



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas

TESIS FINAL

Previa a la obtención del grado académico de

MAGISTER EN DERECHO PROCESAL

EXCEPCIONES A LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Tutor:

Dr. CARLOS ESTARELLAS VELASQUEZ, M.SC.

Elaborado por:

Dr. Héctor Vanegas y Cortázar, M. Sc³

Guayaquil, Enero de 2015



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSTGRADO

Certificación

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el Dr. Héctor Gabriel Vanegas y Cortázar, M.Sc.³, como requerimiento parcial para la obtención del grado académico de Magister en Derecho Procesal

Guayaquil, Enero del 2015

Director de tesis

Dr. CARLOS ESTARELLAS VELASQUEZ, M.SC.

Revisores:

DR. EDUARDO FRANCO LOOR

DR. NICOLÁS RIVERA HERRERA M. SC.

Director del programa:

Dr. Santiago Velázquez Velázquez, Mgs.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSTGRADO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Héctor Gabriel Vanegas y Cortázar,

Declaro que:

La tesis “*EXCEPCIONES A LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL*”, previa a la obtención del Grado Académico de MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de mi declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del grado académico en mención.

Guayaquil, Enero del 2015

EL AUTOR

Héctor Gabriel Vanegas y Cortázar, M. Sc.³



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSTGRADO

AUTORIZACIÓN

Yo, Héctor Gabriel Vanegas y Cortázar,

Autorizo a la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución de la tesis de Maestría titulada “**EXCEPCIONES A LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL**”, cuyo contenido, ideas, criterios son de exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, Enero del 2015

EL AUTOR

Dr. Héctor Vanegas y Cortázar M. Sc.³

AGRADECIMIENTO

A mi esposa Dra. Anita Fernández Espinoza y a mis hijos por su constante apoyo a mi estudio académico que me ha permitido obtener nueve títulos universitarios y que ahora me permite culminar con éxito mi cuarta maestría.

INDICE GENERAL

CONTENIDO	PÁGINA
INTRODUCCIÓN	
<u>CAPÍTULO I</u>	
1.-EL PROBLEMA.....	6
1.1.-Planteamiento del problema de investigación.....	6
1.2.-Antecedentes investigativos.....	7
1.3.- Descripción del objeto de investigación (factores intermedios).....	9
1.4.- Consecuencias (factores inmediatos).....	11
1.5.- Formulación del problema, variables e indicadores del problema.....	12
1.6.- Objetivos.....	13
1.6.1.-Generales	13
1.6.2.-Especificos	14
1.7.-Justificación	14
1.8.- Delimitación del Problema.....	15
1.8.1.-Campo.....	15
1.8.2.-Area.....	15
1.8.3.-Aspecto.....	15
1.8.4.-Tema.....	15
1.8.5.-Problema.....	15
1.9.-Delimitación Espacial.....	15
1.9.1.-Delimitación Temporal.....	15
<u>CAPÍTULO II</u>	
MARCO TEÓRICO.....	16
2.1.-FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICA.....	16

2.2.- CONSTITUCIÓN DEL AÑO 2008.....	17
DELITOS IMPRESCRIPTIBLES	
A.- GENOCIDIO.....	21
B.- DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.....	37
C.- TORTURA.....	48
E.- DELITOS DE LESA HUMANIDAD.....	59
F.- CRÍMENES DE GUERRA.....	66
G.- CRIMEN DE AGRESIÓN.....	77
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	
1.- PECULADO.....	82
2.- CONCUSIÓN.....	93
3.-COHECHO.....	95
4.- ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.....	108
5.- LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA Y CÓMO SE EJERCE.....	113
6.- PRESCRIPCIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.....	117
<u>CAPÍTULO III</u>	
<u>METODOLOGÍA</u>	
MODALIDAD DE LA INVESTIGACION.....	130
POBLACION Y MUESTRA.....	130
INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS.....	130
PROCEDIMIENTO D ELA INVESTIGACION.....	131
<u>CAPÍTULO IV</u>	
<u>ANÁLISIS DE RESULTADOS</u>	
1.- BASE DE DATOS.....	132
2.- ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	132
3.- RESPUESTAS A LA PREGUNTAS DE INVESTIGACION.....	134

4.- VERIFICACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	137
---------------------------------------	-----

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1.- CONCLUSIONES.....	139
-----------------------	-----

2.- RECOMENDACIONES.....	140
--------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	142
--------------------------	------------

DEDICATORIA

A Danilo Fernando Vanegas y Cortázar, hermano, compañero y amigo, escribo y dedico esta obra para honrar la grandeza de su corazón; la bondad de su alma, la sencillez de su sonrisa, la humildad y la gloria de lo que fue su vida, a quien Dios llamó incomprensiblemente primero, pero que vive con intensidad en mi corazón de donde jamás podrá borrar su recuerdo. Estas páginas son un tributo a su memoria; por ello, espero que los colegas, docentes y los estudiantes illustren su inteligencia y se motiven al leerlo, a la investigación profunda de la ciencia del Derecho .

El Autor

Tema:

“Excepciones a la prescripción de la acción penal”.

INTRODUCCIÓN

Es indiscutible que en los últimos años hemos sido testigos de un escenario que ha cambiado la estructura jurídica en la evolución de los derechos humanos y que ha permitido su desarrollo jurídico e histórico con importantes aportes que, tanto a nivel nacional como internacional van tomando de manera progresiva una serie de medidas encaminadas para lograr además de la promoción y la protección, la efectiva enseñanza y consolidación de la garantía de los derechos del ser humano en aras a buscar políticas que permitan establecer a los estados declaratorias de respeto y de acción a la dignidad de la persona humana.

Para la humanidad todavía está presente el horror que significó los hallazgos de crímenes en campos de concentración de la Alemania nazi identificados como holocausto durante la segunda guerra mundial. A fin de evitar que estos crímenes queden en la impunidad se establecieron los tribunales de Nuremberg y de Tokyo. En 1948 se logró la Declaración Universal de los Derechos Humanos como parte de un marco estructural de la organización de las Naciones Unidas para perseguir en cualquier lugar y en cualquier tiempo a los autores de los crímenes de lesa humanidad.

Es evidente que desde ese momento el respeto al ser humano y a los derechos que como persona tiene, han significado en la jurisprudencia internacional, una serie de avances que establecen, que de la parte declaratoria de los convenios y los tratados internacionales deben ir también además del inclusión vinculante con normas en sus legislaciones lo que significó que los suscriptores de estos tratados debían tener el compromiso y la obligación de acatar, respetar y hacer cumplir e implementar en sus naciones la persecución de crímenes señalados en las normas internacionales para que no puedan quedar en la impunidad ni escudarse en la prescripción de la acción penal .

El camino no ha sido fácil sobre todo porque los grupos de poder de cada estado han pretendió proteger a quienes han cometido delitos con la justificación de que era necesario para exterminar por ejemplo las guerrillas o los grupos subversivos, al hacerlo no han escatimado ni esfuerzos ni violaciones a derechos fundamentales , en muchos casos incluso han simulado con juicios iniciados en contra de los autores de estos crímenes la legitimidad del accionar de los agresores al lograr sentencias absolutorias en amparo a la aplicación de la legítima defensa y el cumplimiento del deber .

La reformas por lo tanto han ido introduciéndose en forma lenta , pero mientras nuestros países vecinos daban avances significativos nosotros continuábamos con instituciones retrogradadas como por ejemplo el escudo que tenían los policías y los militares con la aplicación de una legislación penal propia bajo la excusa de la especialidad que se aplicó hasta el año 2008 , en que entró en plena vigencia la actual constitución y que estos poderes mantuvieron en suspenso v por el espacio de diez años desde que se promulgó la constitución de 1998 que mandaba a suprimir los referidos tribunales penales militares y policiales.

Esto ha dejado gran impacto sobre todo porque ha roto conceptos de estatismo y de protección en el orden jurídico, como el de la preclusión que impide que pasado un tiempo puedan impulsarse nuevos procesos judiciales por que ha operado la prescripción de la acción.

Además, por la conmoción social que ha provocado al iniciarse juicios por crímenes ocurridos varias décadas atrás, en los cuales sus autores pensaron que jamás serían procesados por todo el tiempo transcurrido que obviamente en algunos casos con la queja de que se lo hace por motivos políticos y respaldados en los principios en los que los derechos de la legalidad y de la seguridad jurídica no pueden verse afectados por la retroactividad del ejercicio de la acción penal en ciertos casos puntuales.

Para conseguirlo, se ha logrado respetar la tesis inicial de que todas las declaraciones de los derechos humanos y todos los convenios y tratados que se dictaron después de ella para implementarlos, no solo tenían una eficacia indicativa, es decir, inculcaban a través de conceptos morales y políticos un proceder de aplicación en todos los países suscriptores y se ha vencido la resistencia que suponía que además de la fuerza vinculante no se hacía efectivo en las justas aspiraciones de este derecho de gentes promulgado por las naciones unidas.

Para lograr su correcta implementación se ha logrado en estos años la promulgación de diferentes acuerdos y pactos, y evidentemente el más importantes es la declaración regional que viene de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que lleva la identificación más común como el pacto de San José suscrita el 22 de noviembre del año 1969, y ratificado por nuestro país el día 12 de Agosto de 1977, y por lo tanto de plena vigencia.

Aquello está respaldado para su correcta ejecución de dos protocolos básicos; uno, el de San Salvador, relativo a los derechos económicos, sociales y culturales; y , el otro relativo a la abolición de la pena de muerte, ambos con el objetivo común de tutelar la defensa de los derechos humanos.

Estos documentos han permitido la celebración de varios convenios sobre temas puntuales como la tortura , la prevención, la sanción, la radicación de la violencia contra la mujer y la eliminación de la discriminación contra las personas con discapacidad , igualdad de la mujer y del varón, las desapariciones forzadas , además existe: la convención contra la tortura y su protocolo facultativo, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía , la convención sobre los derechos del niño y sus dos protocolos facultativos relativos a la participación de niños en combates armados y a la venta de niños, la convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer y su protocolo facultativo, la convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares , los tratados sobre los derechos humanos que se refieren a crímenes internacionales, como la convención contra el genocidio o la convención sobre la imprescriptibilidad en los crímenes de

guerra y de los crímenes de lesa humanidad , la convención internacional sobre la eliminación sobre todas las formas de discriminación racial.

La acción penal bajo el sistema que nosotros aprendimos en el derecho procesal penal (artículo 101 del Código Penal vigente hasta Agosto del 2014 en nuestra República), indica que toda la acción debe tener un límite, porque si no sería infinita e ilimitada y aquello va contra principios procesales y contravendría también derechos constitucionales sobre todo lo que entendemos hoy como el debido proceso y las garantías que los ciudadanos tienen sobre la correcta persecución de un delito .

Ahora, bajo el esquema de protección de derechos humanos amparados en la doctrina internacional, este principio que ya hace más de setenta años, desde que ocurrieron los juicios de Nuremberg es una realidad que avanza protegida por la corriente neo constitucionalista que sopla con vientos de cambio en todo el mundo y los países escritos a la convención interamericana de derechos humanos han señalado que no puede dejar de ser perseguido penalmente la persona que cometa ciertos delitos penales y por lo tanto no cabe prescripción alguna sobre los mismos . Esto es algo totalmente novedoso para las personas graduadas en leyes tanto de mi generación , como las anteriores y las recientes , los cuales crecimos y aprendimos el concepto de que la toda acción penal prescribe pasado cierto tiempo aplicando las reglas normativas del código penal.

Debido a eso en el Ecuador todas las reglas, tesis y doctrina que existían sobre la prescriptibilidad han quedado revocadas sobre todo con la vigencia de la Constitución de 1998 y del 2008 y la implementación del nuevo Código Orgánico Integral Penal que nos obliga a trazar una nueva ruta para entender y también para criticar estas reforma , ya que rompe el esquema de imprescriptibilidad bajo el concepto de evitar la impunidad de los delitos cometidos cuando lesionan vidas humanas a través de determinados tipos penales.

Por primera vez la Constitución del año 1998 introduce esta novedad bajo dos vertientes: uno, los delitos que afectan la administración pública; y dos, los delitos de lesa humanidad. Para que estos delitos no puedan en ningún momento prescribir y para que además sus autores puedan ser perseguirlos y juzgados aun en ausencia. Es evidente que esa nueva política afecta varios principios constitucionales como la inmediación que debe tener todo procesado con el juicio, la presunción de inocencia que debe gozar el procesado hasta que se dicte una sentencia por tribunal de garantías penales estando el presente y pudiendo defenderse y sobre todo que no garantiza una defensa eficaz, porque si el procesado no comparece al juicio y no argumenta su defensa y se lo hace a través de un defensor de oficio evidentemente esa defensa será ineficaz y las consecuencias significaran una sentencia que bajo el esquema que plantea la constitución del 1998 y ratificada en el 2008 les seria adversa y permitiría una cacería para ubicar en cualquier parte del mundo a los prófugos sentenciados a quienes paradójicamente no se les ha permitido defenderse plenamente y a mi juicio contraviene el debido proceso como garantía primaria de toda persona que es sometida a un juicio

penal , sumado al hecho que la referidas normas además establecen penas que también son imprescriptibles.

Es importante señalar que en esas dos vertientes hay sin embargo dos vías diferentes para perseguir y aplicar la acción penal, ya que si es cierto que todos los delitos señalados son imprescriptibles, también es verdad que esta imprescriptibilidad se ejecuta de forma distinta para cada una de las clases de delitos referidos.

En el caso de los delitos contra la administración pública que hemos señalado esta imprescriptibilidad correrá a partir de la vigencia de la constitución de 1998 y por lo tanto es imposible perseguir delitos que en esta materia han cometido funcionarios antes de la vigencia de la constitución referida y tampoco puede modificar sentencias ya dictadas, por lo que la norma se aplicara solo desde ese momento hacia adelante. Lo que significa por ejemplo que juicios como los iniciados contra el Presidente Abdalá Bucaram en 1997 pueden prescribir en base las reglas de la prescripción del artículo 101 del Código Penal vigente , es decir a los veinte años de iniciado el proceso mediante el auto cabeza de proceso (ahora conocido como Instrucción Fiscal o Audiencia de formulación de cargos) .

Sin embargo, en los otros delitos identificados como imprescriptibles y que son los de lesa humanidad se aplica en forma retroactiva la aplicación de la normativa , en razón de que habiendo el Ecuador firmado los pactos y convenios internacionales de derechos humanos ha aceptado y reconocido el principio de la no prescripción de delitos en esta materia.

Es necesario señalar que el año 2008 abarcó delitos distintos a los que se establecieron en la Constitución del 1998:

*“Art. 23 Núm. 2 Inc. 3.-Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad”.*¹

El año 2008 la Constitución los modificó por estos delitos:

*“Art. 80: Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. El hecho de que una de estas infracciones haya sido cometida por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior que la ordenó ni al subordinado que la ejecutó.”*²

¹ Constitución Política del Ecuador, 1998

² Constitución Política del Ecuador, 2008

Estos son los que en la actualidad están vigentes, y en virtud de esta legislación se ha permitido que en los últimos tiempos, comiencen a iniciarse varios procesos de manera retroactiva por supuestos crímenes ocurridos en la década de los setenta, ochenta y los noventa del siglo pasado. ¿es esto legal?, ¿es esto posible?, frente a estas interrogantes han surgido voces de protesta alegando que estas acciones ya fueron juzgadas y ya están prescritas, frente a esa barrera surgen entonces los argumentos que señalan que cuando se trata de un delito de lesa humanidad no vale ni sentencia anterior ni prescripción.

Este trabajo tiene como finalidad analizar todas estas corrientes y señalar los pro y los contra de estas tesis, además de establecer nuestro punto de vista de lo que consideramos debe ser aplicable en la legislación procesal Ecuatoriana de cara a este nuevo siglo y sobre todo con una advertencia de respeto a los procedimientos que no pueden ser considerados sin afectar derechos preexistentes como establece nuestro ordenamiento jurídico.

En el primer capítulo, se hace referencia a El Problema, en la que se describen las dificultades, controversias de normas y vacíos legales que se encuentran en nuestra legislación para aceptar la imprescriptibilidad en ciertas acciones penales por delitos de lesa humanidad y contra la administración pública.

En el segundo capítulo, en el Marco Teórico analizaremos la procedencia de la acción penal en delitos imprescriptibles definiremos ¿qué es acción penal?, ¿cuáles son sus características?, con una visión histórica enfocada en nuestra legislación penal, además de un análisis de lo que será la acción penal según el nuevo código orgánico integral penal, además analizaremos lo referente a la prescripción como regla general, ¿cuándo una norma prescribe? ¿Por qué prescribe?, igualmente haremos el enfoque en nuestra legislación actual y el nuevo código orgánico integral penal. Y finalmente trataremos acerca de la imprescriptibilidad, ¿qué es?, ¿qué delitos son imprescriptibles?, se hará un análisis comparando sentencias internacionales y reglamentos de cortes internacionales, se tratará la imprescriptibilidad según el reglamento de la ONU y otros reglamentos internacionales que la menciona.

El tercer capítulo, analizaremos la Metodología que hemos utilizado en esta investigación, determinando la modalidad, la población en muestra, los instrumentos de recolección de datos, los procedimientos de investigación.

En el cuarto capítulo analizaremos el Análisis de Resultados.

En el quinto capítulo analizaremos las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema de investigación

La decisión legislativa de que un determinado tipo penal no prescriba es algo novedoso y hasta alarmante, porque bajo el esquema en que hemos aprendido mientras estudiábamos derecho y hemos enseñado esta materia en las aulas, el concepto que hemos defendido es que el ejercicio de toda acción penal prescribe por el transcurso de determinado tiempo. Sin embargo la primera excepción a esta prescripción a la acción penal, históricamente se la pudo apreciar durante los juicios de Nuremberg y de Tokio, no porque los delitos habían prescrito sino porque tipificaron conductas para perseguir las infracciones penales, que sirvieron de base para afirmar que estos nuevos tipos penales eran imprescriptibles.

Aquello mereció un sin número de críticas , pero nuestro país fue siempre ajeno a las reformas procesales y al derecho de gentes que se aplicaba con fuerza en otros países, que las introdujeron en sus normativas nacionales para hacer viables estos principios y que defendieron y aplicaron estas tesis muchos años antes que nosotros.

La argumentación de que personas fueran juzgadas muchos años después de haber cometido ciertos tipos de delitos por cualquier tribunal competente, sin que exista una excusa por haber transcurrido cierto espacio de tiempo, el que no podía ser una excepción frente al daño cometido cuando se había realizado crímenes de lesa humanidad, fue calando con fuerza en la doctrina penal internacional, en donde pesa más la posibilidad de sancionar que la de evitar hacerlo por haber transcurrido un tiempo determinado .

La realidad de la excepción a la prescripción de la acción penal surge, como hemos explicado, de la idea de que una persona no puede quedar impune después de haber cometido ciertos tipos penales, porque si no fuera de ese modo se vería injusto que alguien no sea juzgado por una determinada acción típicamente antijurídica por el solo hecho de que ya han pasado algunos años o décadas desde que la cometió, bajo este concepto nace la excepción a la prescripción, con el fin de evitar la impunidad de personas que cometen determinados tipos penales.

A su vez, mientras esta corriente evolucionaba en el mundo, nuestro país la fue aceptando y tomó la decisión de que los cuerpos jurídicos vigentes eran obsoletos y que debían actualizarse a la realidad mundial de protección de los derechos del hombre , con el fin de permitir una aplicación correcta a esta nueva regla. En el Ecuador ha tomado fuerza primero con la Constitución del 1998 y luego con la del 2008 , para culminar finalmente con la aprobación del Código Orgánico Integral Penal que tipifica los delitos descritos en la Constitución vigente como imprescriptibles y que permite perseguir a sus autores con una norma escrita, aún cuando aquellos delitos no existían en los normativas penales de la época, con la aspiración de garantizar más derechos a sus ciudadanos e intentar vivir socialmente en paz.

En la Constitución de 1998 del Ecuador por primera vez en su historia se incluye una lista de delitos que no podían prescribir, algunos de los cuales que se ratificaron en la Constitución del 2008 y se incluyeron otros, además se estableció que a sus autores se los puede perseguir aún en su ausencia.

Aquí radica el problema, ya que hay derechos constitucionales que van en contra de la imprescriptibilidad de la acción penal, porque esto afecta la seguridad jurídica, sumado al hecho que pone en duda la inmediación que debe tener el procesado con el juicio y la presunción de inocencia ; pero frente a ello en cambio, hay derechos que protegen la vida y su integridad , y en este choque debe haber una correcta ponderación para que impere un valor superior que siempre será la vida, la que debe ser protegida, y sus agresores deben ser perseguidos sin excusa ni de tiempo ni de lugar, para juzgarlos e imponerles la pena correspondiente, aún cuando la vida afectada sea la de un avezado criminal o terrorista, nada puede justificar que este individuo sea ajusticiado en forma sumaria o desaparecido sin ser sometido a un juicio que establezca su responsabilidad de lo que se le acusa.

1.2.- Antecedentes investigativos

En relación al tema que se pretende tratar, acerca de la excepción a la prescripción de la acción penal, con el objeto de analizar la protección de los derechos humanos y la no inimputabilidad de los actores de ciertas conductas que bajo ciertas circunstancias se creían exonerados por haber transcurrido cierto tiempo en razón de las viejas normas procesales que estaban vigentes, para lo cual debemos recurrir a las siguientes fuentes:

- La doctrina penal internacional, en la que se recurre a prestigiosos tratadistas que han escrito sobre la materia teniendo como base que la noción del “crimen contra la humanidad” se remonta a la cláusula del comportamiento propuesta por el profesor y humanista Fiódor Fiódorovich Martens, delegado de Rusia en la conferencia de paz de la

Haya de 1899 el cual es autor de "...la cláusula llamada luego "Martens" en efecto ella apareció por vez primera en el preámbulo del (II) convenio de la Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. La misma establece lo siguiente: mientras que se forma un código más completo de las leyes de la guerra, las altas partes contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho de gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.." ³

- Los fallos de Corte Interamericana de Derechos Humano, de la corte internacional penal, de las cortes de las repúblicas americanas especialmente la Argentina entre otros **CAMPS, Ramón Juan Alberto y otros**, sobre obediencia debida y revocatoria de amnistía; **Joffre, Julio**, delitos de lesa humanidad, prescripción y extinción de la acción penal; **Hagelin Ragnar**, administración de justicia; escuela de mecánica de la armada, convención contra la tortura, ley penal más benigna; **López Fadel Rafael Félix**, ley de modificación del código de justicia militar, ley de punto final y secuestro extorsivo "Priebke Erich", **extradición, delito de genocidio, Ius con Gens e imprescriptibilidad; Suarez Mason Carlos Guillermo**, derecho a la verdad, desaparición forzada de personas y cosa juzgada , que permiten ser una guía y una referencia de cómo tratar este tipos de delitos a través de jurisprudencia con fallos análogos . Señalando que en el Ecuador recién se van a generar fallos sobre esta materia por los delitos que está conociendo la Fiscalía General y la Corte Nacional de la República.
- Los convenios, tratados, reglamentos y normativas en materia de derechos humanos cada una con su propio reglamento que los países adscritos se obligan a seguirlos como la Carta de las Naciones Unidas, Carta de la Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos o Carta de San José de Costa Rica, Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, entre otros, así como también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos el fin último de todas estas organizaciones es que se tutelen correctamente los derechos humanos y que no vuelva a suceder situaciones como las de las guerras mundiales.

