Informe de la Policía Nacional: Posteriormente los representantes de la Policía Nacional reconocieron que hubo un mal procedimiento en el operativo realizado en el asalto, puesto que el inspector general de la policía Marcelo Vega Gutiérrez reconoció que en ningún momento hubo un enfrentamiento entre policías y asaltantes, por lo que responsabilizaron al jefe del operativo Eduardo González por los hechos. Sin embargo, no se explicó la actuación del ex policía judicial Érick Salinas, quien fue fotografiado por un reportero del Diario El

Universo realizando la detención de una persona que se encuentra desaparecida.

Dentro del informe que presentó la policía, se señala que la policía no racionalizó el uso progresivo de las armas de fuego basándose este informe en las autopsias que se realizaron a las personas que fueron abatidas ese día, sin embargo se niega la desaparición de una persona por cuanto la comisión no encontró una razón para que un empleado de una empresa privada (farmacias Fybeca) se encuentre en un lugar en el que debía cumplir sus funciones como trabajador. El informe menciona además que el jefe del operativo Eduardo González no pertenecía al Comando Provincial de Policía del Guayas y que se encontraba en Guayaquil realizando investigaciones de inteligencia que no se explicaron en el informe. Dentro del informe consta además que Eduardo González pidió apoyo de personal especializado a las 04h30 del día del suceso para iniciar una operación de investigación en la ciudadela Las Orquídeas de Guayaquil y que entre las 07h00 y las 07h10, se desvió la misión y se destinó a Fybeca. Según el mismo informe, el mayor Eduardo González es responsable de haber alterado y cambiado las placas originales del vehículo Nissan Pathfinder rojo, UBN-408, por las PTM-792, que en realidad pertenecen a otro automotor, un Vitara gris del año 98, que es el vehículo que fue fotografiado por un periodista del diario EL UNIVERSO en donde Salinas, conjuntamente con el agente de policía José Gaybor embarcaron a uno de los presuntos presos desaparecidos.

Denuncias: Posteriormente el hecho fue denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que acusó al Estado ecuatoriano de ejecuciones extrajudiciales, hecho que fuera negado por las autoridades ecuatorianas. Las mujeres de los desaparecidos, Dolores Briones, Dolores Guerra y Dolores Vélez -conocidas como el grupo de las dolores- realizan plantones cada año en conmemoración del caso Fybeca.

Reapertura: El 7 de septiembre de 2010, se ordenó la reapertura de las investigaciones del caso. Las investigaciones comenzarían próximamente.

El 23 de enero del 2014, en un operativo conjunto realizado por la Fiscalía General del Ecuador, la Policía Nacional, Defensoría Pública y cinco peritos de la Unidad de Criminalística contra la Vulneración de Derechos Fundamentales de Venezuela, expertos en inspección ocular técnica y trayectoria balística, contratados por el Estado Ecuatoriano, se realizó la reconstrucción de los hechos suscitados la mañana del 19 de noviembre del 2003, en presencia de los uniformados procesados, familiares de las víctimas, autoridades de las Fiscalías de Ecuador y Venezuela, GOE y Policía Judicial con el fin de recabar información que permita esclarecer los hechos acontecidos.

Renombran el caso Fybeca: El 11 de marzo de 2014, la Fiscalía General del Estado, mediante oficio Nº 02810, informó que se procedió a cambiar el nombre del caso Fybeca por el de Las Dolores, que hace referencia a la identidad común de las tres mujeres que denunciaron la desaparición y el asesinato sus esposos por parte de miembros policiales, por una petición de la

Corporación GPF, dueña de la farmacia donde ocurrieron los hechos el 19 de noviembre del 2003.

Finalización: El jueves 6 de noviembre de 2014 el caso terminó, dando 16 años de prisión a 5 procesados, 2 años de prisión a 5 encubridores, y 1 inocente. El juez Wilson Merino informó:

[Los asesinados] tienen disparos en la espalda. [El suceso fue] un asesinato reprimido que se lo sanciona en la Ley con entre 16 y 25 años de reclusión mayor.

Las tres Dolores recibieron indemnización y una disculpa por parte del estado. Al final, el caso volvería a cambiar de nombre, esta vez por "González y otros".

7.- DISCUSIÓN

7.1.- Sustentación de la problemática

Una de las características más destacadas del derecho de los derechos humanos en América Latina, sin duda, es el de la progresiva aplicación por los tribunales nacionales y en particular por los tribunales constitucionales, de los instrumentos internacionales de derechos humanos a los efectos de su protección en el orden interno.