³ MARTOLO , Rodolfo " La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad " en G:LESA

A diferencia de años anteriores, en este momento el Ecuador tiene una Constitución garantista de derechos, que protege al ser humano y que exige de todas las autoridades el respeto a las garantías existentes y el respeto al debido proceso, es decir, que no necesita ninguna ley para complementar los mandatos constitucionales, incluso los jueces tienen facultades de ir desarrollando las garantías de los derechos en sus fallos, teniendo como prioridad buscar la verdad de los hechos que deben ser conocidos por las víctimas a quienes no les puede ocultar ninguna información .

Por lo cual en este trabajo investigaremos, utilizando todas las fuentes referidas tanto internacionales como nacionales , hasta qué punto es correcto ponderar ciertos derechos, para beneficiar otros fundamentales como la vida, además de establecer en qué momento y por qué circunstancias es correcto aplicar la excepción a la prescripción de la acción penal.

1.3.-Descripción del objeto de investigación (factores intermedios)

“El Código Penal” (CP) vigente mientras escribimos esta tesis será derogado por el Código Orgánico Integral Penal (COIP) y sus normas son la base sobre la cual se desarrollara nuestra investigación, además de los correspondientes mandatos de la norma constitucional.

La imprescriptibilidad es algo relativamente nuevo en el ordenamiento jurídico de nuestro país. La primera vez que apareció fue en la Constitución Política de 1998, sin embargo siempre se aplicó para los delitos cometidos desde la vigencia de esta constitución hacia adelante y de manera especial en los diferentes tipos de peculado en los que estos años se ha perseguido especialmente a banqueros, funcionarios públicos y principalmente ex presidentes de la República y se los ha juzgado y sentenciado hace unos meses atrás incluso en ausencia , como el caso del Dr. Jamil Mahuad condenado por el feriado bancario durante su gobierno .

En cuanto a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad con la posibilidad de perseguir los delitos cometidos antes del 2008 recién este año se han iniciado en la Corte Nacional varios juicios en forma retroactiva que siendo los principales implicados Comandantes de la policía o del ejército por su fuero están arrastrando a los demás procesados a ser juzgados en la Corte Nacional.

Es verdad que en tratados internacionales descritos anteriormente ya existía hace algunas décadas atrás la imprescriptibilidad en cierta clase de delitos, como una clara protección de los derechos humanos para evitar la impunidad de los delitos cometidos, y por ello se ha ido incorporando en los distintos ordenamientos jurídicos de los países suscriptores, siendo nuestro país el que más se ha demorado en la región en incorporar estas corrientes humanistas a nivel internacional.

Uno de los puntos que entran en discusión es ¿qué pasa con aquellas infracciones que habiendo sido ya juzgadas y ya se han resuelto los juicios con sentencia absolutorias? , ¿Deberán ser sometidos a la nueva normativa? O ¿estas sentencias ejecutoriadas deberán prevalecer? Y por lo tanto bajo el principio “non bis in ídem” (No dos veces por lo mismo), no podrían nuevamente ser juzgadas las personas exoneradas de responsabilidad penal o al ser distinto el tipo penal por el que fueron perseguidos cabe un nuevo juicio.

Este choque de dos principios constitucionales y de dos normas diferentes se va solucionando de una manera interpretativa, a fin de poder establecer, hasta qué punto un juicio que trato de un tema diferente y analizo una conducta delictual de manera correcta y hasta qué punto los jueces o los fiscales que intervinieron en ella cumplieron con el deber punitivo de perseguir y de lograr una sanción a conductas que son lesivas a los derechos humanos y hasta qué punto pueden iniciarse nuevos juicios por una nueva normativa penal con un tipo penal diferente al que fueron sometidos los funcionarios absueltos.

Para explicarlos mejor; es evidente que en el Ecuador ha habido una corriente de protección y de impunidad, que para conseguir el objetivo, se ha valido de informes o de jueces que han dictado sentencia que han exonerado de responsabilidad, bajo la tesis de que cuando se actuó se lo hizo en cumplimiento del deber o en desempeño de una función que les permitía obrar violando garantías constitucionales, mucha veces además se simulaban que actos ilegítimos como actos legítimos, para explicarnos mejor: cuando en un operativo policial en vez de detener a una persona contra quien pesaba una orden de prisión se ejecutaba al delincuente , simulaban que ese delincuente había tratado de evitar la captura y había disparado contra las personas que lo iban a aprender o cuando aprehendiendo al delincuente la policía en vez de llevarlo a las dependencia policiales lo torturaba o lo desaparecía simulando que jamás había sido detenido .

De esta forma quedaban terminados dos problemas:

1. la posibilidad de que quien mata siendo policía o militar o siendo una autoridad que dio la orden de terminar con un delincuente contumaz o a algún terrorista que no se había defendido y que no había repelido la detención no pueda ser perseguido simulando que en cambio esta persona se había defendido y que por lo tanto se había obrado en cumplimiento del deber repeliendo el ataque conforme a lo que dispone el artículo 18 Código Penal vigente o en legítima defensa articulo 19 ibídem

2. se eliminaba la posibilidad de que vuelva a ser juzgado por que ya había sido perseguido y sometido a un juicio penal policial o militar y se había dictado una sentencia que justificaba su accionar e indicaba que era legítima su actuación en el crimen cometido.

Bajo la nueva corriente esta regla queda anulada y se vuelve indispensable que ciertos juicios que ya están sancionados y que por lo tanto por principios ya no podrían ser nuevamente revisados sean nuevamente juzgados porque es evidente que ha habido violaciones para hacerlo se valen de nuevas normativas que tipifican delitos que no existían cuando se obró delictuosamente con el ánimo de proteger conductas delictuales les han dado un manto de impunidad para evitar persecuciones futuras.

Por esta razón en el Ecuador se ha instalado una serie de procesos que generan la reacción de ciertas personas que habiendo sido ya juzgada su conducta reclaman por el inicio de un nuevo proceso.

1.4 Consecuencias (factores inmediatos)

Si la Constitución del año 1998 mantenía una tesis de supremacía de esta ley primaria sobre la legislación existente, era evidente que el Código Penal, que rige hasta hoy. Pese a las reformas que han dado paso al nuevo Código Orgánico Integral Penal, pero que se aplicarán en Agosto del año 2014 tenían que adecuarse los principios de la imprescriptibilidad. Y tenían que abolirse el Código Penal Policial y el Código Penal Militar, que contravenían la persecución de delitos considerados como imprescriptibles amparados en la especialidad de función que permitía que estos delitos sean juzgados y sancionados por personal especializado en las mismas fuerzas armadas y policiales. Muchas veces por jueces y fiscales subordinados a su rango a los investigados a quien tenían que investigar pero lo que sospechosamente concluían con sentencias absolutorias por los delitos que se procesaban. A pesar de la vigencia de la Constitución de 1998, fue en la Constitución del 2008 en donde muchas de las instituciones que se crearon pudieron terminar con este nudo que significaba tener una justicia penal paralela y que como indico siguió conociendo los delitos penales militares cometidos desde el año 1998 hasta el año 2008, lo cual en un Estado de Derecho era injustificable e impensable.

Pero frente a este problema, subsistía en el Ecuador la dificultad de poder perseguir los primeros delitos conocidos como de lesa humanidad enunciados el año 1998, porque por un descuido no fueron tipificados oportunamente en la legislación penal y por lo tanto no pudieron ser perseguidos, en forma aislada se introdujeron reformas que trataron el genocidio y el etnocidio, pero que en cambio dejaron de lado la comisión de los otros delitos que al entrar en vigencia la Constitución del 2008 y al no considerarlos, ya no podían ni pueden ser perseguidos porque no fueron tipificados.

Frente a esta realidad la Asamblea Nacional con decisión ha resuelto promulgar un nuevo código penal al cual le ha dado la calidad de orgánico es decir con mayor fuerza de aplicabilidad y en el cual ahora si ha tipificado cada delito descrito como imprescriptible en la Constitución del año 2008, lo que va a permitir la persecución de estos tipos delictuales desde el momento en que el código entre en vigencia, mientras

tanto la fiscalía general mantendrá en estado de indagación previa todas las causas que por los delitos no descritos no puede perseguir todavía.

A partir de estas reformas se cumple con la premisa de que todas las normas que rigen en el Ecuador tienen que estar subordinadas a la Constitución y a las Convenciones internacionales. Desde que en el año 1998 se promulgaron reformas tendientes a conseguir que los siguientes delitos sean imprescriptibles “*Art. 23 Núm. 2 Inc. 3: ...Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad*”⁴

Luego reformado en el 2008 por estos delitos: “*Art. 80: Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. El hecho de que una de estas infracciones haya sido cometida por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior que la ordenó ni al subordinado que la ejecutó.*” (Constitución de la República del Ecuador , 2008)

Todo esto dio vida en nuestra República a una corriente para perseguir aquellas infracciones que de alguna forma había lesionado los derechos de las personas considerados como irrenunciables, por ello la normativa vigente hasta ese momento que además continuo rigiendo en las reformas que la Constitución del Ecuador en el 2008, en el sentido de que ciertos delitos no podrían prescribir; exigía un urgente cambio normativo, razón por la cual el nuevo Código Orgánico Integral Penal recoge este mandato constitucional indicando en el *Art. 75 inc. 3: “...No prescriben las penas determinadas en las infracciones de agresión, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un estado, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y daños ambientales.”*⁵

Este código establece la disposición de que en ciertos tipos delictuales, continuando con la regla constitucional, no opere la prescripción para garantizar que no existe impunidad en una infracción cometida por parte de personas o de funcionarios del estado.

1.5 Formulación del problema, variables e indicadores del problema.

Problema:

¿Hasta qué punto procede iniciar un juicio penal en forma retroactiva en delitos tipificados como tales recién en el año 2014?

⁴ Constitución Política del Ecuador, 1998

⁵ Constitución Política del Ecuador, 2008

VARIABLE ÚNICA:

Hasta qué punto procede el inicio de un juicio penal en forma retroactiva para juzgar delitos imprescriptibles de lesa humanidad tipificados a partir de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal.

INDICADORES:

La aplicación de las normas jurídicas que contienen el jus punendi es una facultad propia de los estados ejercida a través de la Función Judicial que recepta los impulsos de la acción penal de la Fiscalía General.

Ante los Jueces las partes procesales deberán probar la existencia material de la infracción y la responsabilidad o no de los procesados.

El ejercicio retroactivo de la acción penal para delitos imprescriptibles compete de manera exclusiva a la Fiscalía.

Le toca a los jueces determinar su procedencia y validez cuidando no incurrir el non bis in ibidem .

Preguntas Complementarias:

- 1.¿En qué circunstancia puede una persona oponerse al inicio de un nuevo juicio en la aplicación de los nuevos tipos penales si ya fue juzgada y absuelta por tribunales con la legislación penal existentes en el momento en que se cometió el delito?
- 2.¿En qué medida la sentencia condenatoria con la legislación penal existente impide el inicio de un nuevo juicio con los tipos penales creados?
- 3.¿De que forma puede perseguirse a una persona con un delito penal nuevo, diferente al tipo penal que existía al momento de que se cometió la infracción, lesiona esto o no el principio de legalidad?
- 4.¿De que forma los principios “induvio pro reo” , “Non bis ídem”, irretroactividad de la ley, inmediación, legalidad , seguridad jurídica y debido proceso se afectan o no con la imprescriptibilidad de los delitos penales aplicados de forma retroactiva
- 5.¿En que circunstancias la obediencia debida puede ser usada como excusa para evitar una sanción penal?

1.6.- Objetivos:

1.6.1.-Objetivos generales:

1. Determinar hasta que punto la implementación de las reformas en el nuevo código integral penal (COIP) que establecen la imprescriptibilidad de ciertos tipos penales, vulneran o no garantías constitucionales, rompen o no la seguridad jurídica y contravienen principios como el non bis ídem y la preclusión en materia penal.
2. Señalar con claridad los mecanismos para implementar las reformas que viabilizan la imprescriptibilidad de la acción penal en el Ecuador

1.6.2.-Objetivos específicos:

1. Definir los pro y los contra de la imprescriptibilidad de la acción penal en nuestro país.
2. Indicar las normas que hacen posible romper la prescripción de la acción penal sin afectar las garantías constitucionales que constan en otros principios
3. Determinar el deber del Estado en perseguir cierto tipos penales que por sus características afectan al derecho de gentes y que por lo tanto no pueden ser prescriptibles
4. Establecer la procedencia de juicios nuevos que conozcan conductas que ya fueron juzgadas aun cuando hayan sido sancionadas o absueltas.

1.7 Justificación:

El presente trabajo de investigación plantea la urgencia de analizar la procedencia de la aplicación de la imprescriptibilidad de la acción penal, que además implica la revisión de conducta delictuales de forma retroactiva, incluso en casos en donde ya ha habido juicios en los cuales ya se estableció sentencia condenatorias y absolutorios por los delitos investigados.

Además, abarca la posibilidad de juzgar con un tipo penal que no estaba vigente en el momento en que se cometió la infracción. Lo que implica una novedad, sobre todo porque en el principio de legalidad sobre el cual nosotros fuimos educados, aquello, no debería ser posible.

Esta tesis se ampara en razón de las políticas de derechos humanos que indican que como el Ecuador es un Estado firmante de convenios y tratados internacionales, ya estaba vigente la sanción a delitos que son considerados imprescriptibles en política criminal universal y que por lo tanto se conocía que estos delitos no podían quedar en la impunidad.

Lo que ha hecho el Estado es simplemente señalar correctamente la tipificación pero que en defecto estaban subsumidos a normas internacionales que perseguían y sancionaban estas conductas y por lo tanto estaban vigentes en el Ecuador, la demora que tuvo el país en tipificar estas conductas, bajo ningún motivo puede ser una excusa

para sostener que los tipos penales al no haber sido dictados antes no pueden ser perseguidos hoy en forma retroactiva. En razón de que esas conductas delictuales eran conocidas como prohibidas por el derecho de gentes y por lo tanto los funcionarios del Estado, principalmente policías, militares y autoridades sabían que era prohibido cometer faltas que internacionalmente eran repudiadas y sobre las cuales estaba la amenaza de una sanción.

Estudiar la procedencia de estas nuevas corrientes doctrinarias y sobre todo la aplicación con la vigencia del nuevo Código Orgánico Integral Penal de estas normas que están generando diversos juicios penales de lesa humanidad en contra de personas que ejercieron funciones gubernamentales hace más de 20 años; para señalar si este comportamiento es correcto y si se lesiona o no ciertos derechos que también chocan con las nuevas políticas estatales.

La discusión se centra en señalar que el hecho de si bien es cierto hubieron procesos que analizaron determinadas conductas estas son diversas a los tipos penales vigentes en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), que por lo tanto se establece el principio que al no haber sido juzgados esos tipos penales, no pueden considerarse como ya revisados.

Hay algo además que resulta novedoso y sobre el cual muchos de los procesados también procuraran ampararse y es la concepción doctrinaria moderna sobre los grados de participación en el delito, especialmente al analizar la autoría y la complicidad en la infracción cometida y la no sanción al encubrimiento, sumado al hecho de que la figura de la comisión por omisión hoy tiene un campo mayor de interpretación con lo que se conoce como omisión dolosa, por lo tanto, además de enfrentar la retroactividad del tipo penal tendrán que enfrentar una concepción criminal moderna sobre los grados de participación.

1.8 Delimitación del Problema

1.8.1.-Campo: Derecho Procesal

1.8.2.-Área: Procesal Penal

1.8.3.-Aspecto: Derecho Procesal Penal

1.8.4.-Tema: Excepciones a la Prescripción de la Acción Penal

1.8.5.- Problema: ¿Procede iniciar un juicio penal en forma retroactiva en delitos tipificados como tales recién en el año 2014?

1.9 .-Delimitación espacial . Nivel Nacional

1.9.1.-Delimitacion Temporal: La información que nos ayudó a desarrollar nuestro informe de tesis de investigación comprende desde el 9 de Enero del 2014, al 30 de julio del 2014

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.-Fundamentación científica

2.1 Procedencia del ejercicio de la acción penal en delitos calificados como imprescriptibles:

El presente trabajo pretende hacer un *tour d'horizon* desde la imposición “vertical”, del sistema *ad hoc* de la justicia penal ecuatoriana al régimen universal “horizontal” de la legislación penal internacional que versa sobre la protección de los derechos humanos , lo cuales serán siempre considerados como un mandato de optimización ⁶ para toda la comunidad internacional .

El objetivo es demostrar que a pesar de la nueva normativa que entró en vigencia el 10 de Agosto del 2014 tiene una serie de cuestiones y procedimientos sin resolver y una creciente necesidad de mayor reflexión, aprendizaje e investigación sobre un área diferente a la que nos hemos educado en materia de la persecución punitiva del estado en ciertos delitos que antes eran, bajo nuestra concepción equivocada, prescriptibles. En este escenario se vuelve indispensable establecer las primeras pautas para que la ejecución del sistema proyectado tenga eficacia y que se vaya desarrollando de manera progresiva en diferentes grados para no violar los derechos fundamentales que en el pasado fueron vulnerados.

La aspiración de la nueva normativa es lograr una sanción para los victimarios aunque tardía por las infracciones cometidas bajo la tesis de “...la atribución de responsabilidad es un fenómeno de interés comun...” ⁷ Nadie puede por lo tanto creer que esta fuera del entorno social y que sus actos no serán sancionados si estos han lesionado un derecho , toda persona debe rendir cuentas por su comportamiento desviado .⁸

En este marco es indispensable señalar que bajo ningún concepto se va a recurrir a tribunales especiales para aplicar la nueva normativa procesal penal y que en

⁶ JAN R SIECKAMANN , TEORIA PRINCIPALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ESTUDIOS SOBRE LA TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE ROBERT ALEXY .EDITORIAL MARCIA PONS .PAG.26

⁷ MANRIQUE PEREZ MARIA LAURA , Acción , Dolo eventual y doble efecto. Editorial Marcial Pons. 2012 . Pag.21

⁸ SANCINETTI M. Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal. Universidad del Esternado de Colombia , 1996. Pag.24

defensa del derecho de gentes se avizora un horizonte en donde el carácter esencialmente retroactivo del ejercicio de la acción penal y de la jurisdicción de los tribunales “entiéndase jueces en todo los niveles en el área penal” tengan plena vigencia dando una muestra de desarrollo en nuestra concepción y un ejemplo de que el estado ecuatoriano no puede quedarse en la retaguardia de la defensa de los derechos de los hombres y que bajo ningún concepto se va a permitir que hechos considerados delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacionales a través de los tratados de los cuales es suscriptor nuestro estado queden en la impunidad.

La norma escrita en esta materia en donde se tipifica con claridad cada conducta delictual permite que no exista la excusa de la incertidumbre o de las dificultades que representan otros sistemas procesales en donde al no haber un consenso sobre la criminalidad de una conducta particular queda a la interpretación del derecho consuetudinario la aplicación de las sanciones penales.

Además permite el conocimiento judicial de los hechos que nos sitúa en el llamado “contexto de descubrimiento” : el iter que , de hecho , ha llevado o debe llevar a juez a conocer (y por lo tanto , a formular como verdadero un enunciado sobre) los hechos que juzga ⁹ con el unico animo de encontrar la verdad y aplicar la sanción que corresponda .

2.2 Constitución del año 2008:

La Constitución aprobada por el pueblo ecuatoriano estableció de forma definitiva los delitos que deben ser considerados imprescriptibles y sobre los cuales no existe ni excusa en la persecución de los mismos ni en la ejecución de la pena permitiendo incluso el juzgamiento en ausencia y que además el nuevo Código Orgánico Integral Penal que entrará en vigencia en Agosto del 2014 se ha establecido con claridad la tipicidad a fin de que las conductas delictuales sean conocidas y puedan ser perseguidas cuando hayan sido violadas, aun cuando no existían en el momento en que se cometieron.

Por la importancia que representa para el sistema penal ecuatoriano además de enumerarlas, debemos por empezar en señalar que esta Constitución conserva la visión de la persecución en materia penal en dos grandes áreas: 1. Los delitos de lesa humanidad; y , 2. los delitos contra la administración pública que afectan directamente el nivel de función que tienen los servidores públicos.

Pero que el legislador al promulgar el COIP ha incluido una tercera área que a su juicio debe también ser incluido entre los delitos imprescriptibles todos los que afectan al medio ambiente

⁹ R. S. RUDNER. Filosofía de la ciencia social. Editorial Alianza . Madrid .1973, pag.22

A la primera clasificación el desarrollo histórico demuestra que ha habido una variación en el concepto del Estado para la persecución de la infracción por eso vamos a hacer un estudio dogmático de cada uno de tipos penales permitiéndome transcribir textualmente la norma que enuncia estos delitos imprescriptibles consagrados en la Constitución del año 2008 en el “*Art. 80: Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. El hecho de que una de estas infracciones haya sido cometida por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior que la ordenó ni al subordinado que la ejecutó*”.¹⁰

Es importante señalar que estos tipos penales son diferentes a los que en esta materia fueron considerados imprescriptibles en la Constitución de 1998 , y que eran los señalados en el artículo: *Art. 23 Núm. 2 Inc. 3.-Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad”* Art. 23 numeral 2 “ *Derechos Civiles. Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta constitución y en los instrumentos internacionales vigentes , el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes . ..2. la integridad personal. Se prohíben las penas crueles, las torturas; todo procedimiento inhumano, degradando o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral, y la aplicación y utilización indebida de material genético humano. El estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar, en especial la violencia contra los niños adolescentes, las mujeres y personas de la tercera edad. Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencias, serán imprescriptibles . estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, lo obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad ”.*¹¹

Es importante indicar que en la constitución del año 1998 se anunciaron delitos que eran imprescriptibles en materia de derechos humanos, pero desde ese año hasta el 2008 hubo una pasividad de parte del legislador que impidió introducirlos como normativa penal para poderlos perseguir a casi todos ellos y al promulgarse la constitución vigente, algunos de estos delitos dejaron de ser considerados por norma constitucional como imprescriptibles lo que nos lleva a concluir la afirmación de que en el hipotético caso que en el lapso de estos 10 años se hubiese cometido una infracción de esta naturaleza al no constar en la nueva norma constitucional ya no podrían ser perseguidos en forma imprescriptible , por el contrario se aplicarían las reglas de la prescripción normal , pudiendo extinguirse por el no ejercicio de la acción penal en los plazos previstos.

¹⁰ Constitución Política del Ecuador, 2008

¹¹ Constitución Política del Ecuador, 1998

En la segunda clasificación en cambio la fuerza punitiva del estado ha conservado intacto el concepto de los delitos que comprenden la lesividad al estado, basta revisar los textos de ambas constituciones, lo haremos inicialmente con la constitución del 2008 permitiéndome transcribir textualmente la norma que enuncia estos delitos imprescriptibles consagrados en la constitución del año 2008 en el “*Art. 233. Inc. 3. ... las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del estado, estarán sujetos a las sanciones establecidos por los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciaran y continuaran incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicaran a quienes participen en estos delitos, aun cuanto no tengan as calidades antes señaladas*”.¹²

Es importante y solo para que históricamente se conozca que esta clasificación final es la misma que constaba en la constitución del año 1998 permitiéndome transcribir textualmente la norma que enuncia estos delitos imprescriptibles “*Art. 121: las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicara a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del estado. Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por la comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciaran y continuaran aun en ausencia de los acusados. Estas formas también se aplicaran a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad (Constitución Política del Ecuador, 1998)* .

Es necesario señalar que en relación a estos delitos contra la administración publica su aplicación fue de forma inmediata a partir del año 1998 y respondió a un momento histórico en el que para justificar un golpe de estado en contra del presidente constitucional Abogado Abdala Bucaram Ortiz, la asamblea dominada por los grupos políticos que fomentaron ese golpe dispusieron que se aplique de manera inmediata la imprescriptibilidad de la acción penal pero en su cálculo político se olvidaron de regular el carácter retroactivo de la norma, lo que significa que los juicios iniciados contra el presidente Bucaram en marzo de 1997 que en el fondo motivaron esta reforma son prescriptibles porque la norma que regía en el Art. 257 del código penal vigente en esa época así lo prevé , por ello todos los juicios que siendo nulos pero que han continuado en un claro abuso del derecho están a punto de extinguirse por la prescripción .

Lo que significa que en cuanto a estos delitos solo los que se cometieron después de la

¹² Constitución Política del Ecuador, 2008

vigencia de la constitución del 1998 eran imprescriptibles en contra de los funcionarios que cometieron y cometen las infracciones penales. Hay también un hecho que es meritorio resaltar, en el año 1998 la facultad de determinación de indicio de responsabilidad penal que era exclusiva en la historia republicana fue compartida arbitrariamente por una interpretación antojadiza por la Fiscalía General del Estado, este abuso permaneció por el espacio de casi 10 años hasta que el pleno de la Corte Nacional señaló con claridad en su resolución CNJ del 24 de febrero del 2010, publicada en su registro oficial 154 del 19 de marzo del 2010

“...Art. 1.- Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos innumerados agregados a continuación de éste, y los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código, Capítulo “Del Enriquecimiento Ilícito” incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 260 de 29 de agosto de 1985, se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal.

Art. 2.- Para el inicio de la indagación previa, no se requiere el informe expresado en el artículo anterior, pero el fiscal interviniente, tan pronto llegue a su conocimiento, por cualquier medio, hechos presumiblemente constitutivos de peculado y enriquecimiento ilícito debe solicitar a la Contraloría General del Estado, la práctica de la auditoría gubernamental sobre tales hechos, así como la remisión del informe respectivo que, de establecer indicios de responsabilidad penal, ha lugar al inicio de la instrucción fiscal.

2... Informe previo de Contraloría. Art. 3.- Las normas previstas en esta resolución, regirán para lo futuro y por tanto se aplicarán únicamente para las causas que se iniciaren a partir de su promulgación...”que ninguna acción penal por el delito de peculado o concusión podía iniciarse juicio “instrucción fiscal” sin el auto determinación de los auditores de la contraloría, lo que antes se sustanciaba con el solo criterio del fiscal, llegando incluso a dictarse sentencias sin la existencia de este informe que es un requisito de procedibilidad y que por lo tanto era violatorio de la seguridad jurídica de los ciudadanos.

Como indico además en el afán novelero de buscar funcionario honestos la Asamblea Constituyente del año 1998 en esos vientos democráticos contagiaron al congreso que regía en esos años a que se introduzca en el artículo 257 de manera inmediata la reforma de la imprescriptibilidad, lo que permitió sin mayor reforma y solo con una resolución constitucional cumplir con ese objetivo. Esto fue posible porque el delito de peculado, cohecho, enriquecimiento ilícito y concusión estaban ya tipificados y reprimidos como infracciones penales en el código penal vigente de esa época, a diferencia de lo que ocurrían con los delitos de lesa humanidad también tipificados con la característica de imprescriptibles en el año 1998.

Resulta además anecdótico que los gestores de estas reformas legisladores, ministros de estado y Presidente Constitucional de la época fueron luego perseguidos por el mismo artículo que pidieron se reforme por escandalosos actos de corrupción cometidos en perjuicio del Estado.

3. En el artículo 16 numeral 4 del COIP se incluye además como delitos imprescriptibles todas las conductas que van encaminadas a lesionar el medio ambiente, este espacio es una inclusión del legislador ecuatoriano seguramente para proteger con mayor fuerza punitiva los ataques al ecosistema , a la flora y a la fauna y evidentemente los daños que se ocasionan en perjuicio de las personas que habitan en los lugares afectados .

DELITOS IMPRESCRIPTIBLES

A. Genocidio:

En el actual Código Orgánico Integral Penal (COIP) este delito se encuentra tipificado de la siguiente manera:

Artículo 79.- Genocidio.- La persona que, de manera sistemática y generalizada y con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, religioso o político, realice cualquiera de los siguientes actos, será sancionada con pena privativa de libertad de veintiséis a treinta años;

1. Matanza de miembros del grupo.

2. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo.

3. Sometimiento intencional a condiciones de existencia que acarreen su destrucción física total o parcial.

4. Adopción de medidas forzosas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.

5. Traslado forzado de niñas, niños o adolescentes ”¹³

Es importante señalar que en el código penal que aun rige, el genocidio esta tipificado de la siguiente manera: “Art. 440.4 Quien, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetre alguno de los siguientes actos, será sancionado:

1. Quien ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

2. Quien ocasionare lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del

¹³ Código Orgánico Integral Penal Ecuador , aprobado el 28 de enero del 2014 por la Asamblea Nacional y que entrara en vigencia en 180 días desde su publicación en el Registro Oficial

grupo, será sancionado con pena de reclusión menor ordinaria de seis a nueve años.

3. Quien sometiere intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial, será sancionado con pena de reclusión menor ordinaria de seis a nueve años.

4. Quien tomare medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo será sancionado con pena de reclusión menor ordinaria de seis a nueve años. La información o acceso a métodos de planificación familiar, métodos anticonceptivos y servicios de salud sexual y reproductiva, no se considerarán medidas destinadas a impedir nacimientos.

5. Quien traslade por la fuerza a niños y niñas del grupo a otro grupo, será sancionado con pena de reclusión menor ordinaria de seis a nueve años.

INTRODUCCIÓN .- (Toma su identificación de dos vocablos del griego *genos*, genero o raza y del latín *caedere* , matar) , que al unirlos permite entender que significa matanza sistemática de un grupo étnico o raza particular de seres humanos . La palabra o el término genocidio fue usado por primera vez , e identificado por el abogado judeo-polaco Raphael Lemkin, el cual arribó buscando refugio en los Estados Unidos en 1939 escapando de la persecución del gobierno nacional socialista los nazi y decidió empezar una campana en denunciar de las atrocidades nazis —«el crimen sin nombre» como las llamó Winston Churchill—¹⁴que culminó con la publicación en 1944 del libro *Axis Rule in Occupied “ El poder del Eje en la Europa ocupada ”* publicado en 1944 . ¹⁵ Según el historiador francés Bernard Bruneteau, Lemkin veía la asunción del crimen de genocidio «como el punto de partida de un nuevo Derecho internacional .

Para Lemkin con este término debían identificarse a las matanzas por motivos raciales, nacionales o religiosos. Tomo como punto de partida los estudios iniciales habían basado en el genocidio perpetrado por el Imperio Otomano contra el pueblo armenio en 1915 (el **genocidio armenio 1915-1917**, con la muerte de un millón y medio de personas, y el **Holocausto** ejecutado por el nazismo con cerca de seis millones de muertos) son ejemplos históricos del genocidio y a partir de entonces dedicó su vida a conseguir que las normas internacionales definiesen y prohibiesen el «genocidio», de forma que se introdujera para los grupos el concepto de lo que el homicidio es para los individuos, el reconocimiento de su derecho a existir .

Para Lemkin, como ha destacado el profesor Bruneteau, «el genocidio iba más allá de la eliminación física en masa, que a su juicio era un caso límite y excepcional; consistía, más bien, en una multiplicidad de acciones destinadas a destruir las bases de la supervivencia de un grupo *en cuanto* grupo. Era *una síntesis de los diferentes actos de persecución y destrucción*». Así Lemkin, proponía una acepción amplia a la noción de

¹⁴ Bruneteau, Bernard (2009). pp. 14

¹⁵ GOLDSTEIN , Diccionario de Derecho Penal y Criminología , Editorial Astrea , 1998 , pag.511

genocidio, que englobaba los actos que más adelante se calificarían como etnocidio. En cierto modo, la muerte era la consecuencia, y no el medio, del fin perseguido .¹⁶

Luego del final de la Segunda Guerra Mundial Lemkin concentro todos sus esfuerzos al reconocimiento internacional del delito de genocidio. En abril de 1946 publicó un artículo en la revista *American Scholar* que tuvo mucha repercusión, pero el término genocidio, aunque fue utilizado por las acusaciones en el juicio de Núremberg, los jueces no lo aplicaron en la sentencia que condenó a los dirigentes nazis, sino el de «crimen contra la humanidad» establecido en la Carta de Londres.

El Acuerdo o Carta de Londres de 8 de agosto de 1945 estableció el Estatuto del Tribunal de Núremberg y definió como el crimen contra la humanidad como 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"*. Por otro lado, la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad considera el genocidio del género crímenes de lesa humanidad.¹⁷

El proceso ante el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg contra 24 criminales de guerra principales y seis organizaciones catalogadas de criminales termino el 1.10.1945 con la imposición de la pena de muerte en 12 casos , tres prisiones perpetuas , cuatro penas de prisión temporales y tres absoluciones . La SS , la SD , la Gestapo y el cuerpo dirigente del NSDAP fueron clasificados de criminales.¹⁸

El genocidio es un crimen especial consistente en destruir intencionadamente grupos humanos raciales , religiosos o nacionales y como el homicidio singular , puede ser cometido tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra , sea en uno u otro caso , en territorio ocupado por tropas enemigas o por el propio estado contra sus propios ciudadanos cualquier tipo de exterminio será un crimen contra la humanidad .

Según el sociólogo e historiador estadounidense Michael Mann, el genocidio es el grado más extremo de violencia intergrupal y el más extremo de todos los actos de étnica. Para este autor el impacto de los genocidios durante el siglo XX es devastador, tanto por el número de víctimas, que cifra en más de 70 millones de personas, como en la extrema crueldad de las agresiones ¹⁹

La ONU , el 11 de diciembre de 1946 , declaro que el genocidio es un crimen del derecho de gentes , condenado por el mundo civilizado y por cuya comisión deben ser castigados tanto los principales como sus cómplices ya sean individuos particulares , funcionarios públicos o estadistas . Tanto la Convención para la Prevención y la

¹⁶ Bruneteau, Bernard (2009). pp. 14-15.

¹⁷ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad

¹⁸ Kai Ambos , Ensayos actuales Derecho Penal Internacional y Europeo , Editora jurídica Grijley , La superacion juridicopenal de las injurias y actos antijuridicos , pag.76

¹⁹ "La barbarie analizada (Michael Mann, El lado oscuro de la democracia. Un estudio sobre la limpieza étnica)", por G. Mayos.

Sanción del Delito de Genocidio de 1948 como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) de 1998 recogen una idéntica definición.

Sin embargo, a finales de 1946 la Asamblea General de la ONU, recién creada, aprobó la resolución 96 en la que el término genocidio aparece por primera vez en un documento internacional. La resolución lo definió como «una denegación del derecho a la vida de los grupos humanos», independientemente de que estos «grupos raciales, religiosos, políticos o de otro tipo hayan sido destruidos por completo o en parte»; y, por tanto, como un crimen sometido al Derecho en cualquier lugar .

En diciembre 1948 la Asamblea General de la ONU aprobó la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio que luego sería ratificada por cada uno de los Estados miembros. De la aprobación de la Convención contra el genocidio nació el Tribunal Internacional de Justicia, “de acuerdo con la idea lemkiiana de que el ataque contra un grupo humano equivale a atentar contra la humanidad”.

El 9 de Diciembre de 1948 la Asamblea General de la ONU aprobó la Convención sobre el Genocidio en ella estableció los tipos y características delictuales de las conductas que deben entenderse como genocidio :

- Homicidio de miembros del grupo
- Atentado grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo
- Sumisión Internacional del grupo a condiciones de existencia que lleven a su destrucción física total o parcial
- Medidas que tengan por objeto impedir los nacimientos en el seno del grupo , y ,
- Transferencia forzada de niños de un grupo a otro²⁰

Este segundo significado es el que mueve a muchas personas a calificar como genocidio determinadas matanzas de personas que, en realidad, no se ajustan al tipo penal del delito de genocidio definido internacionalmente

El artículo 3²¹ de la indicada Convención castiga los siguientes actos :

- Genocidio
- La asociación para cometer genocidio
- La incitación Directa y publica para cometer el genocidio
- La complicidad en el genocidio

Desde un punto de vista internacional, el genocidio viene regulado por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) de 1998 (entrada en vigor en 2002). Hay sin embargo otros delitos conexos al genocidio como lo hemos señalado que son la

²⁰ Art.2 Convención sobre Genocidio , aprobada por la Asamblea General de la ONU 9 de Diciembre 1948

²¹ Art.3 Convención sobre Genocidio , aprobada por la Asamblea General de la ONU 9 de Diciembre 1948

asociación para cometer genocidio, la instigación directa y pública, la tentativa y la complicidad.

Las personas acusadas de genocidio serán juzgadas, de acuerdo con el artículo 6 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en un tribunal competente del territorio donde se cometió el delito. No obstante, ha surgido paralelamente un derecho consuetudinario por el que los tribunales de cualquier Estado podrían juzgar casos de genocidio, aunque fueran cometidos por no nacionales y fuera de su territorio. También la Corte Penal Internacional puede conocer de este delito, siempre y cuando sea competente por haberse reconocido su jurisdicción.

La Convención afirma que es irrelevante que el acusado sea gobernante, funcionario o particular y declara que, a efectos de extradición, no se considerará al genocidio como delito político.

Sin embargo como hemos explicado el delito de genocidio obedece a la necesidad de sancionar matanzas recientes a miles de personas que tenían ciertas cualidades en común: raza, etnia, religión que como en el caso concreto del partido Nacionalista tenía como pretexto de mantener la pureza de la raza “aria” y que represento el casi exterminio la raza judía por el solo hecho de ser judía .

Comportamientos que mereciendo el rechazo de la comunidad mundial pues ningún país puede justificar con ninguna excusa que se eliminen víctimas inocentes por razón de su raza , étnica , religión o tendencia política. no han impedido que se repitan como la misma crueldad de las persecuciones antisemitas del Tercer Reich en contra de otras comunidades raciales y nacionales (polaca, checa, serbia, gitanos) que obligaron al deber de perseguirse este tipo de criminalidad realizada con la excusa de encontrarse en una situación bélica en razón que todos han coincidido de forma unívoca que este tipo de crímenes era la última y más grave infracción de los derechos reconocidos a las minorías raciales y nacionales por el Derecho Internacional vigente desde el Tratado de Versalles .

Ante todos estos acontecimientos de bestialidad, “los países aliados adoptaron una posición de repudio que trajo como resultado que en agosto de 1945 se apruebe en Londres los Estatutos de constitución del tribunal militar internacional, con la exclusiva participación de estos países, que fueron conocido como el tribunal de Núremberg”.²²

La finalidad de estos juicios el de Núremberg y el de Tokio fue el sancionar judicial y jurisdiccionalmente a los funcionarios, dirigentes, colaboradores y más personas que ayudaron al régimen Nacionalista a realizar estos atroces crímenes y abusos contra la humanidad cometidos por orden de un superior y sentar las bases para el respeto y protección del ser humano cualquiera que sea su condición , nacionalidad , raza , creencia .

²² Cabrera , 2010

La definición de genocidio plasmada en la Convención de 1948 fue 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.

Sin embargo, desde el punto de vista nacional, cada Estado deberá trasponer la tipificación del delito a su propio ordenamiento penal y establecer las penas a aplicar para cada uno de los comportamientos sancionados, de forma que los tribunales nacionales puedan castigar adecuadamente y conforme al principio de legalidad los comportamientos que se ajusten a la tipificación internacional del delito.

Nada impide que, en esa trasposición al derecho interno, un Estado amplíe la definición convencional, sea para ampliar el listado de comportamientos sancionables, sea para ampliar el número de grupos que pueden ser víctimas del delito como ha ocurrido en la vigencia del nuevo Código Orgánico Integral Penal y como además lo han hecho otros países como España que modificó el artículo 607 de su Código Penal para incluir también a los grupos determinados "*por la discapacidad de sus integrantes*" entre quienes pueden ser víctimas de genocidio. Más lejos ha ido Francia al ampliar la tipificación en el artículo 211 de su Código Penal, pues ha añadido una cláusula de cierre que incluye a cualquier otro "*grupo determinado a partir de cualquier otro criterio arbitrario*".

Una de las novedades en la persecución de este delito a nivel internacional es que siendo el genocidio una especie del género crimen contra la humanidad o crimen de lesa humanidad, es un delito imprescriptible, lo cual se encuentra regulada por Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 26 de noviembre de 1968

CONCEPTO:

El **genocidio** es un delito internacional que comprende «cualquiera de los actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal» estos actos comprenden la «matanza y lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo»²³

El crimen de genocidio es un crimen especial consistente en destruir intencionalmente grupos humanos raciales, religiosos o nacionales, y como el homicidio singular, puede ser cometido en tiempo de paz como en tiempo de guerra, y si en la misma ocasión se comete contra los propios súbditos, crímenes contra la humanidad. El crimen de

²³ Enciclopedia WIKIPEDIA, Internet

genocidio hallase compuesto por varios actos subordinados todos al dolo específico de destruir un grupo humano .²⁴

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española entiende por genocidio, el “exterminio o eliminación sistemática de un grupo social por motivo de raza, de religión o de política”²⁵

Sin embargo es importante señalar que la definición del crimen de genocidio recoge fundamentalmente lo previsto dicha Convención para la prevención y castigo del crimen de genocidio de 1948, en los Estatutos de los tribunales penales internacionales ad hoc para la antigua Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994) y en el Estatuto de la corte penal internacional aprobado en 1998.

La Convención, en su artículo 2, al igual que los demás instrumentos, disponen que se entiende por genocidio cualquiera de los actos siguientes, “perpetrados con 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 total o parcial.
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Por ello , el acto de genocidio contiene dos elementos facticos : el requisito de la intención, expresado en la clausula inicial del artículo antes citada, y el acto prohibido, que puede ser cualquiera de los delitos referidos y que deben estar presentes para que la conducta de sus actores sea considerada reprochable y sujeta a sanción .

El primer elemento comprende el animo doloso , la intención específica de *destruir total o parcialmente* a un determinado grupo, es la característica distintiva de este crimen y su elemento más crítico. Es decir, no basta la intención general de cometer alguno de los actos enumerados para que exista el crimen de genocidio, sino que es necesaria la intención de destruir total o parcialmente el grupo, se consiga o no finalmente.

En este sentido, por ejemplo, la imposición de esterilizaciones forzadas en países como China e India en los años 60 y 70 no constituyeron actos de genocidio, pues el objetivo era reducir el número de integrantes del grupo, no destruirlo como tal.

Por el contrario, sí lo fue el genocidio nazi contra los judíos y gitanos, por cuanto se quiso destruir a estos grupos parcial o totalmente. Igualmente, los Tribunales Penales

²⁴ GOLDSTEIN , Diccionario de Derecho Penal y Criminología , Editorial Astrea , 1998 , pag.511

²⁵ DICCIONARIO de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima primera edición, ed. Espasa Calpe, tomo 1, Madrid, 1992, pág. 1034.

Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda han declarado que los actos cometidos contra la población bosnia durante los años 1992 a 1995 y tutsi en 1994 por las autoridades serbias y ruandesas respectivamente fueron actos constitutivos de genocidio, en la medida en que los bosnios y los tutsis, grupos estables y permanentes, fueron sus principales objetivos.

Además, la intención debe ser destruir *un grupo* como tal, como entidad específica, y no simplemente una o más personas integrantes del mismo. Es decir, la muerte de un individuo particular debe enmarcarse en el deseo de la destrucción total o parcial del grupo del que el individuo es un componente. A este respecto, la Asamblea General de Naciones Unidas en 1946 (Resolución 96) distinguió entre los crímenes de genocidio y de *homicidio* al describir al genocidio como “una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros” y al homicidio como “la negación a un individuo humano del derecho a vivir”.²⁶

Ahora bien, la persecución dirigida contra miembros de un grupo político sí podría constituir un crimen contra la humanidad, ya que éste alude al ataque generalizado o sistemático contra una población civil sin especificar el tipo de grupo al que ha de ir dirigido el ataque.

La definición del crimen de genocidio requiere un grado de conocimiento del objetivo último de la conducta criminal, más que el conocimiento de cada detalle de un plan o política globales de genocidio. Se presume que el subordinado conoce las intenciones de sus superiores cuando recibe órdenes para cometer los actos prohibidos contra individuos pertenecientes a un grupo determinado. Por tanto, no se le puede eximir de responsabilidad si cumple las órdenes de cometer actos destructivos contra las víctimas seleccionadas por pertenecer a un grupo determinado, alegando que desconocía todos los aspectos del plan o política globales de genocidio.

En este sentido, la Convención sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio señala que las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3 serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.

Cabe destacar que, conforme a la Convención de genocidio, solamente son competentes para juzgar a las personas acusadas de genocidio, los tribunales del Estado en cuyo territorio se cometió el acto o la corte penal internacional, cuando ésta empiece a funcionar.

Es opinión de varios autores que el vocablo “genocidio” puede ser nuevo, pero no así el fenómeno. "La cosa es vieja como la humanidad y no ha habido, hasta ahora, ninguna sociedad cuya estructura la haya preservado de cometer ese crimen" , afirmaba Jean-

²⁶ Turpin, J. (1999), "Women and War", en Kurtz, L. R. (ed.), *Encyclopedia of Violence, Peace and Conflict*, vol. 3, Academic Press, San Diego (EE. UU.), pp. 801-805.

Paul Sartre, en sus motivaciones sobre la sentencia de genocidio vietnamita en el marco del Tribunal B. Russell.²⁷

TIPICIDAD OBJETIVA

Sujeto Activo

El agente puede ser cualquier persona dado que nos encontramos frente a un delito común el sujeto activo no necesita reunir ciertas condiciones o atribuciones especiales que si de necesitaría si estuviésemos hablando de un delito especial.

Dada la naturaleza de este delito es común que pueda ser cometido por organizaciones (personas jurídicas) , es decir, que las personas naturales que se encuentran en la cúspide de la organización ordenan a otras personas a cometer el delito, para de este modo ellos no quedar como autores . en caso de existir un caso como este se utiliza la teoría de la *Autoría mediata en estructuras organizativas*, que permite que se le otorgue responsabilidad penal a todas las personas que tienen puestos superiores en dicha organización mientras que las personas de menor rango en la organización (aquellos que ejecutaron la acción) quedan como autores indirectos, a menos que cuenten con un conocimiento especial, lo que se determinaría mediante una investigación , pero bajo ningún concepto cabe la responsabilidad penal de las personas jurídicas como lo indica el Estatuto de la Corte Penal Internacional por las razones siguientes: su reconocimiento se hubiera apartado de la responsabilidad individual del autor, así como hubiera puesto, y en consecuencia exigido demasiado, a la Corte frente a problemas de prueba insalvables; por lo demás, la responsabilidad de las personas jurídicas ni se reconoce universalmente ni existen reglas de imputación consensuadas

También se debe precisar que el crimen de genocidio es de carácter individual en cuanto a la titularidad activa de su comisión, y que no implica en caso alguno, la responsabilidad del Estado. Por ello, no existe excusa valida alguna por la investidura o el cargo que detente el sujeto activo

Dicho principio está consagrado expresamente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pues establece en su artículo 25, la responsabilidad penal individual: “1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto...Nada de

²⁷ SARTRE, Jean-Paul., "El genocidio", Situations VIII, Buenos Aires, Losada, 1973, p. 47; y Tribunal Russell II: le jugement final, París, Gallimard, 1968, pp. 349-369.

lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional”.