Ello es consecuencia, por supuesto, del carácter meramente declarativo de las declaraciones constitucionales de derechos humanos, en las cuales, en definitiva, sólo se reconoce la existencia de los mismos, los cuales son considerados en las Constituciones y en los propios tratados internacionales como derechos inherentes a la persona humana.

Esta aplicación de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos en el ámbito interno de los países de América Latina, puede decirse que se ha desarrollado en las últimas décadas, a través de las siguientes cuatro técnicas: en primer lugar, mediante la progresiva incorporación en las Constituciones de las cláusulas abiertas de derechos humanos, sobre derechos inherentes a la persona humana; en segundo lugar, mediante la aplicación inmediata de las previsiones constitucionales sobre derechos humanos, sin necesidad de reglamentación legislativa, con base en lo regulado en

instrumentos internacionales; en tercer lugar, mediante la constitucionalización progresiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con la consecuente aplicación directa en el orden interno; y en cuarto lugar, mediante la inserción en las Constituciones de reglas de interpretación constitucional de los derechos, sea de acuerdo con lo establecido en tratados internacionales o con lo declarado en los instrumentos internacionales, o conforme al principio de la progresividad en la aplicación e interpretación de los derechos humanos, permitiendo la aplicación de las normas más favorables contenidas en tratados o convenciones internacionales.

7.2.- Verificación de objetivos

- Establecer la importancia de la aplicación de la Cláusula Abierta para garantizar los Derechos Humanos de los delitos de desaparición forzada de personas,

Este objetivo se logró verificar a través de la revisión conceptual con la bibliografía, la cual confirmó la importancia que tienen los Derechos Humanos de las personas, para el desarrollo de una comunidad.

- Determinar que no se encuentra tipificado el Delito de Desaparición forzada en el Código Penal Ecuatoriano por lo tampoco hay sanción determinada.

Este objetivo se evidenció a través de la revisión jurídica y normativa que se realizó, puesto que no se encuentra dentro del Código Penal ningún artículo que especifique el delito y la sanción.

- Realizar un Proyecto de Reforma al Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano en su Libro II, Título VI, Capítulo I: De los Delitos contra la Vida.

Este objetivo se verificó dentro de la presente tesis, a través de la presentación del Anteproyecto de Ley reformatorio al Código Penal, incluyendo el delito y su determinando su consiguiente sanción.

7.3.- Contrastación de hipótesis

- ¿Con la tipificación en el Código Penal del delito de desaparición forzosa, se estaría priorizando la garantía del principio de la Cláusula Abierta, de los derechos de víctimas, generando seguridad jurídica y creando responsabilidad Estatal?

De acuerdo a los datos obtenidos en la encuesta, los Abogados en libre ejercicio opinan que efectivamente se encuentra sin tipificar y determinar sanción al delito de desaparición forzosa, lo que está generando inseguridad jurídica en la comunidad y crea responsabilidad Estatal al estar vulnerando un compromiso adquirido a nivel internacional.

7.4.- Fundamentación jurídica para la reforma legal

Una desaparición forzada ocurre cuando una persona es detenida o secuestrada por el Estado o por agentes que actúan en su nombre, y luego se niega que la persona se encuentre detenida o se oculta su paradero, apartándola así de la protección de la ley.

La desaparición forzada constituye una violación de derechos humanos especialmente cruel, que afecta tanto a la persona desaparecida como a su familia y amistades.

Según el artículo 2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006), la desaparición forzada puede ser definida como el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sea obra de agentes del Estado o cometidas por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley .

La Convención considera que la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias

previstas por él. Además, este tratado internacional obliga a los Estados a criminalizar la desaparición forzada.

8.- CONCLUSIONES

- La desaparición forzosa de personas es un acto que se ha venido aplicando a lo largo de muchos años, debido a muchas causas entre las que resalta la política.

- Varias naciones en Latinoamérica en el paso de su vida hacia la democracia han sido testigos de este tipo de actos, siendo el número de personas desaparecidas elevado, sin que hasta la actualidad se pueda conocer con certeza en donde se encuentran.

- En el país se registran casos de desapariciones forzosas, algunos de los cuales han sido llevados a instancias internacionales para su sentencia, puesto que internamente no han encontrado a justicia, entre estos casos se puede nombrar los casos Benavides, Tibi y Fybeca.