Toda persona que haya cometido genocidio puede ser juzgada por ello, cualquiera que sea su cargo. Es decir, que se considera culpable no solo al jefe de Estado o al ministro que haya planeado u ordenado el acto, sino también a quien lo haya cometido, sea un simple soldado o un ciudadano de a pie .

El artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece el principio de la “improcedencia del cargo oficial” en los siguientes términos: “1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

Ya la Convención de 1948 se refería a “personas culpables de genocidio” (art. V) o “las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares” (IV). Vemos que se prescinde de la inmunidad y privilegios, equiparando estos últimos, los funcionarios públicos, a los particulares.

Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo es considerado en forma plural y comprende todos y cada uno de los miembros de un grupo nacional, étnico, religioso o político, *afectados por* el accionar del sujeto activo que resultan víctimas de un exterminio total o parcial , *deben entenderse los* pueblos o comunidades que tiene en común su etnia , raza o creencia política , o sea no habrá este delito si se extermina solo a uno de sus miembros y que por sus creencias o patrones particulares son exterminados de cualquier modo (matándolos, evitando su reproducción, secuestrando sus niños...etc.) .

Es el destinatario de la protección del bien jurídico , el titular del bien jurídico protegido; es decir el conjunto de personas que forman el grupo cuya existencia se ataca. Donde se presentan problemas de interpretación y de asignación de significado, es en el delineamiento del sujeto pluripersonal o colectivo que es sujeto pasivo del obrar criminoso .

En este caso sujeto pasivo y objeto material no son uno. Mientras que el primero hace referencia al grupo; el segundo se concreta en la persona individual sobre la que se produce el resultado típico. Todo miembro de un grupo nacional, étnico, racial o religioso puede ser víctima de genocidio . El acto debe estar dirigido hacia la destrucción de un grupo. Los grupos se componen de individuos y, por consiguiente, en

ultimo análisis, la acción dirigida contra los individuos. Si embargo, estos individuos son importantes no per se sino solo como miembros del grupo al cual pertenecen .

Modalidad típica

La es la intención o animo doloso del agente de proceder a eliminar de manera total o parcial de forma sistemática o generalizada a un grupo nacional, étnico, religioso o político .

La modalidad comprenderá todas las características que se deben cumplir para el perfeccionamiento de este tipo penal, estas características varían geográficamente debido a los distintos ordenamientos jurídicos existentes en los distintos países del mundo.

Como bien comenta el jurista Reses, los motivos racistas o discriminatorios no son un requisito típico con lo que cobra especial relevancia este delito la distinción entre intención y motivos de la intención. El propósito genocida puede verse motivado, al menos de forma determinante, por otros móviles como, por ejemplo, el miedo cuando el gobierno de la nación es el organizador del genocidio o por móviles económico o de promoción profesional. Si faltan dichos móviles racistas o discriminatorios ello no afecta la tipicidad de los delitos de genocidio.²⁸

Muchos tratadistas también comentan que para la perfección de este acto delictual no necesariamente tiene que realizarse la destrucción total del grupo determinado, todos los actos cometidos con la intención de destruirlos parcialmente también cuenta como genocidio.

Según nuestro ordenamiento jurídico estas son las características que debe cumplir este tipo penal para ser realizado:

- Matanza de miembros del grupo.
- Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo
- Sometimiento intencional a condiciones de existencia que acarreen su destrucción física total o parcial.
- Adopción de medidas forzosas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
- Traslado forzado de niñas, niños o adolescentes, de un grupo a otro.

El fin no tiene que ser necesariamente la destrucción total del grupo. Así, el genocidio no está caracterizado necesariamente por la intención de destruir a un grupo entero; basta con que el propósito sea eliminar porciones de la población marcadas por rasgos específicos raciales, religiosos, nacionales o étnicos .

²⁸ Rezses , 2008

ESTRUCTURA DEL TIPO DE GENOCIDIO

El delito de genocidio tiene la siguiente estructura :

1. Es un delito o crimen de carácter internacional.
2. Que implica la mayor gravedad ya que viola textos internacionales que protegen a la persona
3. Es cometido en tiempos de paz;
4. Es un delito común y, por tanto, extraditable;
5. Es un delito individual en cuanto a su comisión.
6. De competencia de un Tribunal Penal Internacional en forma complementaria a las jurisdicciones nacionales que también pueden perseguirlo en caso de que exista en su norma el tipo penal .

A pesar de la existencia de dicho concepto “**legal**” de genocidio contenido en los instrumentos de derecho internacional ya mencionados, es posible advertir que las interpretaciones de su sentido y alcance siguen siendo varias

Así, tal como hemos dicho, por genocidio entendemos el **“conjunto de actos u omisiones que causen a los miembros de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, la muerte, lesiones físicas o psíquicas de carácter grave, o los sometan a condiciones de existencia conducentes a su destrucción física, total o parcial, como asimismo que procuren impedir los nacimientos en el seno del grupo o que signifiquen el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo, realizados con la intención específica de destruir, total o parcialmente dicho grupo como tal”**.²⁹

La específica consideración de dolo especial dice referencia con la exigencia de la intención en el agresor, en el caso del genocidio, de destruir, total o parcialmente, un grupo específico. En el delito de lesa humanidad se requiere tan sólo la existencia de cualquier motivo universalmente reconocido como inaceptable con arreglo al derecho internacional, no el propósito específico de destrucción del grupo, propio del delito de genocidio.

Recordemos que genocidio es cualquiera de una serie de actos cuya comisión tiene por objeto la destrucción total o parcial de ciertos grupos de personas. Es esta intención lo que distingue el genocidio de otros crímenes de lesa humanidad .

Por otro lado, entre los grupos protegidos, el genocidio excluye de su enumeración a los grupos políticos, culturales, y los de género (masculino y femenino), todos objetos de expresa protección de los crímenes de lesa humanidad como delito internacional.

²⁹ MIAJA de la Muela. El Genocidio, delito internacional. Volumen IV No 2, 1951, pág. 326.

Además es preciso mencionar que es una enumeración abierta, en el caso del delito de lesa humanidad, a cualquier grupo o colectividad con identidad propia.

Bien Jurídico Protegido.

Se sostiene que el aspecto más interesante del genocidio desde el punto de vista normativo es que se trata de un tipo penal que no protege ,como a veces se cree, el bien jurídico de la vida .

En palabras de la pensadora alemana Hannah Aréndt, el genocidio constituye el crimen de los crímenes porque pretende destruir la característica clave de la condición humana, que es la diversidad .

Entendemos por bien jurídico ciertos intereses, estados de cosas y funciones institucionales, necesarios para el libre desarrollo de la personalidad y para el funcionamiento del sistema social. Son los intereses jurídicamente protegidos por el sistema jurídico: por ejemplo, la vida, la integridad física y psíquicas, la propiedad, la seguridad nacional, etc. Asimismo, se define como una “síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica”.³⁰

Desde el punto de vista actual, una mezcla de conductas genocidas y ataques contra la humanidad, se va a concretar ahora en acciones contra bienes jurídicos individuales fundamentales (vida, salud, libertad), cometidas, tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder políticos de iure o de facto

El bien jurídico de este tipo de delito es la existencia y protección de grupo o grupos humanos cualquiera que sea su raza, religión o tendencia política . El sustrato ideológico de este bien jurídico protegido es el reconocimiento del pluralismo de las religiones, grupos, razas o etnias y del nivel de igualdad del que en todas se encuentra fuera de este delito .

Aunque según Vives Antón, por su parte, refiere que bien jurídico protegido, como en el resto de estos delitos es la convivencia internacional, en este caso, entendida como convivencia pacífica de los diversos grupos humanos, hayan o no alcanzado el nivel de organización e independencia política que permite calificarlos como estados³¹

Para que este delito sea calificado como tal debe cumplir con los siguientes elementos:

- Que el autor haya dado muerte, a una o mas personas, incluso mediante la imposición de condiciones de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población.

³⁰ BUSTOS Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ariel. Barcelona, 1989, pág. 55.

³¹ Vives, Boix, & Orts, 2004

- Que la conducta haya consistido en una matanza de miembros de una población civil o haya tenido lugar como parte de esa matanza.
- Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado sistemático dirigido contra una población civil.
- Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo

Elementos Típicos Comunes a las figuras de genocidio.

Es posible rescatar algunos elementos comunes a cada una de las figuras de genocidio en cuanto a su tipicidad, los que pasamos a analizar a continuación.

Elementos subjetivos del tipo.

Comisión dolosa.

En cuanto a los elementos subjetivos (menos rea) del tipo de genocidio, en primer lugar debemos precisar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional contempla la existencia de dolo en el autor como exigencia típica en cada uno de los crímenes de su competencia. Esto es, los crímenes establecidos en el Estatuto deben ser cometidos con intención y conocimiento .

Señala su artículo 30: “Elemento de intencionalidad.

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos.

Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido”.

En segundo lugar, el crimen de genocidio, se distingue de los otros crímenes por un "dolo especial", entendido como "elemento constitutivo del crimen que exige que el criminal haya claramente buscado provocar el resultado incriminado" , y que

comprende como tal, la existencia de la intención en el agresor de destruir total o parcialmente a un grupo específico, nacional, étnico, racial o religioso .

Para que se cumpla el tipo de genocidio, ha de concurrir simultáneamente el dolo y el momento anímico integrante del elemento subjetivo del injusto, esto es, que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal . Si faltase alguno de estos componentes no se apreciaría la existencia del injusto.

Conductas Típicas.

La conducta típica, o elemento objetivo (actus reus) del tipo, corresponde, según recoge la definición legal de genocidio del COIP , a 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:

Matanza de miembros del grupo.

Está ubicada en forma general en lo que se conoce como genocidio físico y que se ejecuta por la matanza del grupo se encuentra plasmada en el artículo 6 a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional y, además de los elementos comunes ya analizados, requiere, como elemento específico, la matanza de miembros del grupo, esto es, que el autor haya dado muerte a una o más personas tal como se interpreta en los Elementos del Crimen. La expresión “dado muerte”, se agrega, es intercambiable con la expresión “causado la muerte”

La "matanza de miembros del grupo" como un medio por el cual se comete el delito de genocidio, parece excluir -según algunos- la muerte de uno sólo de los integrantes del grupo, pues "asesinato" (killing; muerte) no puede ser equivalente a "matanza" . El acto de “matar” (matanza) es más amplio que “asesinar” (homicidio calificado en nuestro sistema), y fue escogido para la Convención de 1948 para corresponder a la palabra francesa “meurtre”, que implica más que “asesinato” .

Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo

Esta figura, está comprendida en el artículo 6 b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, requiere que el autor haya causado lesión grave a la integridad física o mental de una o más personas. Según los elementos del crimen, esta conducta puede incluir, actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes, pero no está necesariamente limitada a ellos.

En cuanto a las lesiones físicas, se acordó no admitir más que las lesiones graves, en el sentido de que no era pertinente incluir actos de importancia menor en sí mismos, y que no entrañaban la destrucción física del grupo. La lesión grave a la integridad física de los miembros de un grupo, comprende también la integridad mental, pero se quiso

que quedara explícito para evitar todo tipo de ambigüedad, o de interpretaciones incorrectas. La lesión grave es una cuestión de interpretación a ser resuelta en cada caso sobre la base de la intención y de la imposibilidad de ejecutar esa intención mediante la lesión inferida.

Sometimiento intencional a condiciones de existencia que acarreen su destrucción física total o parcial

Esta particular forma de comisión quizás sea la más amplia y compleja de todas las figuras de genocidio. Está contemplada en el artículo 6 c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Requiere que el autor haya sometido intencionalmente a una o más personas a ciertas condiciones de existencia que hayan tenido el propósito de acarrear la destrucción física, total o parcial, de ese grupo. La expresión “condiciones de existencia” podrá incluir, entre otras cosas, el hecho de privar a esas personas de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares.

En uno de los proyectos preliminares de la Convención sobre Genocidio de 1948 (Proyecto del Secretariado), entre las figuras de genocidio física, se contenía la antecesora de esta figura, en que se indicaba: “sumisión a condiciones de vida que, por falta de vivienda adecuada, ropa, alimento, higiene y asistencia médica, o por exceso de trabajo o esfuerzos físicas, sean susceptibles de resultar en el debilitamiento o en la muerte de los individuos”. Más adelante agregaba, como otra figura, en los siguientes términos: “privación de todos los medios de vida, mediante confiscación de la propiedad, saqueo, reducción de trabajo, negación de la vivienda y de víveres que sí están al alcance de los otros habitantes del territorio dado”.

Se ha dicho que esta figura es un corolario de los apartados precedentes, ya que puede exterminarse a un grupo no solamente mediante hornos crematorios, sino también transportándolos de un lugar a otro en condiciones infrahumanas, o exponiéndolos a temperaturas extremas o privándolos de los recursos indispensables para la supervivencia.³²

Es imposible de enumerar las “condiciones de existencia” que pueden caer bajo la prohibición de la norma; sólo la intención y la probabilidad del propósito final pueden determinar en cada caso separado si se ha cometido (o intentado) o no un acto de genocidio. Ejemplo de esta figura es someter a un grupo de gente a una dieta apenas suficiente para subsistir, reducir los servicios médicos necesarios por debajo de un mínimo, rehusar los servicios vitales necesarios, etc., siempre que estas restricciones sean impuestas con la intención de destruir al grupo en todo o en parte.

³² Blanc Altemir, Antonio, La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional, Barcelona, Casa Bosch, 1999, pp. 178-184.

Adopción de medidas forzosas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo

En el artículo 6 d) del Estatuto de la Corte Penal, se consagra esta figura, que requiere como elemento específico, que el autor haya impuesto ciertas medidas contra una o más personas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.

Sobre este particular, se sostiene que en cuanto a las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de un grupo, y el traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro grupo, formas estas del llamado "genocidio biológico", son medios indirectos, pero cuyo objetivo es la destrucción total o parcial del grupo como tal. En el fondo hay una cierta similitud entre los nacimientos por esterilización o prácticas abortivas sistemáticas, y el traslado forzoso de los niños a otros lugares inmediatamente después de su nacimiento .

Se podría plantear el problema de si la intención es impedir los nacimientos en todo el grupo o sólo en parte. Aunque esta norma no habla de restringir sino de impedir, puede admitirse que la intención del impedimento parcial es suficiente, ya que requerir la prevención total estaría en conflicto con la definición del genocidio como relativo no sólo a un grupo entero sino también a una parte del mismo.

Traslado forzado de niñas, niños o adolescentes de un grupo a otro

Esta última modalidad genocida, contemplada en el artículo 6 e) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se caracteriza porque el autor haya trasladado por la fuerza a una o más personas de ese grupo a otro grupo, que los trasladados hayan sido menores de 18 años y que el autor supiera, o hubiera debido saber, que los trasladados tenían tal edad.

B. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

En el actual Código Orgánico Integral Penal (COIP) este delito se encuentra tipificado de la siguiente manera:

Art. 84.- *La o el agente del estado o quien actúe con su 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 informar sobre el paradero o destino de una persona, con la cual se impida el ejercicio de garantías constitucionales o legales, será sancionado con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.*

INTRODUCCIÓN.- La desaparición forzada es un delito antiguo ya en la época de Luis XVI, Napoleón Bonaparte y fue algo comúnmente practicado por el ejército alemán durante la segunda guerra mundial, se secuestraban personas que podían tener información perjudicial para el tercer reich, no les daban información de porqué estaban detenidos, luego los mataban y se deshacían de los cadáveres; aunque esto en Europa ya era común entre 1930 y 1953 , fue en la época de post guerra especialmente en la

Unión Soviética donde se hizo uso habitual de esta práctica de detenciones que llevaban al GULAG (acrónimo ruso de <Glavnoye Upravleniye Ispravitel'no-trudovij Lagueri> { dirección general de campos de trabajo}, que existía desde mucho antes de que Hitler llegara al poder.

Históricamente a partir de la precedentemente expuesta para juzgar los crímenes contra la humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, y de las desapariciones ocurridas en los regímenes de Maximiliano Hernández Martínez en El Salvador, Guatemala y principalmente de lo ocurrido en las dictaduras que empezaron en los años de 1970 en Argentina y Chile, y también en Panamá, Uruguay, Bolivia, Colombia, México y Perú, en donde los familiares de los desaparecidos presentaron demandas y reclamos exigiendo el paradero de sus hijos o parientes se puede afirmar que esta práctica no fue ajena a América Latina ni a nuestro país para silenciar los grupos de oposición o de reacción armada que se desarrollaron en la década de 1960 y 1970.

Como lo señalo esta práctica fue propia en los países del Cono Sur, y se la conoce como la "Operación Cóndor", un sistema secreto de servicios de inteligencia coordinado entre los países de las dictaduras de Argentina, Chile, Brasil, Paraguay, Uruguay y Bolivia y la Central de Inteligencia Americana (CIA), para reprimir a los opositores políticos de las mencionadas dictaduras. La existencia real de la "Operación Cóndor" fue descubierta en los archivos policiales de la ciudad de Lambaré (Paraguay), conocidos como los "Archivos del Terror" o "Archivos del Horror", el 22 de diciembre 1992.

Más recientes a nosotros son los sucesos de 1992 a 1995 en Bosnia y Herzegovina en donde se hizo sentir todo el abuso de un gobierno en contra de ciudadanos civiles en su mayoría indefensos y la negativa de ese régimen de reconocer la existencia de desaparecidos.

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, sentaron 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* 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" 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 signatarios³³

³³ Enciclopedia Wikipedia: http://es.wikipedia.org/wiki/Desaparición_forzada

En el Ecuador estas practican tampoco han sido ajenas a los gobiernos dictatoriales o constitucionales; hace poco se conformó una comisión de la verdad la cual a pesar de los serios cuestionamientos de su imparcialidad por parte de diferentes grupos a revelado en el informe presentado la existencia de personas desaparecidas ya sea por cuerpos policiales o de las fuerzas armadas y que según el dato que da el diario El Universo hasta el año 2005 se encuentran identificados no menos de 59 desaparecidos sin que evidentemente esta será una cifra definitiva y oficial ³⁴, es más se han establecido organismos estatales que tienen como finalidad preocuparse de la localización de las víctimas y la sanción a sus responsables.

Tal vez uno de los caso que conmociono al Ecuador y que marco la ruta para ser un acto de contrición de admitir estas prácticas ilegales fue lo ocurrido con los hermanos Restrepo en donde en un claro abuso de poder policial, se provocó la muerte de uno de los muchachos detenidos arbitrariamente y esto provoco a los carcelarios que ejecutaran también al otro y ocultaran los cadáveres. Este hecho , encubierto además por la negativa de la policía sobre el paradero de los desaparecidos y la supuesta tarea de encontrarlos incluso pidiendo dinero para hacerlo genero el camino para admitir esta y otras desapariciones en la que el Estado a través de sus funcionarios esta involucrado.

Este tipo penal tiene como finalidad sin lugar a dudas establecer sanciones en casos emblemáticos, no solamente del pasado, pues se sostiene que incluso en estos últimos años han ocurrido una serie de desapariciones sin que haya justificación de este accionar; la parte radical es que para que encaje en el tipo penal quienes ejecuten la desaparición forzada de un ciudadano deben ser funcionarios públicos, tanto quien ordena como quien ejecuta la acción , esto significa que están inmersos quienes ejercen momentáneamente algún cargo publico de poder sino también el personal uniformado, policía o fuerzas armadas que con su comportamiento coadyuvan a la ejecución del delito.

CONCEPTO

Por "desaparición forzada de personas" se entenderá 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 admitir tal 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 .³⁵

La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de persona señala en su artículo dos :

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida

³⁴ Margarita Moran, *Ecuador con 59 casos de detenidos desaparecidos*, diario El Universo: <http://www.eluniverso.com/2005/08/30/0001/10/FB2FEC33C93B4199A9F43791CCDA02E5.html>

³⁵ Diccionario Jurídico de México: <http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=839>

por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes

Los estados miembros de la organización de los estados americanos conscientes de que subsiste el mal y que ello constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana , en contradicción con los principios y propósitos consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos; que este delito viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable y que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad dicto la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la cual tiene los siguientes objetivos :

Artículo I

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a:

- a. No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;
- b. Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;
- c. Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y
- d. Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.³⁶

La Declaración de las Naciones Unidas y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, han ubicado este delito como un crimen de lesa humanidad y así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos , corriente que ha sido aceptada por la doctrina.

En la Convención se exige una condición para dar ésta calificación a la conducta punible y es que ella sea *sistemática*, es decir, que sea parte de una política organizada del gobierno, encaminada a la desaparición de personas.

Conforme a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, el momento que

³⁶ Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas

se califica a éste delito como crimen de lesa humanidad se le otorga al mismo estas características:

Excepción a la jurisdicción nacional , prevalece la Jurisdicción universal: Representa el deber de cada Estado en no permitir el refugio ni la impunidad a quienes hayan cometido un delito de lesa humanidad rechazado por la Comunidad Internacional en la protección del Derecho de Gentes , lo implica perseguir , detener y condenar a sus autores , cómplices o encubridores . Aquello además es una excepción a la soberanía de cada país permitiendo incluso la extradición de la personas implicadas, cualquier que sea su nacionalidad.

Obligación de extraditar: Como se indicó anteriormente , la única forma de lograr efectividad en la persecución del infractor es alcanzar su detención en lugar donde haya buscado refugio y se aquello implica detenerlo en un país distinto de aquel donde se cometido la infracción , debe el país en donde se encuentre extraditarlo y entregarlo al país u Tribunal que lo requiera sin importar su nacionalidad .

No se beneficia del asilo político: Al tratarse de un delito de lesa humanidad nadie puede escurar su acción con un justificativo político ni sostener que se obro en bienestar de un país que requería este accionar lesivo contra la victimas que ordeno eliminar o desaparecer , por ello se hace imposible que se beneficie de un asilo político dada la gravedad de su conducta así se prevé la Convención sobre el Estatuto de Refugiados adoptada en 1951.

No se cataloga como un delito político: El ordenar asesinar o desaparecer a un ser humano es un crimen de lesa humanidad constituye una ofensa contra todo el género humano no reúne por lo tanto las características del delito político .

Imprescriptibilidad de la acción penal en los crímenes de lesa humanidad: Es un principio que rompe la prescripción de la acción penal y de la pena , lo que impide que por el paso del tiempo se extinga la acción para perseguir o para condenar a los autores de una infracción de lesa humanidad . Así se ha consagrado en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra Crímenes contra la Paz y Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada en noviembre de 1968 por la Asamblea General de la ONU. El artículo 1 de ésta convención consagra la siguiente disposición: "*Los crímenes siguientes son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido: (...)* b) *los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz (...)*".

No se admiten circunstancias eximentes o excusas de responsabilidad por obediencia debida: Toda orden ilegal o lesiva contra los derechos de una persona no debe ser cumplida y nadie puede excusarse señalando que cumplió la orden de un superior , pues al hacerlo tiene igual participación y responsabilidad , pues tenía el deber y la obligación de resistirse y no cumplir con esa orden ilegal.

Su juzgamiento le corresponde a la jurisdicción civil y no a una jurisdicción especial:

En el Ecuador han desaparecido los Jueces Penales Policiales y Jueces Penales Militares , hoy le corresponde a los jueces civiles especializados en estas áreas juzgar las conductas del personal armado o policial sin la injerencia de mandos militares o policiales que a veces acomodaban los fallos judiciales . Esta medida busca salvaguardar la imparcialidad y objetividad de los jueces.

No cabe amnistías o indultos para este delito : Estos delitos a fin de que sus autores sean efectivamente condenados no se benefician ni por la amnistía ni por el indulto , ni tampoco por leyes especiales de perdón como ocurrió en Argentina y Chile en donde los criminales quisieron eludir su responsabilidad con esta normativa ilegal.

BIEN JURIDICO

Para establecer el bien jurídico existen dos corrientes distintos, existe el grupo de tratadistas (Alfen da Silva y López Díaz ³⁷) que sostienen que el bien jurídico protegido por este tipo penal es un conjunto de derechos esenciales, que se los podría conocer también como garantías constitucionales tales como: la libertad, el debido proceso, libertad de información, libertad individual , derecho a la integridad física, derecho a no ser torturado, entre otros .

Estamos entonces como lo señala Kaki Ambos ante la presencia de bienes jurídicos protegidos múltiples , es decir varios , lo cual no es común pero en este tipo penal es posible por la multitud de bienes lesionados no solo de la persona desaparecida sino de sus familiares y allegados afectados por saber la verdad y el paradero de su ser querido en donde podemos afirmar que desaparición forzada es pluri ofensiva hacia los bienes que lesiona que son la integridad física, la libertad personal y la vida, precisa además que se fue ampliando los bienes jurídicos protegidos en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, considerando como ámbito de protección a los familiares por el sufrimiento que atraviesan en su afán de lograr información sobre el paradero del desaparecido y el derecho a la verdad.³⁸

Hay sin embargo otras tesis que enfocan al bien jurídico protegido en argumentos como que debemos concentrarnos en la libertad como el mayor bien jurídico protegido por este tipo penal. -López Díaz destaca que si bien se ven afectados múltiples bienes jurídicos, el bien jurídico principalmente afectado es el de la libertad, por lo que para definir la ley aplicable a los hechos investigados es fundamental que la ley que se

³⁷ Kai Ambos, *Ensayos actuales sobre derecho penal internacional y Europeo*, Editorial Juricia Grijley, Peru 2011

³⁸ Desaparición Forzada de Personas. Análisis Comparado e Internacional. Coordinador Kai. La Desaparición Forzada de Personas como tipo penal autónomo. Nomos Impresores. Bogotá DC. Julio 2009. Págs... 223 – 225

aplique haya estado vigente al momento de iniciación de la ejecución que es precisamente el momento en que se priva de la libertad.³⁹

Mientras que existe otro grupo de distinguidos juristas como Meini que sostiene que es cierto que se violan ciertos bienes jurídicos básicos (libertad, vida, integridad física y psicológica.) pero el fin de este tipo penal no es proteger ese conjunto de bienes jurídicos y que la vida no es un bien jurídico protegido por este delito ya que el delito se puede cometer sin que tenga que haber una muerte de por medio y en el caso de que exista una muerte, la figura de desaparición forzada dejaría de existir. —el concepto jurídico de desaparecido no es para Meini sinónimo de “desconocimiento del destino del sujeto”, sino de “desconocimiento de su ubicación en tanto sujeto a quien se protege jurídicamente su personalidad”.⁴⁰

Por lo que acorde a las ideas de Meimi, este delito para ser consumado necesita que la víctima este viva, de ese modo el explica que la vida no es un bien jurídico protegido por este delito. Refiriéndose a la libertad individual, explica que la desaparición forzada no necesariamente requiere que la detención sea ilegal, ya que se puede tratar de una detención debido a un delito cometido en flagrancia o una detención ordenada por un juez, de ese modo descarta la libertad individual como bien jurídico protegido.

Por lo tanto Meini sostiene que el bien jurídico protegido por este delito es la personalidad jurídica. Ya que esta es la que contiene las herramientas legales de detención y protección, incluido el debido proceso pero su enfoque central es en la eliminación del sujeto del sistema jurídico imperante, lo que afectaría la administración de justicia a nivel macro y la personalidad jurídica del sujeto a nivel micro.

Para Galain Palermo el bien jurídico debe tener una doble expresión , a nivel personal , se ve afectado el ejercicio de los derechos para la salvaguardia de los derechos del primer nivel antes mencionado , y a nivel colectivo , se ve afectado el interés social en el normal funcionamiento de la administración de justicia.

Ahora bien el concepto de lesa humanidad se referirá siempre a hechos en el marco de un ataque sistemático que se realiza con la participación o tolerancia , de iure o de facto , del poder público y que tiene como destinataria una población civil . Los tres elementos que hacen indispensables para que un delito sea un crimen de lesa humanidad son :

La sistematicidad o generalidad del ataque

La participación del poder publico , y ,

La comisión de los hechos en agravio de una población civil

³⁹ Cfr. López Díaz

⁴⁰ Kai Ambos, *Ensayos actuales sobre derecho penal internacional y Europeo*, Editorial Juricia Grijley, Perú 2011

Aquello se vuelve indispensable para diferenciar la conducta delictual con otros tipos de infracciones como el secuestro , ya que como indica López Díaz este delito de lesa humanidad solo puede ser imputado como tal a sus autores solo en los casos en que los hechos hayan sido cometidos en forma generalizada o sistemática, lo cual no fue el caso de los hechos de la Toma del Palacio , en Colombia , ya que se habría tratado de hechos particulares que solo pudieron afectar a quienes se encontraban en ese momento en ese edificio.

Una negativa rotunda de la Posibilidad de la retroactividad de la aplicación de la ley penal , aun cuando se trate de crímenes de carácter internacional , es postulada por la jurisprudencia de tribunales superiores en Uruguay⁴¹ así como por la Corte Constitucional de Colombia.

Respecto del ámbito temporal de aplicación de la ley cabe destacar el caso analizado por López Díaz de la Toma del Palacio de Justicia , ya que la imputación fiscal expresamente plantea la problemática de la sucesión temporal de las leyes aplicables y acusa así por el delito de secuestro)vigente al momento de inicio de los hechos imputados, en 1985) ejecutado entre 1985 y 2000, en concurso real con desaparición forzada, en ejecución desde el año 2000 (en que sanciona el nuevo tipo penal) hasta la fecha de la acusación . Si bien el delito ya estaba iniciado , su ejecución continuaría bajo la vigencia de la nueva ley y ésta podría ser por tanto aplicada (esta posibilidad es también sostenida por Meini), López Díaz , antes de rechazar la alternativa escogida por el fiscal , expone posibles soluciones a la cuestión planteada. Primero discute la aplicación retroactiva de la ley vigente al momento del juzgamiento (o al momento de la aparición del desaparecido, o de encontrarse su cadáver). Esta alternativa es rechazada, ya que- como ha señalado también Melarino- plantea el problema de la violación del principio de inocencia⁴². La comentadora se manifiesta aquí abiertamente contra las decisiones de la Corte Internacional de Derecho humanos , que conducirían a la aplicación retroactiva del delito de desaparición forzada violando flagrantemente todos los derechos del imputado. Una segunda posibilidad es que se opte por el concurso de delitos como lo hizo la Fiscalía (secuestro en concurso real con desaparición forzada de personas). El problema en este caso es que se estaría violando el principio de doble incriminación y de inocencia .

La tercera alternativa presentada por López Díaz es de secuestro simple o agravado según la figura vigente para la época de los hechos. Esta opción es la aceptada por López Díaz , que considera además que es la Ley mas favorable de las que al respecto se han sucedido en el tiempo . en el caso por ella analizado correspondencia por tanto imputar el delito de secuestro simple agravado (arts. 269 y 270 del Código Penal Colombiano de 1980) .

⁴¹ Sentencia 352 del 23 de octubre del 2008 del TPA de 2º Turno)Ministro Redactor José Balcaldi), véase al respecto Galain Palermo Uruguay.

⁴² La violación al principio de inocencia la explica López Díaz con base en el requisito de que la desaparición forzada solo puede tener por víctima a una persona viva. Si al momento de entrada en vigencia de la nueva ley la persona antes desaparecida ya no vive, el delito no se ejecuta y no puede ser imputado. Una imputación resultaría por tanto violatoria del principio de inocencia , ya que se realiza una imputación que ante la duda se está resolviendo en perjuicio – y no a favor – del imputado.

SUJETO ACTIVO

La norma descrita en el artículo 84 del COIP nos indica que estamos frente a dos tipos de sujetos activos :

1.-Sujeto activo calificado o cualificado , pues quien comete la infracción debe reunir una característica propia es decir debe ser Agente del Estado . sin que ello signifique que la Nación es la responsable de lo que ciertos servidores en su representación realicen violando la leyes nacionales e internacionales como lo indican los instrumentos Internacionales y las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Aquello significa que debe ser empleado del estado pero además es obvio que debe cumplir tareas propias de su función como lo indica el profesor Bielsa "la realización o actuación de los fines del Estado no se concibe sin la actividad intelectual o física de personas que, en sentido lato, son sus agentes, es decir, funcionarios o empleados según el carácter jurídico de la actividad que realicen y según la naturaleza de la relación jurídica que los vincule con el Estado"⁴³.

Debemos entender que por regla principal estos agentes serán policías o personal militar o personal encargado de la seguridad del estado , pero la norma también indica que podrían ser personas civiles que cumplen alguna función estatal y que en virtud de ella dan la orden para desaparecer a una persona.

2.-Cualquier particular , la norma también prevé que alguien que no ejerce función pública ni es agente de seguridad de la Republica , son los particulares , agentes no estatales o grupos que actúan con el apoyo, la tolerancia o la aquiescencia de los funcionarios que representan el Estado y que dan la seguridad de que cuentan con su venia y con su consentimiento para cometer la infracción respaldada por la protección de quienes representan la Nación .

En esta modalidad participativa estaremos frente a una clara coautoría en la que participan activamente diversos sujetos en diferente momentos delictuales que se desarrollan bajo el sistema tracto sucesivo desde que se ordena la detención , luego cuando se detiene a la persona , posteriormente cuando se la oculta y finalmente cuando se niega esa detención o no se da información sobre el paradero de la víctima .

En realidad, en tal supuesto no se esta más que configurando un caso de coautoría donde participarían, por un lado aquel funcionario que emite la orden, y el autor material de la desaparición, esto es, el funcionario subordinado que ejecuta directamente la orden impartida y el agente que niega la información o el paradero del sujeto detenido, todos ellos coadyuvando a que se cometa y perfeccione la infracción .

⁴³ Bielsa Rafael, La Función Pública. Buenos Aires, Depalma, 1960.

Es indispensable para hablar de coautoría en este delito que estén presente de manera acumulativa los siguientes requisitos subjetivos :

- 1.-La intención y el conocimiento del coautor en cuanto al crimen cometido
- 2.-Su conciencia y aceptación en cuanto a la realización de los elementos materiales mediante la ejecución de un plan común
- 3.-Su conciencia en cuanto al ocultamiento del paradero y su negativa de dar información a la familia de la víctima

Para Meini , estamos frente a un delito de infracción de deber que solo puede ser cometido por quien tiene un deber extrapenal con relación al sujeto privado de la libertad. Por ello la mera condición de agente estatal o de servidor público no es suficiente para poder ser autor de este delito , sino que también debe constatarse que el sujeto en cuestión sea competente de informar sobre el paradero o situación jurídica del sujeto .⁴⁴ Así , que aunque quien intervenga en la detención sea un funcionario público , si no tiene la obligación de informar sobre el paradero o situación del sujeto no podrá responder como autor.

SUJETO PASIVO

Pocos delitos presentan un diversidad de sujetos pasivos , y este por su connotación y por la lesión pluriofensiva a la sociedad identifica tres tipos diferentes de sujetos pasivos .

1.-La víctima propiamente dicha , en la cual se establecen los primeros bienes jurídicos afectados que tienen que ver con su integridad física y su vida , iniciando obviamente con la privación de la libertad, las lesiones, el maltrato psíquico y físico y culminando con la muerte . Todo esto acompañado seguramente de gran angustia psíquica y física , el saber que va ser ejecutada y que quien va a cometer el delito son agentes del orden cumpliendo una disposición de las autoridades o funcionarios del estado . Es importante además indicar que ni la peligrosidad ni los antecedentes criminales de la persona desaparecida facultan a ningún agente del estado a desaparecerlo con el pretexto que al hacerlo esta persona ya no constituirá un peligro para el país y para su seguridad.

2.-La víctima afectiva , que son los familiares más directos , la esposa , los padres , los hijos a quienes se les lesiona su seguridad jurídica y la eficacia al ejercicio de sus derechos para encontrar un respuesta del Estado sobre la situación de su ser querido que está desaparecido , en el derecho de conocer el estado , la ubicación si ya no de la persona por lo menos de su cadáver , la imposibilidad de poder actuar en defensa de la persona desaparecida . La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido a

⁴⁴ KAI AMBOS, Ensayos actuales sobre Derecho Penal Internacional y europeo , Editorial jurídica Grijlev , 238

los familiares de las víctimas de desapariciones forzadas su calidad de víctimas por violación de su derecho a la integridad psíquica y moral.

3.-La Sociedad Civil , que la principal afectada por la lentitud de una respuesta positiva , por la obstrucción de las instituciones del estado a reconocer el delito cometido , por el debilitamiento institucional que encuentra complicidad en la administración de justicia para sancionar a los culpables y por la imposibilidad de reconstrucción de la verdad histórico – social.

TIPICIDAD OBJETIVA

El accionar típico es la participación de agentes del Estado o de particulares que con su consentimiento que por cualquier medio proceden a privar al sujeto pasivo de su libertad el cual evidentemente no consiente en esta privación ni acompaña voluntariamente al agente .

A un cuando ese medio haya sido legal , entiéndase por haberse girado una orden de detención o prisión en su contra por autoridad competente o por que se le encontró en delito flagrante o simplemente sin que haya orden de privación alguna o circunstancia que lo justifique procedieron a detener a una persona sin que en ninguno de los casos detenida la persona esta haya sido trasladada hasta la cárcel correspondiente .

Es decir la privación de la libertad puede ser en principio legal y luego surgir dolo en la acción del agente (suponiendo que el sujeto activo sea un funcionario público), es decir que el dolo puede ser sobreviniente. De la misma manera, la conducta puede ser ilegítima desde el principio, al no mediar ninguna orden escrita emitida por una autoridad competente.

Si no por el contrario fue llevada a un sitio diferente donde nunca mas se supo de ella , lo que supone que fue ejecutada y su cuerpo desaparecido, perfeccionando el delito con la ocultación para sustraerlo del amparo de la ley.

La tipicidad del delito puede subdividirse en dos fases , la primera , corresponde a la privación de la libertad , y la segunda , a la no información sobre esta situación de privación de la libertad .

La pregunta entonces es, ¿en qué momento el privado de su libertad desaparece?, para Galain Palermo , esta desaparición se consuma precisamente cuando el autor hace desaparecer a la persona privada de su libertad al omitir brindar información y sustraer de este modo a la víctima de sus derechos y de la capacidad de defensa , nivel personal de afectación del bien jurídico , e impedir que la administración de justicia pueda ejercer sus funciones y deberes jurisdiccionales y de protección , nivel de afectación del

bien jurídico .⁴⁵

El delito entonces se perfeccionará con la privación de la libertad, seguida del ocultamiento, que debe ser "forzado", lo que significa, que no medie voluntad de la víctima. Este ocultamiento o negativa a dar el paradero de la víctima o reconocer que esta o estuvo detenido debe tener tres modalidades:

1.-Falta de información

Ello implica que los agentes del Estado no necesariamente van a negar el hecho de que el sujeto ha sido detenido, pueden incluso admitirlo, pero proceden a informar sobre su captura o a dar datos esquivos o a señalar que la detención fue momentánea o guardar silencio acerca de la misma o del paradero de la víctima o de su suerte.

El delito analizado es de ejecución permanente; sigue consumándose mientras que la víctima se encuentre privada de la libertad y oculta, aunque la captura se prolongue por largo tiempo. Es un tipo de resultado, es decir que se perfecciona cuando se produce el ocultamiento, en cualquiera de las dos formas mencionadas anteriormente, por lo cual se admite la tentativa.

2.-Negativa a reconocer dicha privación de libertad

Es decir que los sujetos que tienen privada de la libertad a la víctima no reconozcan el hecho o indiquen que aquello nunca ha ocurrido, incluso negándose a enseñar los registros policiales de detención .

La negación de la captura se concreta en la sustracción del amparo legal, lo que implica la imposibilidad de ejercer recursos como el mecanismo de búsqueda urgente o el habeas corpus .

3.-Negativa de informar sobre el paradero o destino de una persona

Es la actitud de los agentes del estado de negarse a indicar el paradero o destino de la persona desaparecida , aquello aumenta la angustia de la familia al no saber a quien mas pedir información que por mandato legal debe ser proporcionada por quienes se niegan a darla .

C. TORTURA

En el COIP la tortura está tipificada en la sección segunda, en los delitos contra la integridad personal de la siguiente manera:

⁴⁵ KAI AMBOS, Ensayos actuales sobre Derecho Penal Internacional y europeo , Editorial jurídica Grijlev , pag.241

Artículo 151.- Tortura.- *La persona que, inflija u ordene infligir a otra persona, grave dolor o sufrimiento, ya sea de naturaleza física o psíquica o la someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aun cuando no causen dolor o sufrimiento físico o psíquico; con cualquier finalidad en ambos supuesto s, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.*

La persona que incurra en alguna de las siguientes circunstancias será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años:

1. Aproveche su conocimiento técnico para aumentar el dolor de la víctima.

2. La cometa una persona que es funcionaria o servidora pública u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, por instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

3. Se cometa con la intención de modificar la identidad de género u orientación sexual.

4. Se cometa en persona con discapacidad, menor de dieciocho años, mayor de sesenta y cinco años o mujer embarazada.

La o el servidor público que tenga competencia para evitar la comisión de la infracción de tortura y omita hacerlo, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años. (COIP, 2013)

INTRODUCCIÓN.- No hay mayor crueldad que la tortura ejercida en contra de un ser humano , peor aún si es inocente pero que ante el dolor por su debilidad y falta de robustez terminara condenado por su confesión arrancada con dolor y martirio , y si por el contrario si es culpable pero se trata de una persona vigorosa y robusta y acostumbrada al maltrato terminara negando el delito y siendo declarado inocente.

Este método investigativo fue practicado hasta no hace mucho tiempo por casi todas las naciones durante el desarrollo del proceso judicial bien para lograr que el detenido se declare culpable , bien para que incurra en contradicciones que lo comprometan , bien para inculpar a otras personas ya culpables de ante mano pero que necesitaban de una confesión de un culpable cierto y determinado para que ellos también sean procesados o finalmente porque era indispensable justificar un trabajo policial y cerrar un caso con chivo expiatorio que por este método lograba ser juzgado y sentenciado .

El delito es cierto o incierto, si es cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes y son inútiles los tormentos, es inútil la confesión del reo si es incierto , no se debe atormentar a un inocente , ya que tal es , según las leyes , un hombre cuyos delitos no están probados .⁴⁶

⁴⁶ CESARE BECCARIA, De los Delitos y de las Penas ,Editorial TEMIS , pag.27

Pero estas prácticas tienen un pasado cercano no solo en el Ecuador sino también en los países vecinos del Perú y de Chile que han determinado la detención del ex presidente Ing. Alberto Fujimori y del ex Dictador general Augusto Pinochet, acusados de cometer estos crímenes durante sus gobiernos .

Todos los pueblos de la antigüedad practicaron la tortura, para averiguamiento procesal, excepto los hebreos. En Grecia se la empleaba para arrancar secretos políticos y militares, existiendo también la tortura judicial. En Roma, tratándose de una sociedad fundada en la esclavitud, se usaba la tortura de carácter doméstico, a la cual podían ser sometidos los esclavos. Si el propietario tiene derecho a destruir su cosa, con más razón tendrá la autoridad para deteriorarla. Esta dura lógica explica la persistencia de la lógica servil en ocasión de litigios domésticos .⁴⁷

Para la legislación romana la tortura judicial estaba permitida en razón del texto contenido en el Digesto de Justiniano , en el título “De Quaestionibus”. Siendo valioso señalar que durante la época republicana esta práctica solo se permitió ejercerla sobre los esclavos y los hostiles (extranjeros) .

Tal vez el momento más oscuro de la humanidad fue la Edad Media, en donde la aparición del sistema inquisitorio en que participó también la Iglesia Católica y en la que se afirmaba que la prueba es resultado de la investigación hecha por el Juez a través de sus auxiliares , permitió el desarrollo del sistema de la tortura .

Es notorio que al reaparecer el *crimen maiestatis* la tortura volvió con más fuerza con él, esta fue una práctica común de la Inquisición religiosa contra los herejes y de manera clara contra la brujería . Constituyó sin duda unos de los medios más efectivos para el afianzamiento de la autoridad, pero esta corriente adquiere en la Modernidad su culminación y su plenitud dentro del esquema estatal está en las Monarquías absolutas.⁴⁸

A partir del siglo XVIII Montesquieu y Beccaria son los primeros en protestar y conseguir una leve disminución , pero con los regímenes totalitarios y especialmente dictatoriales aparece con una fuerza furibunda especialmente por el personal policial. A quienes todavía sostienen que es útil para lograr conservar el principio de autoridad y de seguridad interna de los estados , siendo evidente que se refieren siempre a los gobiernos de facto y no a los democráticos y constitucionales .

En Europa y América se practicaba lo que se conocía como tortura judicial, que consistía en ejercer actos de tortura a personas durante un juicio, para de este modo establecer su culpabilidad; esta práctica fue abolida en el siglo XIX. Y también existe la tortura extrajudicial que es la utilizada por alguna autoridad gubernativa fuera de un proceso judicial, especialmente cuando se trata de delitos políticos.

⁴⁷ GOLDSTEIN , Diccionario de Derecho Penal y Criminología , Editorial Astrea, pag.887

⁴⁸ VASQUEZ ROSSI ,J.E.,Derecho Procesal Penal, T.I, pag.130

La tortura incluye actos de dolor físico o psicológico en contra de alguna persona determinada, todo para conseguir algún fin determinado; es algo maquiavélico, en la tortura “el fin justifica los medios” por lo que era la principal característica de estados totalitarios, monarquías absolutas, feudos, entonces la tortura es un acto denigrante en contra de una persona, que debería ser penada en proporción al daño cometido.