- El Estado ecuatoriano ha suscrito varios Tratados y Convenios Internacionales, en los que se ha comprometido a incorporar las Desapariciones Forzosas dentro del grupo de delitos del Código Penal, sin que hasta la actualidad se haya realizado.

9.- RECOMENDACIONES

- Acatar lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, sobre la tipificación en el Código Penal.

- Actualizar los manuales de procedimientos institucionales contra el cometimiento de desapariciones forzosas y sus debidas investigaciones en el país.

9.1.- Propuesta de Reforma Jurídica

Por ello se plantea el siguiente anteproyecto de reforma:

LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

Exposición de Motivos

Una desaparición forzada ocurre cuando una persona es detenida o secuestrada por el Estado o por agentes que actúan en su nombre, y luego se niega que la persona se encuentre detenida o se oculta su paradero, apartándola así de la protección de la ley.

Es muy frecuente que las personas desaparecidas no sean jamás liberadas, y que su suerte nunca llegue a esclarecerse. Sus familias y amistades en muchos casos jamás llegan a saber qué les sucedió.

Sin embargo, esas personas no se desvanecen sin más. Alguien, en algún lugar, sabe qué fue de ellas. Alguien es responsable. La desaparición forzada es un delito según el derecho internacional, pero demasiado a menudo los responsables eluden la acción de la justicia.

Por lo que al no existir en la actualidad la tipificación correspondiente en el marco jurídico ecuatoriano sobre este delito y su sanción la

ASAMBLEA NACIONAL

Considerando

Que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia.

Que es deber del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Que, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 11 de la Carga Maga, los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Se Expide la siguiente LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL:

Art. 1.- Refórmese el Art. 84 dentro del Título IV de Infracciones en Particular, Capítulo Primero, Sección Primera Delitos contra la humanidad:

Art. 84.- Desaparición forzada: La o el agente del Estado o quien actúe **con o sinsu consentimiento**, que por cualquier medio, someta a privación de libertad a una persona, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero o destino de una persona, con lo cual se impida el ejercicio de garantías constitucionales o legales, será sancionada con pena privativa de libertad de **doce a dieciséis años en caso de que la víctima sea encontrada con vida; en caso de que la víctima sea encontrada sin vida, se sancionará al responsable o responsables a una pena de veintidós a veintiséis años**.

Art. 2.- Que derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente ley que se registre desde su publicación en Registro Oficial

Dado y firmado en la ciudad metropolitana de San Francisco de Quito, a los siete días del mes de mayo del dos mil catorce.

Gabriela Rivadeneira Burbano	Dra. Libia Rivas Ordóñez
Presidenta	Secretaria General

10.- BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en Vigor: 3 de enero de 1976.
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992. Art. 2
- Ibídem. Art. 4.
- Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas. 23 de diciembre de 2010.
- Constitución de la República del Ecuador, Art. 11, numeral 7. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 2012.
- Herrera, Yolanda. Personas desaparecidas en Ecuador. Equipo Legal INREDH - Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos Ecuador. En: inredh.org/index.php?option=com
- El Porvenir / Alberto Medina Espinosa. Urgen Tipificar leyes importantes. En: http://www.elporvenir.com.mx/notas.asp?nota_id=623923
- Los Desaparecidos. En: http://correlavozcomitan.com.mx/los-desaparecidos
- Maldonado, Julio César. "El Delito de la desaparición forzada de personas como mecanismo de protección de los Derechos Humanos". Universidad

de Carabobo. Anuario del Instituto de Derecho Comparado. No. 24. Venezuela, 2009

- Gordillo, Agustín; Flax, Gregorio; et.al. "Derechos Humanos". Fundación de Derecho Administrativo. Sexta edición. Buenos Aires, 2007.
- Gómez, Felipe. "El Derecho al desarrollo: entre la justicia y la solidaridad". Universidad de Deusto. Instituto de Derechos Humanos. Bilbao, 2003
- Greppi, Edoardo. "La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional". Revista Internacional de la Cruz Roja. 30 de septiembre de 1999. En: https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdnnf.htm
- Convención Europea de Derechos Humanos, en 1969 la Convención Americana de Derechos Humanos y en 1981 la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.
- Acuerdo o Carta de Londres de 8 de agosto de 1945
- Constitución de la República del Ecuador, 2008

ANEXOS

ANEXO 1

FORMATO DE ENCUESTA DIRIGIDA A LOS ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO

1.- ¿Conoce usted lo que es la Cláusula Abierta en Derechos Humanos?