Como expresa Jauchem, como la confesión era la prueba que tenía la virtualidad para tener por acreditada sin más la conducta del acusado, paulatinamente se fueron acentuando los esfuerzos del inquisidor por obtenerla de cualquier forma, corrompiéndose a tal punto el sistema que se llegó a legitimar los métodos más crueles e inhumanos de torturas a fin de arrancar de aquel su confesión.⁴⁹

Estas prácticas inhumanas fueron reguladas y penalizadas por el derecho internacional, teniendo como principal regulador a la *Declaración de los derechos del hombre* que en su Art. 5 dice: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así mismo, como lo dice el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* que en su Art. 7 dice lo mismo que la Declaración de Derechos Humanos “Art. 7.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”

En el antiguo Código Penal este delito no era un delito que lo podía cometer cualquier persona, era un delito especial, es decir que solo las personas que cumplan con ciertas cualidades lo podían cometer, por lo tanto la palabra tortura es una palabra técnica del ámbito penal; se entiende que al hablar de tortura se entiende del abuso de algún servidor público, empleado público, servidor o autoridad con una finalidad muy variada, este delito no puede ser cometido por un particular.

A diferencia de lo que tipifica el nuevo COIP en el que el ser funcionario público aparece como un agravante, mas no como una cualidad necesaria para cometer el delito, además el funcionario público tiene más responsabilidad en este tipo penal ya que como dice el código, el mismo funcionario puede cometer la acción y será sancionado, como también será sancionado el funcionario público que tenga competencia que conozca que alguien comete esa acción, pero sin embargo no hace nada por detenerlo.

Para que se pueda acusar a un funcionario público de hacer caso omiso a detener un acto de tortura se debe tener en cuenta que este funcionario debe tener competencia en este ámbito, si carece de ella no se lo puede sancionar por omisión; a diferencia de que si se puede sancionar a cualquier funcionario (el ser funcionario público cuenta como agravante en este tipo penal) por cometer la acción, en razón de que él, por mandato constitucional, está obligado a proteger los derechos protegidos por la Carta Magna.

⁴⁹ Jauchem, E.M; los derechos del imputado, pag.23

CONCEPTO: Rivacoba señala que la tortura, consiste en el dolor o sufrimiento físico, infringido por funcionario público, o por orden o instigación de él, para obtener así, contra o con la voluntad del atormentado, la confesión del delito que se persigue o de otros que se hayan perpetrado, o la delación de quienes delinquieron con él, o bien para purgar la infamia inherente al delito.⁵⁰

La lucha contra la tortura, muy lejos de poder solazarse y darse por concluida con su terminante victoria de finales del dieciocho o comienzo del diecinueve en el plano formal de las leyes, con la que el tormento pasó a los senos tenebrosos de la historia, ha de continuar develando sin tregua en la realidad su persistencia en la aplicación del derecho, como espantosa práctica policial extendida en sinnúmeros de países y aceptada por muchos jueces para la averiguación de los delitos y de cuantos intervienen en su perpetración, agravada al presente, por una parte, con el aprovechamiento en ella de los adelantos y descubrimientos de la técnica, y, por otra, con la nueva modalidad, desconocida en sus tiempos clásicos y aún más vil y repulsiva que las tradicionales, de lo que tenemos denominada tortura indirecta u oblicua, es decir, la que se emplea sobre quien consta que es inocente o que no sabe nada al respecto de lo que se indaga, no, por lo tanto para provocar su disposición, sino que por evitar sus sufrimientos o ponerles fin, se dedica a entregarse o a declarar la persona que interesa que lo haga.⁵¹

Soler indicó “ toda inflicción de dolores con el fin de obtener determinadas declaraciones. Cuando esa finalidad existe, como simple elemento subjetivo del hecho, muchas acciones que ordinariamente podría no ser más que vejaciones o apremios, se transforman en torturas”.⁵²

A lo largo de los años han existido diferentes definiciones acerca de este delito, el jurista romano Ulpiano declaró que la *quaestio* (como se llamaba la tortura en la Antigua Roma) es “el tormento del cuerpo para obtener la verdad». En el siglo XIII un jurisconsulto dio una definición casi idéntica: «La tortura es la indagación de la verdad por medio del tormento». Lo mismo sucede con otro jurisconsulto del siglo XVII: «La tortura es el interrogatorio mediante el tormento del cuerpo... legítimamente ordenado por un juez con el fin de obtener la verdad”.⁵³

Este concepto jurídico permite aceptar que, aunque la tortura traduzca la acción de atormentar, el tormento traduce una especie de género tortura que, como tal, se objetiviza en la imposición de graves sufrimientos físicos.⁵⁴

Del mismo modo como en tratados internacionales se ha definido lo que se debe entender por tortura en los países suscritos, tenemos por ejemplo la *Convención contra*

⁵⁰ Citado por Carbonell Mateu, J. C. y otro; Comentarios al código penal, vol. II CIT., p. 898

⁵¹ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, prólogo del Libro de FORNER Juan Discursos sobre la tortura. EDEVAL, Valparaíso, 1990, pag.32

⁵² SOLER, Derecho Penal Argentino, tomo III, pag.485

⁵³ Peters, Edward (1987). *La tortura*. Alianza Editorial. ISBN 978-84-206-0251-6.

⁵⁴ LAJE ANAYA, Justo. Algunas consideraciones sobre el delito de tortura, pag.845

la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que en su Art. 1 señala que: *A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflige intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infringidos por un funcionario público u otra persona en el ejército de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimiento que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance."*

BIEN JURÍDICO

Al practicar la tortura el agente procede con su accionar a desconocer a la otra persona como tal , es negarle su calidad de ser humano y por lo tanto merecedor de garantías y derechos que deben respetarse y protegerse. Es olvidarse o rechazar la dignidad humana que debe prevalecer y custodiarse , peor aun cuando quien ordena o quien ejecuta el acto es un funcionario público por que traiciona el deber de cuidado o de función al que está obligado por el ejercicio de su cargo .

Todo los actos que se realicen en contra del ser humano arrancándole las unas , retorciéndole los dedos , sacándole los ojos , golpeándolo son prácticas que no pueden ser toleradas por el orden jurídico de la una nación .

En la tortura se la situación extrema , que han hecho notar los autores cuando se referían a los campos de concentración , esto es , el momento en que el dilema es seguir o no siendo un ser humano . Frente a esta situación el margen de la libertad y de elección real es inexistente , de modo que cualquier cosa que se diga o se haga , en este extremo , está fuera de cualquier juicio ético por una parte , y por otra , la validez frente al derecho es inexistente .⁵⁵

Definir un solo bien jurídico en este delito no es tan fácil dado que por la naturaleza del delito este afecta mas de un bien jurídico; desde luego uno de esos es la dignidad o la integridad moral de la persona sometida a distintos métodos de tortura tales como: que se la ate, se la encadene, se la obligue a cometer actos que por sí solo no haría, se le realicen actos sádicos, cualquier tipo de acto sofisticado que combinado con la tecnología los torturadores conozcan para hacer sufrir tanto física como psicológicamente a la persona y de ese modo obtener resultados más eficientes al momento de realizar la acción, sin duda existen muchas otras clases de torturar pero cualquiera que sea la naturaleza del acto nadie estaría en contra si decimos que es

⁵⁵ AGAMBEN , Giorgio.Lo que queda de Ausclrwitz, Homo Scar III, pretext Valladolid , Espana , pag.56

totalmente humillante ser sometido a cualquiera de esas acciones, que sin duda existen muchas más de las arriba mencionadas.

Además de la integridad se ven afectados otros bienes jurídicos: la vulneración de ciertos derechos (libertad, salud), el precepto de bienestar físico y psicológico de una persona y ciertos derechos fundamentales relacionados con los procesos penales (ya que en ciertas ocasiones se busca tortura para conseguir confesiones de culpabilidad u otro tipo de acciones que van en contra de todo lo establecido en el código de procedimiento penal o cualquier otro código de procedimiento judicial.

El bien jurídico, entonces no tiene que ver con la libertad propiamente dicha , sino con la dignidad fundamental de la persona para algunos autores ⁵⁶, la integridad moral de todos los ciudadanos , sin ningún tipo de distinción .⁵⁷

En resumidas cuentas, el delito de tortura, ha de tutelar el concepto de personalidad humana, en su sentido más laxo, en cuanto los valores inherentes a dicha condición ontológica, que se ven afectados, cuando se atenta contra la dignidad, presupuesto esencial para la autorrealización del individuo; afectación, que por su trascendencia es catalogado como un “crimen contra la humanidad”, al lesionarse los sentimiento más relevantes de la comunidad internacional. ⁵⁸

TIPICIDAD OBJETIVA

Sujeto Activo

A diferencia de las legislaciones penales americanas en donde este es un delito especial donde el sujeto activo será siempre el funcionario público y sus auxiliares que podrían ser particulares que los ayuden en el acto , en nuestro país el sujeto activo es cualquier particular o sea la persona que realiza el acto delictivo (tortura) que tenga el fin de infligir daño físico o psicológico a manera de tortura solo por conseguir algo de la víctima y sin la necesidad de que la víctima esté privada de su libertad con orden legítima o no.

Pero si el acto es cometido por un funcionario público esto pasa a ser un agravante ya que se lo podría denominar como abuso de poder pues es evidente que él tiene una posición de superioridad sobre la víctima por lo que en su caso es notoria la alevosía con que actúa .

Lo mismo sucede con el funcionario que teniendo competencia de detener un acto de tortura no lo hace, con la diferencia de que en esta situación no se hablaría de abuso de poder sino omisión dolosa de responsabilidad. Esto se debe a una fuerte corriente humanista en el derecho penal en donde lo importante jamás será castigar solo y

⁵⁶ TARRIO Y HUARTE PETITE, Torturas , detenciones y apremios ilegales , pag.77

⁵⁷ LASCURAIN SANCHEZ , Juan .Comentarios al Código Penal , pag.184

⁵⁸ Cabrera Freyre, A.; derecho penal parte especial; Idemsa; pag.767

principalmente al funcionario público, incluso con más dureza que a los torturadores , pues se ha aceptado que el horror de este delito es la tortura y no los funcionarios en particular .

No se exige que los tormentos se realicen en forma prolongada pues basta que estos se hayan ocasionado en un solo momento suficiente para lastimar y causar dolor físico o psíquico a la víctima para que estemos frente a este delito. Este delito con el nuevo COIP deja de ser un delito especial , diferenciándose de otros códigos penales de la región que lo mantienen así , ya que cualquier persona particular lo puede cometer .

Sin embargo estaríamos hablando también de una autoría mixta , ya que como dice el código lo puede cometer tanto un particular como un funcionario publico (sea de carrera o que ocasionalmente desempeñe la función pública) sea que instiga a que se cometa la tortura o da su consentimiento o aquiescencia , lo cual agrava su conducta.

Refiriéndonos al particular, la pena que él puede tener es de 7 a 10 años como está determinado en el código, se lo juzgara por todos los actos cometidos. En el caso del funcionario público es algo diferente ya que al ser funcionario público y permitir o autorizar o instigar a que se practique la tortura , esta lesionando el deber que tiene de proteger al ciudadano y de cumplir con la ley , por lo que falta a su responsabilidad con el estado que lo hace garante y custodio de los derechos garantizados por la constitución.

El funcionario público además inspira autoridad y confianza por ello al ordenar que se cometa la tortura traiciona su responsabilidad y agrava su conducta y por ello la ley es más severa al momento de decidir de imponer una pena (de 10 a 13 años) .

El COIP señala diferentes conductas típicas en la comisión de la infracción:

- 1.- Aproveche su conocimiento técnico para aumentar el dolor de la víctima.
- 2.-Se cometa con la intención de modificar la identidad de género u orientación sexual.
- 3.- Se cometa en persona con discapacidad, menor de dieciocho años , mayor de sesenta y cinco años o mujer embarazada.

Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo de este tipo penal seria cualquier persona, sea que esté o no privada de libertad tanto legitima como ilegítimamente, sobre la cual recaen todos esos actos inhumanos realizados con el único fin de conseguir algún tipo de información u otros motivos que no justificarían de ninguna manera todas las situaciones por las que pueden hacer pasar a una persona en una tortura.

Sin embargo no puede considerarse sujeto pasivo de una tortura por cualquier detención violenta realizada, para que pueda determinarse como sujeto pasivo de este tipo penal debe cumplirse el objetivo del delito, es decir debe haber síntomas claros de haberse agredido con brutalidad a la víctima con el ánimo de obtener información o lograr una confesión de algún tipo o castigarlo, coaccionarlo e intimidarlo .

En los casos de que alguna persona reciba agresiones de algún tipo no puede considerarse como tortura. A ese comportamiento se lo penará de acuerdo a otros delitos.

Quedan comprendidos las personas que han sido legal y correctamente detenidas o puestas a disposición de autoridad competente (juez) como aquel individuo que ha sido privado ilegalmente de su libertad.⁵⁹

Modalidad Típica

El comportamiento típico es cuando una persona particular y en ciertos casos un funcionario público provoca a otra persona cualquier forma de dolor físico , daño psicológico o lo somete a situaciones degradantes que disminuyan su personalidad, capacidad física o mental aunque estas no causen dolor físico ni daño mental; con el único objetivo de obtener información o la confesión de la persona sobre quien recae la acción o de castigarla por algún acto cometido o simplemente por asustarlo.

Los actos de tortura se pueden cometer por acción o por omisión, a su vez pueden tener como objetivo un sufrimiento físico o psíquico, y pueden tener como sujeto de la tortura a un tercero a fin de influir de este modo en otro para que doblegue su voluntad.⁶⁰

La tortura será por “comisión”, cuando el agente estatal y/o el particular, ejercer actos de violencia física y/o psicológica sobre la víctima, de tal intensidad para que esta última admita ser culpable de un crimen que puede o no haberlo cometido, es decir, no admite los términos de la incriminación por colaborar voluntariamente con la administración de justicia, sino para que cesen los actos que le infligen dolor u otro tipo de padecimiento⁶¹

Mientras que la tortura por “omisión dolosa ” es cuando se le niega de elementos de primera necesidad sin los cuales no puede subsistir o sea vivir (tales como agua, comida, medicamentos en caso de que este enfermo...etc.) , el no prestar el teléfono para llamar a sus familiares o algún abogado para su protección , el no contar con elementos de primera necesidad o de cualquier forma sometan a la víctima a condiciones que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aún cuando no causen dolor físico o psíquico es una forma de tortura .

⁵⁹ Donna, A. Derecho penal parte especial. Tomo II A, rubinzal-culzoni editors, Buenos Aires. P. 196.

⁶⁰ Jauchen, E.M.; los derechos del imputado

⁶¹ Portilla Contreras, G.; torturas y otros delitos contra la integridad moral. Cit. p. 286

Los abusos a los que son víctimas las personas que están reclusas legalmente en algún centro de rehabilitación social contarán como tortura si provocan sufrimiento ; por ejemplo : los policías de una prisión que aprovechan su poder dentro del establecimiento y golpean injustificadamente a un interno, este acto cuenta como tortura ya que debido a la naturaleza del tipo penal en esta acción cumple la finalidad que es la de infringir dolor a la víctima .

De modo, que presupuesto de configuración, es que los actos que dan lugar al delito de tortura, tomen lugar en un escenario particular, en el marco de una investigación penal, como se menciona en el enunciado el término “confesión”, lo que ha implicado la definición de la llamada “tortura indagatoria”.

A partir de dicha institución, a quien se le atribuye haber cometido un hecho punible, sea como autor y/o participe, admite haber participado dichos hechos ante los órganos estatales de persecución penal, en las primeras diligencias investigativas y con todas las garantías del caso, en presencia de su abogado defensor y del representante del ministerio público; de ser efectuados por los efectivos del orden, bajo la batuta del fiscal. Son tres requisitos para que se pueda hablar de una confesión libre ⁶² y que la misma no este viciada cuando ha sido obtenida por medio de la intimidación o el abuso no solo para incriminarse sino para incriminar a gente inocente, pues de ocurrir aquello además de invalidar su confesión por ser obtenida en forma ilegal y ser considerada una prueba ilícita es también un claro ejemplo de tortura .

En la defensa de los señores Chañarte acusados de ser los autores intelectuales del crimen del Fiscal de Jipijapa R.L. quedó demostrado cómo se logró con la participación de funcionarios públicos y con intimidación a uno de los detenidos que se declare culpable de ser el autor material de la infracción cuando en la práctica jamás había participado en ese asesinato , sin que haya sido ni golpeado físicamente pero si intimidado, de no tener contacto con su familia , de ser trasladado a una cárcel de máxima seguridad en vez de la cárcel común de Portoviejo El Rodeo donde estaba , y de otras cosas que avergüenzan solo de repetir las .

En algunos países se señala que los tratos crueles e inhumanos no tienen que ser ejecutados sobre la víctima obligatoriamente; se pueden aplicar estos actos de tortura sobre algún familiar que tenga un gran grado de afinidad con la víctima para que al verla sufrir todos estos actos de tortura la víctima confiese. Este tipo de ejecutar la tortura se conoce como tortura psicológica, ya que no afecta físicamente a la víctima pero si lo afecta de otro modo y consigue los mismos resultados.

El modo de diferenciar la tortura de algún otro tipo de delito se basa en la intensidad con la cual se sufre en este tipo penal, ya que se supone que los malos tratos no van a parar hasta obtener el resultado deseado (la confesión o algún tipo de información) por

⁶² Pena Cabrera Freyre, A.R.; Manual de derecho procesal penal, cit., ps. 445-448, exegesis al Nuevo código procesal penal, T.I, cit., ps. 527-531

lo que el sufrimiento de la persona es indeterminado porque no se conoce hasta qué grado una persona puede aguantar tantos actos de tortura.

Se consideran agravantes y serán sancionados de un modo diferente (más severo) por distintos motivos tales como: la experiencia o preparación en nuevos métodos de tortura que puedan causar más dolor, tanto físico como mental, el hecho de que la persona que cometa el delito sea un funcionario público o una persona que el funcionario público haya ordenado cometer este delito, si la tortura es cometida con el único fin de cambiar la identidad de género u orientación sexual y por último que la tortura sea cometida a un discapacitado, a un menor o a un mayor de sesenta y cinco años o a una mujer embarazada.

1. Aproveche su conocimiento técnico para aumentar el dolor de la víctima.

Es cuando el agente en razón de su oficio o profesión (médicos , psicólogos ,etc.) procede a aplicar técnicas que provocaran un mayor dolor a la víctima , generarán una mayor agonía y sufrimiento aumentado por los métodos en los que los agentes se basen para lastimar a la víctima .

Es la pericia que tiene el torturador para ser más efectivo en el daño que va a causar , no se trata de hacer sufrir en forma brusca sino por el contrario que este sufrimiento sea más intenso por la forma técnica que la experiencia y el conocimiento que el agresor tiene por sus años de experiencia , por el dominio de la técnica o por el ejercicio que se practicó en el sistema de los métodos de torturar.

2.La cometa una persona que es funcionaria o servidora público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas , por instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

Por qué traiciona su deber de ser custodio y garante de derechos que debe proteger y que por ello es inexcusable su comportamiento al señalar que obró por seguridad de la nación para evitar el crecimiento de la delincuencia o de entes terrorista, no hay justificación en su proceder .

Por lo que estaríamos hablando de abuso de autoridad o poder que le hace creer a él y los que le auxilian que gozarán de una impunidad , pues la circunstancia histórica exigía este comportamiento .

Supone en forma clara su comportamiento, tanto de acción al obrar en forma directa al ser el mismo el que cometa los actos de tortura , o también de forma mediata al instigar o dar su consentimiento para que se realice el acto lesivo , pero además existe la omisión dolosa al no impedir que se hagan estos actos que saben se están realizando .

2. Se cometa con la intención de modificar la identidad de género u orientación sexual.

Este constituye como agravante debido a que al ser libres de decidir qué queremos o no queremos ser (refiriéndome estrictamente a la inclinación sexual) no podemos ser sometidos bajo ningún criterio a una tortura para cambiar nuestra orientación sexual o nuestra identidad de género . Además se sanciona el solo hecho de haber pretendido lograr ese objetivo , es decir no es necesario que el mismo se haya alcanzado para configurar el delito .

3. *Se cometa en persona con discapacidad, menor de dieciocho años, mayor de sesenta y cinco años o mujer embarazada.*

Este se considera agravante porque se va directamente contra el Art.35 de la constitución, que dice lo siguiente: las personas adultas mayores, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y **secua**, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

Al verse afectados cuatro grupos vulnerables protegidos por la constitución del 2008 se considera una mayor pena, porque se trata de personas que seguramente no ejercerán ninguna resistencia mientras son torturados al ser relativamente débiles debido a sus condiciones pues es evidente que una persona con discapacidad , un menor de dieciocho años , un mayor de sesenta y cinco años y una mujer embarazada no podrán mayor resistencia por la incapacidad que tiene o por la edad o por poner en peligro el embarazo . La norma entonces establece un sujeto calificado pasivo en este tipo delictual porque tiene que reunir una condición particular.

E.-DELITOS DE LESA HUMANIDAD

En el **Código Orgánico Integral Penal** este delito está tipificado en su **ART. 89.- *Son delitos de lesa humanidad aquello que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil: la ejecución extrajudicial, la esclavitud, el desplazamiento forzado de la población que no tenga por objeto proteger sus derechos, la privación ilegal o arbitraria de libertad, la tortura, violación sexual y prostitución forzada, inseminación no consentida, esterilización forzada y la desaparición forzada, serán sancionados con pena privativa de libertad de veintiséis a treinta años.***

Introducción.- Se habla de delitos de lesa humanidad por que abarca no solo un tipo penal sino varios que tienen como característica común lesionar de forma sistemática o generalizada a una población civil, y a pesar que todos ellos son tipificados en forma individual en el COIP adquieren una identidad propia que agrava la conducta del agente por la forma en que se realiza.

Según el significado la palabra “lesa” en latín, es el pasado participio del verbo “laedere” que significa ofender, dañar o herir y según él un diccionario jurídico el significado de “lesa” es: adjetivo con significación de agraviado, lastimado, ofendido, agraviado ‘Aplicase principalmente a la cosa que ha recibido el daño o la ofensa’.⁶³ Mientras que el término “humanidad” según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se refiere al género humano o a un conjunto de personas.

Por lo que al hablar acerca de este delito se sobre entiende que se ofende no solo a la persona sobre quien recae la acción, sino a la humanidad entera; según el Estatuto de Roma, pueden ser considerados como delitos de lesa humanidad los once tipos penales que a continuación enumeramos:

Asesinato: homicidio intencionado.

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.

Esclavitud: ejercicio de derechos de propiedad sobre una persona, incluido el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños;

Deportación o traslado forzoso de una 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.**

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

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

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.**

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.

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

⁶³ Goldstein, R.; Diccionario de derecho penal y criminología; Editorial Astrea, Buenos aires; p. 648.

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.

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.

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.⁶⁴

Como con todos los anteriores delitos imprescriptibles, este conjunto de delitos también tiene una evolución histórica debido a su exceso en el pasado. Esta de más decir el dolor que puede producir cualquiera de estas prácticas sobre una persona; pero se consideran de este modo “de lesa humanidad” porque no solo se ve afectado la persona sobre la cual recae el acto sino que se ve afectada toda la humanidad y por eso tiene este carácter de imprescriptible, la evolución histórica de este conjunto de tipos penales en la doctrina internacional es la siguiente:

- **Declaración de San Petersburgo de 1868:** en esta declaración se establecieron normas de cooperación internacional para la prevención y el castigo de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Esta declaración marco un importante precedente al derecho internacional humanitario
- **Clausula Martens:** aquí se establece un código más completo de las leyes de guerra, en este punto las partes contratantes juzgaron oportuno declarar que, en los casos no incluidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedaron bajo la protección y el imperio de los principios del derecho internacional, tal como resultaron de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública, esto fue establecido en el preámbulo de la convención de la Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre
- **Declaración formulada por Francia, Gran Bretaña y Rusia:** el 24 de mayo de 1915, en esta declaración denunciaban la matanza del pueblo armenio realizada por el imperio Otomano como “crímenes contra la humanidad” por los cuales los miembros del gobierno turco junto con los implicados en ella debían ser considerados responsables, al igual que sus agentes implicados en aquellas masacres.

⁶⁴ Enciclopedia Wikipedia, recuperado de: http://es.wikipedia.org/wiki/Crimen_contra_la_humanidad

- **Informe de la comisión instituida al término de la primera guerra mundial:** En 1919, en una primera fase, los crímenes de lesa humanidad fueron entendidos como crímenes de guerra, e incorporaron conductas que constituyeron infracciones a las “leyes y costumbres de guerra”.
- **Acuerdo en Londres:** Se realizó en agosto 8 de 1945, en el cual se anexaron los estatutos del tribunal militar internacional para el procesamiento y el castigo de los mayores criminales de guerra del eje europeo.

Este acuerdo establecía que constituían crímenes de lesa humanidad “el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y todo otro acto inhumano cometido contra poblaciones civiles antes o durante la guerra; o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos cuando hubieses sido cometida en ejecución o en conexión con un crimen de la competencia del tribunal. Hayan o no constituido una violación del derecho interno del país en el que se perpetraron

- **Tribunal de Núremberg:** El 17 de diciembre de 1942, los líderes de los Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión Soviética hicieron pública la primera declaración conjunta donde se reconocía oficialmente el exterminio masivo de judíos europeos y se determinaba que se enjuiciaría a los responsables de la violencia perpetrada contra poblaciones civiles. Aunque algunos líderes políticos eran partidarios de ejecuciones inmediatas en lugar de juicios, los aliados finalmente decidieron formar un Tribunal Militar Internacional. Así lo expresaba Cordell Hull: “una condena después de un juicio como este será la sentencia de la historia y los alemanes no podrán decir que se les arrancó por la fuerza una confesión de culpabilidad” (United states Holocaust Memorial Museum)
-
- **Convención de la ONU (Organización de Naciones Unidas) para la prevención y la represión del crimen genocidio:** En 1948 en el artículo que se rompe el nexo de necesidad de una guerra para que pueda ser cometido un crimen de lesa humanidad: “el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional”.

A partir de la conformación del tribunal de Nuremberg de 1945, se pueden identificar dos planos distintos a saber.-primero, el reconocimiento de “crímenes internacionales”, a todos aquellos que atentan gravemente contra la humanidad; y segundo, el reconocimiento de la responsabilidad individual del agente criminal, muy aparte de la responsabilidad de los estados.⁶⁵ Y se entiende que delitos de lesa humanidad son todas las acciones que sistemáticamente se dirigen a afectar o privar un derecho fundamental

⁶⁵ Cabrera, A. Derecho penal parte especial. Idemsa, Perú. P.481

a un colectivo de personas; además este delito puede ser cometido tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra.

BIEN JURÍDICO

Para destacar el bien jurídico protegido por este tipo penal tenemos la indicación dada por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en su decisión del caso Endemovic:

“...Los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima...”⁶⁶

Sin embargo pese a todas estas características la doctrina no ha podido tener una decisión unánime acerca de cual es el bien jurídico protegido; porque se alega que el bien jurídico protegido tiene dos fuentes. Desde el punto de vista individual el bien jurídico serían los derechos fundamentales que vienen inherentes al ser humano por el solo hecho de haber nacido. Ya que al momento de cometerse cualquiera de los delitos considerados como de lesa humanidad se violan derechos fundamentales que cada humano debería tener. Pero, por otro lado la otra que dice que este delito tiene que ser visto desde el punto de vista colectivo y en ese caso el bien jurídico a proteger es la población civil.

Frente a esto, María Beatriz García, comenta: a consideración exclusiva de la protección de bienes jurídicos individuales no justificaría el plus de injusto de estos delitos que avalan la pena impuesta para ellos. La vulneración masiva de estos bienes jurídicos individuales se castigaría a través de un concurso real con el que quedaría, a mi juicio, abordado todo el injusto cometido...”. En este sentido, señala esta autora que “...el bien jurídico protegido en los delitos de lesa humanidad... el objeto de protección es la población civil o parte de dicha población, esto es, un grupo humano con independencia que concurren entre ellos signos de identidad comunes... Este grupo de delitos constituye el vértice de una pirámide que tiene en su base los bienes jurídicos individuales y en los niveles siguientes los intereses de la colectividad y los del Estado...”⁶⁷

Aunque otra parte de la doctrina sostiene que el bien jurídico que se viola al cometerse este tipo de delito no son solo los derechos fundamentales sino que también se ve

⁶⁶ TPIY. “The Prosecutor v. Drazen Erdemovic”, sentencia del 29 de noviembre de 1996, parágrafo 28. En: <http://www.un.org/icty/erdemovic/trialc/judgement>

⁶⁷ GARCÍA SÁNCHEZ, María Beatriz. “Los crímenes contra la humanidad: regulación española ante la adopción del Estatuto de Roma de 1998”. Páginas 11 y 12. En: <http://www.letasjuridicas.com/Volumenes/12/garcia12.pdf>

afectado el valor jurídico de la norma constitucional que protege tales derechos cuya violación correspondería a un límite del poder del estado.

Por ende el bien jurídico protegido sería la norma constitucional, la cual el estado debe respetar y defender. Por lo que el estado no debería abusar de sus atribuciones para violar estas garantías que ofrece la constitución. Por lo que al hablar de esto nos estaríamos encontrando frente a un bien jurídico institucional "...un bien jurídico que recoge un sistema orgánico y complejo de valoraciones, en este caso el sistema garantizador de la Constitución respecto a la libertad y seguridad, en otros términos, el sistema de control a las actuaciones de los poderes públicos. Se trata de un bien jurídico que sirve de protección previa a bienes jurídicos concretos, sin quedar identificados con ellos..."⁶⁸

Sujeto Activo:

El sujeto activo, en esta conducta delictual es cualquier persona natural , particular o funcionario público (militar o policial o estatal) que cometa de manera generalizada o sistemática un ataque contra alguna población civil y no contra una persona en particular , debiendo considerarse como delitos de lesa humanidad los siguientes:

- Ejecución extrajudicial
- Esclavitud
- Desplazamiento forzado de la población que no tenga por objeto proteger sus derechos
- Privación ilegal o arbitraria de libertad
- Tortura
- Violación sexual y prostitución forzada
- Inseminación no consentida
- Esterilización forzada
- Desaparición forzada

Si el ataque a la población civil no es de manera sistemática y generalizada igual se podrá castigar todos estos delitos, pero no como de lesa humanidad sino como su tipo penal correspondiente.

⁶⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "El delito de práctica ilegal de detención por parte del funcionario público". En: Cuadernos de Política Criminal. Nº. 20. Madrid, 1983, p. 347.

Muchos doctrinarios contemporáneos determinan que los sujetos activos de los delitos de lesa humanidad son funcionarios estatales o miembros de una organización política con fuerza dentro de un determinado espacio territorial, ya que abusando de su influencia o poder arremeten contra la sociedad civil por el hecho de considerarse opositores a su régimen y aparentemente peligrosos, nuestro Código Penal no hace sin embargo este distinción y considera como sujeto activo a cualquier persona que lo cometa por lo que no sería un sujeto calificado como en otras legislaciones .

Sujeto pasivo

Es un sujeto pasivo colectivo por que comprende una población civil atacada no necesariamente por cuestiones de raza, etnia o color y que se ve afectada por el ánimo del victimario de alcanzar o su exterminio o su esclavitud o su desplazamiento o cualquiera de los tipos penales sancionados en esta conducta delictual .

Evidentemente, se requiere que los sujetos afectados por la conducta reprochada sean varios , no cabe aplicar esta norma cuando la víctima es una persona de la comunidad en particular , para ello se aplicaran otras normas legales .

Modalidad Típica

También hay que especificar que los delitos de lesa humanidad no solo pueden ser cometidos en tiempo de guerra ya que han existido muchas situaciones en tiempos de paz. Para considerarse como delito de lesa humanidad este debe cumplir con ciertas cualidades:

1. Son actos generalizados (no a un individuo determinado, sino a varios que contengan un patrón similar. Por ejemplo: los negros, los judíos, los cristianos , los grupo delincuenciales , ...etc.) pero si el ataque es realizado a un individuo determinado este deberá ser juzgado conforme a su tipo penal correspondiente pero ya no podrá ser considerado como de lesa humanidad.
2. Son actos sistemáticos (en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o mas grupos raciales con la intención de mantener ese régimen⁶⁹ por ejemplo: durante la segunda guerra mundial los alemanes querían mantener el dominio de su raza “pura” sobre los judíos que eran considerados como de raza inferior, con el fin de mantener esta superioridad se exterminaba esta raza. Esto es un claro ejemplo de un ataque sistemático)
3. En algunas legislaciones extranjeras son perpetrados por las autoridades de un estado o por particulares que actúan por insistencia de dichas autoridades , en nuestro país esta participación agrava su responsabilidad.
4. Están dirigidos a poblaciones civiles, por motivos políticos, económicos, raciales, religiosos o culturales.

⁶⁹ Muñoz Conde, F.; Derecho penal parte especial.; tirant lo blanch; Valencia, 2010. P.781

F.-CRÍMENES DE GUERRA

A pesar de que en la Constitución vigente se señala a este delito como uno de los llamados imprescriptibles, el COIP no lo identifica en forma directa por el contrario obvia señalarlo.

Entonces debemos recurrir a los diferentes tipos penales que la legislación internacional ha identificado en su conjunto como crímenes de guerra, y que están especificados en el Art. 7 del estatuto de Roma de la corte penal internacional.

La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. A los efectos del Estatuto de Roma, se entiende por “crímenes de guerra”:

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

1. i) El homicidio intencional;
2. ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
3. iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
4. iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;
5. v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga;
6. vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente;
7. vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal;
8. viii) La toma de rehenes;

El servicio de asesoramiento en derecho internacional humanitario ha elaborado un cuadro donde hace una comparación entre los crímenes de guerra definidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) y otras fuentes del derecho internacional humanitario (DIH). La finalidad es, por una parte, determinar el origen de los términos utilizados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional para definir los crímenes de guerra y, por otra, hacer resaltar las diferencias que hay en la formulación y el contenido de estas definiciones en relación con las obligaciones dimanantes del derecho humanitario.

Se comparan los crímenes a los que se aplica el Estatuto de la Corte Penal Internacional con las infracciones siguientes:

- las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo I adicional;
- las violaciones graves de las leyes y costumbres de guerra aplicables a los conflictos armados internacionales (a partir de los siguientes instrumentos: Declaración de La Haya de 1899, Reglamento Anexo al Convenio IV de La Haya de 1907, Protocolo de Ginebra de 1925, la Convención de la Haya sobre Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y sus protocolos, Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado de 1994 y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de ex Yugoslavia);
- las violaciones graves de las leyes y costumbres de guerra aplicables a los conflictos armados que no son de índole internacional (a partir de las siguientes normas o instrumentos: artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, de 1977, el Segundo Protocolo de la Convención de la Haya sobre Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1999, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado de 1994, y los Estatutos de los Tribunales penales internacionales de Ruanda y de ex Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leone).

El COIP en el primer libro, título IV , capítulo segundo, sección cuarta con el título delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, y que a continuación estudiaremos :

Artículo 115.- Homicidio de persona protegida.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, mate a una persona protegida, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

La **persona protegida** es una persona a la que se ha concedido estatus especial debajo de las Convenciones de Ginebra entre el Derecho Internacional Humanitario.

De acuerdo a la Cuarta Convención relativa a la Protección de Civiles en Tiempo de Guerra de 1949, el artículo 4 define una persona protegida.

Según este artículo, existen dos tipos de civiles para quien una protección debe ser concedida frente a acciones arbitrarias por parte del enemigo en tiempo de guerra:

personas de la nacionalidad enemiga viviendo en el territorio del estado beligerante
habitantes de territorios ocupados

Sin embargo, se entiende que las siguientes categorías de personas están excluidas:

- nacionales de un estado que no ha firmado la Convención
- nacionales de un estado neutral o co-beligerante, con tal que existe representación diplomática normal con el estado en que residen

En otras palabras, existen dos clases amplias de una persona protegida:

- nacionales enemigos entre el territorio nacional de cada parte del conflicto y
- la población entera de los territorios ocupados (excluyendo los nacionales del poder ocupante).

Protecciones que deben ser acordados a personas protegidas

Toda persona protegida debe ser:

- tratado humanamente
- cuidado, si enfermo o herido
- permitido acceso a los representantes del poder protector (un estado neutral responsable para salvaguardar el interés de una parte del conflicto) o el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), u otro cupero calificado e imparcial.

Una persona protegida **no** puede ser:

- atacado
- asesinado
- mutilado
- torturado
- usado en experimentos médicos o científicos
- tomado como rehén
- humillado o degradado
- ejecutado sin un juicio regular
- discriminado por cuenta de raza, religión, sexo, condición de nacimiento o riqueza hecho víctima de represalias

Ello significa que el tipo penal exige dos características la primera es que se muere a una persona protegida y la segunda que el acto ocurra en tiempo de guerra , entendiéndose que puede darse en dos momentos diferentes a.- cuando el conflicto ya se ha desarrollado o b.-que haya ocurrido con ocasión del mismo .

En protección de esta persona protegida la norma legal penal ecuatoriana a establecidos varios tipos penales que tienen como facultad protegerlos en caso de que sean victimados .

Artículo 116.- Atentado a la integridad sexual y reproductiva de persona protegida.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, lesione o afecte la integridad sexual o reproductiva de persona protegida, será sancionada conforme con las penas previstas en cada uno de los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, aumentada en un tercio.

Artículo 117.- Lesión a la integridad física de persona protegida.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, cause lesiones en persona protegida,

siempre que no constituya otra infracción de mayor afectación, será sancionada con las penas máximas previstas en el delito de lesiones aumentadas en un medio.

Artículo 118.- Mutilaciones o experimentos en persona protegida.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, mutile, extraiga tejidos u órganos o realice experimentos médicos o científicos a persona protegida, será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.

Artículo 119.- Tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes en persona protegida.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, en territorio nacional o a bordo de una aeronave o de un buque de bandera ecuatoriana, torture o inflija tratos crueles, inhumanos o degradantes a persona protegida será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.

Artículo 120.- Castigos colectivos en persona protegida.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija castigos colectivos a persona protegida, será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.

Artículo 121.- Empleo de métodos prohibidos en la conducción de conflicto armado.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, emplee métodos prohibidos por el Derecho Internacional Humanitario, y en particular, los siguientes, será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años:

1. El someter a padecimiento de hambre a la población civil, inclusive a través de la obstaculización de los suministros.
2. La utilización de la presencia de una persona protegida como escudo para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a salvo de operaciones bélicas o para obstaculizar las acciones del enemigo en contra de objetivos militares determinados.
3. La orden de no dar cuartel.
4. El ataque a la población civil. 5. El ataque a los bienes civiles.
6. El ataque indiscriminado con la potencialidad de provocar muerte o lesiones a civiles, daños a bienes protegidos o daños graves o desproporcionados al ambiente.

Si estas prácticas provocan la muerte de un combatiente o un miembro de la parte adversa que participe en un conflicto armado, la pena será de veintidós a veintiséis años.

Artículo 122.- Utilización de armas prohibidas.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, produzca, almacene, utilice o distribuya armas prohibidas por el Derecho Internacional Humanitario, será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.

Artículo 123.- Ataque a bienes protegidos.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, dirija o participe en ataques contra bienes protegidos, será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.

Artículo 124.- Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural, obstaculice o impida al personal médico, sanitario o de socorro a la población civil, la realización de las tareas sanitarias y humanitarias que pueden y deben realizarse de acuerdo con las normas del Derecho Internacional Humanitario, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Artículo 125.- Privación de libertad de persona protegida.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive de libertad, detenga ilegalmente, demore o retarde la repatriación de la persona protegida, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Artículo 126.- Ataque a persona protegida con fines terroristas.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice cualquier forma de ataque a persona protegida con el objeto de aterrorizar a la población civil será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Artículo 127.- Reclutamiento de niños, niñas y adolescentes.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute o aliste a niñas, niños o adolescentes en las fuerzas armadas o grupos armados o los utilice para participar en el conflicto armado, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Artículo 128.- Toma de rehenes.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a otra de su libertad, condicionando la vida, la integridad o su libertad para la satisfacción de sus exigencias formuladas a un tercero o la utilice como medio para fines de defensa será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Artículo 129.- Infracciones contra los participantes activos en conflicto armado.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice cualquiera de las siguientes conductas en contra de un participante activo, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años:

1. Obligarlo a servir de cualquier modo en las fuerzas armadas del adversario.
2. Privarlo del derecho a tener un juicio con las garantías del debido proceso.
3. Impedir o dilatar injustificadamente su liberación o repatriación.

Artículo 130.- Traslado arbitrario o ilegal.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, traslade a territorio ocupado a población de la potencia ocupante, deporte o traslade dentro o fuera del territorio ocupado la totalidad o parte de

la población de ese territorio, salvo que dichas acciones tengan por objeto proteger los derechos de esa persona o grupo de personas, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Artículo 131.- Abolición y suspensión de derechos de persona protegida.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, declare abolidos o suspendidos los derechos, garantías constitucionales o acciones judiciales de las personas protegidas, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Artículo 132.- Modificación ambiental con fines militares.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, utilice técnicas de modificación ambiental con fines militares, de combate u otros fines hostiles como medio para producir destrucciones, daños o perjuicios vastos, duraderos, graves o permanentes al ambiente, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Artículo 133.- Denegación de garantías judiciales de persona protegida.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de las garantías del debido proceso, imponga o ejecute una pena sin que haya sido juzgada en un proceso judicial, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Artículo 134.- Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, omita las medidas de socorro y asistencia humanitaria a favor de las personas protegidas, estando obligada a hacerlo, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Artículo 135.- Omisión de medidas de protección.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, omita la adopción de medidas para la protección genérica de la población civil, estando obligada a hacerlo, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Artículo 136.- Contribuciones arbitrarias.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, imponga contribuciones arbitrarias, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Artículo 137.- Prolongación de hostilidades.- La persona que prolongue las hostilidades con el enemigo, pese a haber sido notificada oficialmente con el acuerdo de paz, armisticio o tregua, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Artículo 138.- Destrucción o apropiación de bienes de la parte adversa.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, destruya, se apodere o confisque los bienes de la parte adversa, sin necesidad militar imperativa, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Artículo 139.- Abuso de emblemas.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin derecho a ello, use el emblema de la cruz roja, media luna roja o cristal rojo, una señal distintiva, de cualquier otro signo o señal que sea una imitación o que pueda prestar a confusión , será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Introducción .- Luego de los atroces crímenes que se cometieron tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, en especial durante la primera y segunda guerra mundial el mundo quedo consternado; acongojado frente a la violencia que se podía cometer injustamente a la población civil que no participaba de las guerras, por lo que se decidió crear un convenio internacional que regule todos estos actos para que ningún ser humano de ningún país, sin importar su: raza, creencia, estatus social o cualquier otro distintivo sea víctima de un crimen sistemático o generalizado.

Por lo que frente a este precedente que marcaron las guerras que celebran los convenios de Ginebra 1949 y sus protocolos adicionales que establecían lo siguiente:

I Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña

- II Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar
- III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.
- IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra

Además están los siguientes leyes y reglamentos que tratan esta materia :

1. Declaración por la que se prohíbe el empleo de las balas que se hinchan o se aplastan fácilmente en el cuerpo humano (Conferencia Internacional de la Paz, La Haya, 1899)
2. Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo al Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Convenio N.o IV)
3. Protocolo de Ginebra del 17 de junio de 1925 sobre la prohibición del empleo, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos
4. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campana
5. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar
6. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra

7. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las personas civiles en tiempo de guerra
8. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), del 8 de junio de 1977
9. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), del 8 de junio de 1977
10. Convención de la Haya sobre Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, de 14 de mayo de 1954
11. Convenio sobre los Derechos del Niño, Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989
12. Estatuto del Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, 25 de mayo de 1993
13. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 8 de noviembre de 1994
14. Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado, 9 de diciembre de 1994
15. Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, 26 marzo 1999
16. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio 1998 Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leone, 16 de enero 2002
17. Estudio sobre Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, CICR, Ed. 2007

Todas estas normas se las conoce como de “Derecho Internacional Humanitario” aunque el tratado o convenio más antiguo que existió para conformar parte de este grupo fueron los siguientes: Tratado de Armisticio y Regularización de la Guerra, firmados en la gran Colombia en el año de 1820 por el gobierno de la Gran Colombia y el jefe de las fuerzas expedicionarias de la corona Española, en la ciudad de Santa Ana de Trujillo(Venezuela) El Tratado de Armisticio y Regularización de la Guerra, estos dos tratados fueron acuerdos para cesar la guerra a muerte entre estas dos naciones, se acordaba una tregua de seis meses y se constituía de facto un reconocimiento del Estado colombiano por España .

Frente a estas normas internacionales existe también cierta contrariedad por la retroactividad de la ley; debido a que la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” en si Art. 1 establece lo siguiente:

Artículo I: Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

- a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar

Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

Lo cual es contradictorio a todo ordenamiento jurídico, ya que la acción puede ser sancionada solo después de que haya existido la norma; además de ser contradictorio al ordenamiento jurídico de cualquier país es contradictorio al estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que en su Art. 11. Numeral 1. Establece:

“Artículo 11: 1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto...”

Lo cual es más común a todas las legislaciones que rigen en los países suscritos.

CONCEPTO .- Los crímenes de guerra son actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra y a las leyes penales, generalmente existentes en los estados civilizados. El código de criminales de guerra (Londres, 1945), cataloga a esta categoría especial de crímenes entre grupos: a) crímenes contra la paz, constituidos por la guerra de agresión; b) crímenes de guerra, consistentes en la violación de las leyes y costumbres que la rigen sancionados por acuerdos internacionales y c) crímenes contra la humanidad. En particular, se han juzgado crímenes de guerra, los siguientes: 1) homicidio y lesiones al enemigo que se entrega, después de deponer las armas: 2) infracción al deber de dar cuartel (tanques alemanes que pasaron sobre soldados polacos que se habían rendido); 3) tratamiento inhumano a prisioneros de guerra; 4) denegación de tratamiento médico a prisioneros; 5) identidad de castigos para soldados nacionales y prisioneros, especialmente corporales; 6) atentados a la libertad religiosa; 7) penas pecuniarias a las poblaciones por partida doble; 8) abuso de rehenes; 9) atentados al honor, a los derechos de familia, a la vida y a las creencias y prácticas, violación y secuestro de mujeres para

satisfacción sexual de los soldados; esterilización; 10) empleo de medios de guerra prohibidos.⁷⁰

SUJETO ACTIVO

El sujeto activo de este tipo penal es aquella persona particular que durante un conflicto armado nacional o internacional, declarado o no declarado formalmente cometa cualquier de los delitos contra el derecho internacional humanitario que se encuentran tipificados entre los Art . 115 y 139 de nuestro COIP.