SI …..

NO …..

2.- ¿Sabía que la Cláusula Abierta permite resguardar y proteger la universalidad de los Derechos Humanos?

SI …..

NO …..

3.- ¿Conoce usted lo que es la Desaparición Forzosa de personas?

SI …..

NO …..

4.- ¿Sabe usted si la Desaparición Forzosa de personas está tipificado como delito y sancionado como tal en el Código Penal del Ecuador?

SI …..

NO …..

5.- ¿Considera usted que la falta de tipificación y sanción de la Desaparición Forzosa crea inseguridad jurídica en la comunidad?

SI …..

NO …..

6.- ¿Considera usted que la falta de tipificación y sanción de la desaparición forzosa de personas vuelve irresponsable al Estado?

SI …..

NO …..

7.- ¿Apoyaría la realización de un Anteproyecto de Ley reformatorio al Código Penal para tipificar y sancionar la Desaparición Forzosa de personas?

SI …..

NO …..

ANEXO 2

FORMATO DE ENTREVISTA A JUECES DE GARANTÍAS PENALES

1.- ¿Considera que la Cláusula Abierta en materia de Derechos Humanos es realmente garante y protectora contra el cometimiento de la Desaparición Forzosa de personas?

……

……

……

……

……

2.- ¿En su opinión: La falta de tipificación y sanción del delito de Desaparición Forzosa crea inseguridad jurídica e irresponsabilidad por parte del Estado?

……

……

……

……

……

INDICE

CARATULA.....I

CERTIFICACIÓN II

AUTORÍA..... III

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS.....IV

AGRADECIMIENTO V

DEDICATORIA VI

TABLA DE CONTENIDOS vii

1.- TÍTULO..... 1

2.- RESUMEN 2

2.1. - ABSTRACT..... 4

3.- INTRODUCCIÓN..... 6

4.- REVISIÓN DE LITERATURA..... 10

4.1.- MARCO CONCEPTUAL..... 10

4.1.1.- Desaparición de persona 10

4.1.2.- Cláusula 10

4.1.3.- Tratado Internacional 11

4.1.4.- Cláusula Abierta 11

4.1.5.- Derechos Humanos..... 12

4.1.6.- Lesa Humanidad..... 13

4.1.7.- Genocidio 14

4.1.8.- Tortura 14

4.1.9.- Esclavitud 15

4.1.10.- Víctima 15

4.2.- MARCO DOCTRINARIO..... 17

4.2.1.- Las Desapariciones Forzosas en la historia de la humanidad 17

4.2.2.- Antecedentes, Historia y Evolución de los Derechos Humanos 20
4.2.3.- La Responsabilidad Estatal ante Delitos contra la vida y la integridad de las personas 29
4.2.4.- La Criminalidad de los Estados y la Victimología de las familias de personas desaparecidas forzosamente 38
4.3.- MARCO JURÍDICO 42
4.3.1.- Constitución de la República del Ecuador 42
4.3.2.- Convenio Internacional sobre desaparición forzosa de personas 44
4.3.3.- Declaración Universal de los Derechos Humanos 49
4.3.4.- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional 51
4.3.5.- Pacto de San José de Costa Rica 52
4.4.- LEGISLACIÓN COMPARADA 55
4.4.1.- En Colombia 55
4.4.2.- En Perú 56
5.- MATERIALES Y MÉTODOS 58
5.1.- Métodos 58
5.2. Procedimiento 58
5.3.- Técnicas 59
6.- RESULTADOS 60
6.1.- Resultados de la Encuesta realizada a los Abogados en Libre Ejercicio 60
6.2.- Resultados de las entrevistas 67
6.3- Estudio de Casos 69
6.3.1.- Caso Tibi vs. Ecuador 69
6.3.2.- Caso Benavides Cevallos vs. Ecuador 79
6.3.3.- Caso Fybeca (Actualmente Caso González y otros) 83

7.- DISCUSIÓN..... 88
7.1.- Sustentación de la problemática 88
7.2.- Verificación de objetivos..... 89
7.3.- Contrastación de hipótesis..... 90
7.4.- Fundamentación jurídica para la reforma legal..... 91
8.- CONCLUSIONES..... 93
9.- RECOMENDACIONES..... 94
9.1.- Propuesta de Reforma Jurídica..... 95
10.- BIBLIOGRAFÍA 98
11 ANEXOS 100
ANEXO 1 100
ANEXO 2 102
INDICE..... 103