Acorde al Art. 114 inciso 2 del COIP "...se entiende concluido el estado de conflicto armado internacional o no internacional, una vez que ha cesado el estado de excepción por haber desaparecido las causas que lo motivaron, por finalizado el plazo de su declaratoria o por revocatoria del decreto que lo declaro o hasta que se restablezcan las condiciones de seguridad que son afectadas."

SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo en todos los sujetos que son afectados directamente por el victimario en los tipos señalados como crímenes de guerra. Es un sujeto cualificado , pues debe reunir una condición particular , la cual por supuesto claramente señala en el artículo 111 del COIP y que varía en cada caso particular .

Artículo 111.- Personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario.- Para efectos de esta Sección, se considerará como personas protegidas a las definidas como tales por los instrumentos internacionales vigentes del Derecho Internacional Humanitario y, en particular, las siguientes:

1. La población civil.
2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.
3. El personal sanitario o religioso.
4. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
5. Las personas que han depuesto las armas.
6. Las personas que se encuentran fuera de combate o indefensas en el conflicto armado.
7. Las personas que, antes del inicio de las hostilidades, pertenecían a la categoría de apátridas o refugiados.

⁷⁰ GOLDSTEIN, R.; Diccionario de derecho penal y criminología; ASTREA, BUENOS AIRES 1998. P.233-234

8. Los asilados políticos y refugiados.

9. El personal de las Naciones Unidas y personal asociado protegido por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado.

10. Cualquier otra persona que tenga esta condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales.

Bien Jurídico

Acorde a lo establecido en nuestro COIP el bien jurídico es diverso y corresponde al bien lesionado en cada uno de los tipos penales señalados pero evidentemente es común pues afecta a la vida , a su integridad , a la dignidad humana , a la integridad y libertad sexual , al derecho de reproducción , y que todas estas agresiones se hagan en contra de los claramente señalados en el artículo 112 del COIP , en razón de forma expresa la ley penal señala cuáles son los bienes protegidos en estos delitos .

Artículo 112.- Bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.- Para efectos de esta Sección, se considera como bienes protegidos a los definidos como tales por los instrumentos internacionales vigentes del Derecho Internacional Humanitario, y en particular, los siguientes:

1. Los de carácter civil que no constituyan objetivo militar.
2. Los destinados a asegurar la existencia e integridad de las personas civiles, como las zonas y localidades destinadas a separarlas de objetivos militares y los bienes destinados a su supervivencia o atención.
3. Los que forman parte de una misión de mantenimiento de paz o de asistencia humanitaria.
4. Los destinados a la satisfacción de los derechos del buen vivir, de las personas y grupos de atención prioritaria, de las comunidades pueblos y nacionalidades de la población civil, así como los destinados al culto religioso, las artes, la ciencia o la beneficencia.
5. Los que son parte del patrimonio histórico, cultural o ambiental.

Modalidad típica

La modalidad típica de todo este conjunto de delitos tiene una característica común; al inicio de la tipicidad señalada en cada artículo normativo esta categoría estos establecen “la persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado...” y a continuación explica la conducta delictual. Son 11 conductas delictuales: homicidio y lesiones al enemigo que se entrega, después de deponer las armas; 2) infracción al deber de dar cuartel (tanques alemanes que pasaron sobre soldados polacos que se habian rendido); 3) tratamiento inhumano a prisioneros de guerra; 4) denegación de tratamiento médico a prisioneros; 5) identidad de castigos para soldados nacionales y prisioneros, especialmente corporales; 6) atentados a la libertad religiosa; 7) penas

pecuniarias a las poblaciones por partida doble; 8)abuso de rehenes; 9) atentados al honor, a los derechos de familia, a la vida y a las creencias y practicas re;ogopsas, violacion y secuestro de mujeres para satisfaccion sexual de los soldados; esterilizacion; 10) empleo de medios de guerra prohibidos.y cada una de esas conductas delictuales tiene su sancion. La unica condicion que pone este delito es que la accion para ser considerada un crimen de guerra debe ser cometido en tiempo de un conflicto armado, declarado o no declarado y quien cometa la infraccion lo haga de manera dolosa .

G.-CRIMEN DE AGRESIÓN

Acorde al COIP se entiende por agresión:

Artículo 88.- Agresión.- La persona, independientemente de la existencia o no de declaración de guerra, que estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, ordene o participe activamente en la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión o ataque armado contra la integridad territorial o la independencia política del Estado ecuatoriano u otro Estado, fuera de los casos previstos en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, será sancionada con pena privativa de libertad de veintiséis a treinta años.

Concepto:

Cuando el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, establecido en 1998 y en vigor desde el año 2002, tipificó cuatro delitos para la competencia de la Corte. Se preocupó como era lógico en razón del principio de legalidad de definir qué era lo que comprendían el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra a los que definió en los artículos 6, 7 y 8, respectivamente, dejando el **crimen de agresión** como el único tipo penal sin definir.

Convirtiendo a este delito en un “tipo penal abierto” existió entre los años 2002, año en que el Estatuto de Roma entró en vigor, y 2010. El 11 de junio de ese año la Asamblea de Estados Miembros de la Corte Penal Internacional aprobó por consenso la Resolución RC/Res.6, la cual define el crimen de agresión y de conformidad con los artículos 121 y 123 del Estatuto de Roma, por lo que se trata de una enmienda al Estatuto, y con ello, aplicable a todos sus miembros.

La Resolución 6 agrega un artículo 8 bis que establece que *"una persona comete un "crimen de agresión" cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas."*

Acorde a la ONU se entenderá por agresión lo siguiente: " el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de

otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:" y enumera una serie de siete clases de actos que constituyen el tipo penal al que nos referimos, entre los que se incluyen:

- La invasión de un Estado por otro;
- El ataque (por fuera de lo establecido en el Art. 51 de la Carta de la ONU) de fuerzas armadas de un Estado contra otras de otro Estado o contra la población civil de éste;
- Toda ocupación militar que derive de los actos anteriores y que implique el uso de la fuerza;
- El bombardeo;
- El bloqueo de puertos o de costas de un Estado;
- La utilización de las fuerzas armadas de un Estado que ese encuentren en un Estado extranjero con acuerdo de éste pero que exceda las condiciones pactadas entre ambos Estados incluyendo toda prolongación de la presencia en el territorio extranjero de fuerzas militares de un Estado foráneo;
- La disposición de un territorio propio de un Estado para que otro Estado pueda agredir a un tercero; O el envío por parte de un Estado de grupos irregulares (generalmente denominados "paramilitares") o mercenarios que lleven a cabo actos armados contra otro Estado.

INTRODUCCION .- La calificación del crimen de agresión como crimen internacional ha sido uno de los temas más álgidos del Derecho Internacional (en adelante DI). Esta dificultad se origina por diversas razones, entre las cuales, tenemos el carácter eminentemente político que entraña la definición del crimen de agresión como acto ilícito que virtualmente no puede ser atribuido más que al Estado. También tenemos la problemática de determinar los elementos subjetivos y objetivos del crimen de agresión que puedan generar la responsabilidad internacional individual.⁷¹

Es importante señalar que cuando hablemos de agresión respecto al Estado la expresión apropiada es acto de agresión, mientras que cuando nos refiramos al individuo lo aplicable es hablar del crimen de agresión. Un acto de agresión implica la responsabilidad estatal en tanto ha sido prohibido por el Derecho Internacional generándose un acto ilícito internacional. La responsabilidad internacional del individuo por el crimen de agresión marcha paralela a la responsabilidad estatal. Por lo tanto, se afirma la idea de sancionar penalmente al individuo que inicie u ordene iniciar una agresión, lo que no significa negar la responsabilidad estatal sino su generación diferenciada y concurrente.

⁷¹ Juan Pablo Pérez-León Acevedo , El crimen de agresión en el Derecho Internacional

Este crimen está ubicado en la categoría de crímenes contra la paz e implica responsabilidad internacional individual, como estableció la sentencia de Nüremberg. Por su parte, en el marco de la versión de 1954 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI), se abandona la terminología de crímenes contra la paz por la agresión y la amenaza de agresión, los problemas de fondo (es decir definir el crimen agresión) no fueron disipados.

La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición.

De conformidad con la definición general citada, se pone énfasis en la utilización primaria de la fuerza armada por un Estado como prueba de un acto de agresión, para luego enumerar los actos de agresión. En lo relativo a la enumeración de los actos de agresión, la Resolución 3314 precisa que tal relación no es exhaustiva y que el Consejo de Seguridad puede determinar actos que constituyan agresión, tal vez el caso más reciente es el ataque de Irak hacia Kuwait.

No obstante, y como lo afirmó el Tribunal de Nüremberg, debemos considerar que los crímenes de Agresión no son realizados por entes abstractos, sino por individuos. Se deduce que la alternativa correcta es considerar la existencia de distintas responsabilidades ante un hecho que califica como agresión. El Tribunal procesó a líderes alemanes acusados del planeamiento y desarrollo de una guerra de agresión. De esa forma se calificó a la guerra de agresión como el supremo crimen internacional y se determinó la responsabilidad internacional individual por la comisión de este crimen. Así el Tribunal de Nüremberg señaló que:

[...] Iniciar una guerra de agresión [...] es no sólo un crimen internacional; es el supremo crimen internacional que únicamente difiere de los crímenes de guerra en que contiene en sí mismo la acumulación de la maldad como un todo.

En términos generales, la definición dada por la Asamblea General se refiere a la determinación de si un Estado ha realizado un acto de agresión y no si ha existido un crimen individual. Únicamente en el artículo 5 se consideraría a los individuos cuando señala que “la guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional”. Esta norma parece restringir la definición en la medida en que el texto no se refiere a la agresión sino únicamente a una guerra de agresión.

Por su parte, el artículo 2 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996 establece el principio de responsabilidad individual “Responsabilidad individual [...] 2. Un individuo será responsable por el crimen de

agresión de conformidad con el artículo 16^o. Por su parte, el contenido del artículo 16 es el siguiente:

Un individuo que, como líder u organizador, participa activamente en ordenar el planeamiento, preparación, inicio o desarrollo de una agresión cometida por un Estado, será responsable por crimen de agresión.

En relación a la expresión que alude a la agresión cometida por el Estado, debemos recordar que la responsabilidad internacional individual por la comisión del crimen de agresión se encuentra vinculada de manera intrínseca a la responsabilidad estatal por un acto de agresión. En efecto, un Estado como entidad abstracta no puede cometer el crimen por sí mismo, sino que se requiere la activa participación de individuos que posean la necesaria autoridad o poder para planear, preparar, iniciar o financiar la agresión.

Con respecto al crimen de agresión, sólo las personas que están en una posición para ejercer con eficacia el control sobre la acción política o militar del Estado u ordenarla serán criminalmente responsables y susceptibles de castigo.

Como se puede apreciar, tal propuesta tiene como base la consideración por la cual el crimen de agresión tiene la característica peculiar de ser un crimen ordenado. Por lo tanto, se excluyeron como potenciales sujetos responsables a individuos que no puedan influir en la política de llevar a cabo el crimen, como los soldados que ejecutan el crimen.

Al aplicarse el párrafo citado al crimen de agresión y sólo a los jefes como responsables del crimen, se consideró necesario que tal propuesta se presentara en un párrafo separado. Ello sobre la base que, el requisito de la jefatura tendría que cumplirse en todos los casos, y en el entendimiento que el artículo 25.3 contiene otras disposiciones que no serían aplicables al crimen de agresión.

Sujeto Activo.

Al hablar de este delito nos encontramos frente a un delito especial, debido a que la persona que lo comete debe estar en condiciones de controlar , dirigir , organizar o realizar efectivamente la acción política o militar de un Estado para disponer que se realice cualquiera de los delitos que forman parte del delito de agresión. Su acción por lo tanto es decisiva ya dando el consejo , ya ordenando el ataque o ya dirigiendo las tropas que invaden el territorio del otro estado.

Sujeto Pasivo.

El sujeto pasivo de este tipo de delitos son todas las personas que habitan en el Estado agredido injustificadamente, representada obviamente en la nación atacada en forma

felona y a traición por el estado victimario o agresor, afectando la soberanía , la paz , la integridad territorial del país allanado.

Bien Jurídico.

Qué bien jurídico que se protege no es la vida o el bienestar de los seres humanos indefensos⁷² sino que el ataque se produce *a la soberanía, la independencia política o la integridad territorial del Estado, y más ampliamente, la paz y la seguridad internacional, valor primordial de la Organización de las Naciones Unidas*⁷³.

Tipicidad objetiva.

Para ser considerado como delito de Agresión debe tener ciertas cualidades, en primer lugar, se entienden por crímenes de agresión los siguientes delitos:

- La invasión de un Estado por otro;
- El ataque (por fuera de lo establecido en el Art. 51 de la Carta de la ONU) de fuerzas armadas de un Estado contra otras de otro Estado o contra la población civil de éste;
- Toda ocupación militar que derive de los actos anteriores y que implique el uso de la fuerza;
- El bombardeo;
- El bloqueo de puertos o de costas de un Estado;
- La utilización de las fuerzas armadas de un Estado que ese encuentren en un Estado extranjero con acuerdo de éste pero que exceda las condiciones pactadas entre ambos Estados incluyendo toda prolongación de la presencia en el territorio extranjero de fuerzas militares de un Estado foráneo;
- La disposición de un territorio propio de un Estado para que otro Estado pueda agredir a un tercero; O el envío por parte de un Estado de grupos irregulares (generalmente denominados “paramilitares”) o mercenarios que lleven a cabo actos armados contra otro Estado.

En segundo lugar, debe presentar una lesión flagrante o univoca de la prohibición internacional de la violencia, mediante una cierta extensión o intensidad de las conductas violentas, o a través de algo mayor que una mera utilización de violencia *de “minimis”*⁷⁴ para poder diferenciarlo de otro tipo de delitos.

⁷² Como ocurre en el caso de los crímenes de guerra, contra la humanidad o el genocidio

⁷³ Cfr., BOLLO AROCENA, Ma D., *Derecho Internacional Penal...* cit., p. 286.

⁷⁴ Cfr., AMBOS K., *Temas de Derecho penal Internacional y europeo*, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2006, p. 352.

Por otro lado debemos considerar -que no serán punibles los *actos preparatorios*, al menos cuando ni siquiera alcanzan la tentativa de guerra de agresión -⁷⁵

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Hemos señalado también que los otros delitos imprescriptibles son los identificados como aquellos en que el funcionario público falla en su deber de servicio público y afecta la confianza que el Estado le ha confiado al designarlo en una función de responsabilidad en un cargo público lesionando con su accionar a la institución pública a la que sirve.

Estos delitos en nuestra legislación se volvieron imprescriptibles desde que se aprobó la Constitución de 1998 y mantuvieron esta característica en la Constitución del 2008 , con la salvedad de que no cabe en aquellos tipos penales identificados como el Peculado , Cohecho , Concusión y Enriquecimiento Ilícito la irretroactividad sino que se cuenta la imprescriptibilidad desde que se cometió la infracción hacia delante y además se requiere de un examen especial de la Contraloría General del Estado que determine indicios de responsabilidad penal al funcionario investigado .

1.-PECULADO

Este delito está previsto en el Código Orgánico Penal Integral en el artículo 278 , en los siguientes términos .

Artículo 278.- .- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.

⁷⁵ Cfr., CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 114.

Son responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior.

Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.

INTRODUCCION .- El delito de peculado es una antigua infracción que existe desde las épocas republicanas en Roma , allí fue famoso el juicio instalado en contra de Lucio Cornelio Escipion vencedor de la guerra contra Antíoco en la Batalla de Magnesia, en 190 a. C. Años después tanto el cómo su hermano Publico Cornelio Escipion El Africano vencedor de Cartago fueron acusados por Marco Porcio Caton de haber recibido sobornos de Antíoco para tratar al monarca con poco rigor, y de haberse apropiado de una parte del dinero que había pagado Antíoco al Estado Romano , como un claro ejemplo que cualquiera que sea el funcionario y por muy noble que haya sido su servicio a la patria no está exento de rendir cuentas al Estado y la apropiación, desviación o utilización indebida de los fondos públicos, por parte de quienes tenían en sus manos la administración de la cosa pública era sancionada con dureza, inicialmente se identificó con el nombre de “peculatum”, se castigó primero con la pérdida del empleo y de la honra; luego con el destierro y finalmente con la muerte.

Nuestro país no ha sido ajeno a estos procesos generalmente se los ha calificado como de carácter político y la persecución ha obedecido a intereses de grupos que exigen revancha de quienes en el pasado los vencieron electoralmente , muchos ex presidentes , ex vicepresidentes , ministros de estado han sido enjuiciados, algunos han logrado ser exonerados , muchos ha buscado el exilio como medio para evitar la prisión con la esperanza de que la prescripción los libere de estos juicios, en estos días es emblemático

el caso del Dr. Jamil Mahuad, a quien se lo acaba de condenar a doce años de reclusión por este tipo penal .

Carlos Creus, refiriéndose a los delitos contra la administración pública, que es donde se encuentra el delito de peculado en nuestra legislación, manifiesta que estos delitos “protegen a la Administración Pública, preservando la regularidad de su funcionamiento y la legalidad de los actos administrativos, que pueden verse comprometidas por el acto arbitrario en el que el funcionario actúe más allá de su competencia, por la omisión de su actividad necesaria y aun por la injerencia ilegal de particulares en la esfera de competencia de la Administración”.

Edgardo Dona por su parte sostiene que el “El bien jurídico en este delito lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario”.

Desde la otra orilla, la del garantismo, la criminalización de conductas debe ser dada en función de la correcta individualización de los intereses que se entienden tutelados, y no en abstracto, es decir “debería estar siempre más valorada la diferencia entre bien jurídico como categoría y bien jurídico específicamente tutelado por cada norma, enfocado sobre un aspecto particularista y más concreto de tutela; un esfuerzo que, en definitiva, vaya de lo universal a lo particular”. Es decir debemos establecer un bien jurídico concreto que sea tutelado por el delito de peculado.

El tratamiento al delito de peculado varía en las diferentes legislaciones, por ello resulta contraproducente cuando en las sentencias emitidas por los órganos de Administración de Justicia del Ecuador, se citan connotados juristas o se transcriben conceptos referentes al peculado, sin considerar que si bien el término es el mismo, los elementos objetivos del tipo penal en cada país tiene diferentes connotaciones. Así, en la legislación Colombiana o de Costa Rica, el peculado se refiere al abuso de bienes que hayan sido confiados a la custodia del funcionario público, es decir se individualiza la protección del bien jurídico; se sanciona al funcionario público que se haya apropiado de un bien del Estado.

Y por otro lado en la Argentina existe el tipo penal de malversación de fondos públicos, respecto del cual Carlos Creus sostiene que este delito tutela “la regularidad del cumplimiento de las actividades patrimoniales del Estado, sea con relación a sus bienes propios, sea con relación a bienes privados sobre los cuales aquél haya asumido una especial función de tutela, por la naturaleza de las instituciones a las que pertenecen o por las especiales circunstancias en que se encuentran. Los tipos no protegen específicamente la propiedad de esos bienes (eso queda para los delitos contra la propiedad), sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado”.

En el Ecuador, como lo aborda el autor nacional Luis Cueva Carrión, el peculado en los delitos Contra la eficiencia de la Administración Pública y por lo tanto comprende la

violación de los deberes de los funcionarios públicos, por lo que de esta codificación se infiere que el peculado no es un delito contra la propiedad sino contra la administración pública.

“Lo esencial en el delito de peculado no radica en la sustracción, distracción, malversación o cambio de vínculo de los bienes públicos, sino ante todo y sobre todo, en faltar a la fidelidad que todo servidor público tiene para con los bienes que están a su cargo y responsabilidad. Quien maneja fondos o bienes públicos tiene el deber ineludible de cuidarlos, protegerlos, darles el uso normal para el que están destinados y administrarlos con esmero, cuidado y responsabilidad; por lo tanto, si actúa en sentido contrario, debe responder administrativa, civil o penalmente”.

De las referencias expuestas, particularmente del bien jurídico lesionado por el delito en cuestión, surge la interrogante sobre ¿en qué momento se produce el resultado?, cuando se ha abusado efectivamente de fondos públicos, o ya cuando se ha faltado a la fidelidad que todo servidor público tiene para con los bienes que están a su cargo. Los autores nacionales como el citado Cueva Carrión, sostienen una teoría que coincide con la de ciertos autores internacionales como Carlos Creus o Edgardo Dona, en virtud del cual el bien jurídico protegido u objeto del delito sería el eficaz desarrollo de la administración pública. La problemática que en estas líneas se expone respecto al tratamiento del delito de peculado, radica en las siguientes preguntas: ¿cuál es el bien jurídico protegido? y ¿cuándo se consuma el delito de peculado?

A priori parece que el bien jurídico “Administración Pública” es un concepto abstracto pues no aparece identificado plenamente el objeto de la protección jurídica, no así cuando hablamos ya de los bienes del Estado dados en custodia o administración del funcionario público.

Concepto de servicio público.

Ese delito sin embargo establece un sujeto activo calificado , pues requiere que el autor sea un funcionario público , requisito sine qua non sin el cual no habría posibilidad de enjuiciar a quien se le imputa este delito . A fin de establecer que es lo que debemos entender como servidor público , analizaremos algunas definiciones doctrinarias.

Sarria Eustorgio dice: “Servicio público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según la ordenación del derecho público, bien sea que su prestación está a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas”.

Rafael Bielsa establece: “La función pública es lo abstracto y lo general, y el servicio público, lo concreto y lo particular en el sentido de que se actualiza y materializa la función”

La Constitución de la República, en el Art. 228, cuando citaba el servicio público, dispone que el ingreso se realizará mediante concursos de méritos y oposición, así como

los ascensos, la promoción a la carrera administrativa; agrega que se excepcionan los servidores públicos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción.

Disposiciones Constitucionales referentes a la función pública

De conformidad con lo que prescribe el Art. 225 de la Constitución Política de la República del Ecuador, “el sector público comprende:

- 1.- Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, legislativa, judicial Electoral de Transparencia y de Control Social.
- 2.- Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
- 3.- Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
- 4.- Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”

Por su parte el Art. 226 *ibídem*, determina: “que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras y servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.

Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Por lo que queda claro que debemos entender como entidad pública y servicio público y frente a ello debemos también definir en la palabras de Manuel María Diez, en su obra Manual de Derecho Administrativo, lo que es la responsabilidad del servidor público , indicando que: “significa observar y cumplir exactamente con la letra de la Constitución, las leyes y los reglamentos y obrar con rectitud, honestidad y suma diligencia dentro de las funciones encomendadas para garantizar un buen servicio a la colectividad.”

En razón de que lo que se sanciona es causalmente la falta de cuidado en la responsabilidad administrativa, por la inobservancia que comenten los servidores públicos de las leyes, reglamentos; estatutos, ordenanzas, acuerdos, resoluciones, etc., que rigen la vida jurídica de la Institución donde se encuentran prestando sus servicios, básicamente por el incumplimiento de los deberes y atribuciones que comete el servidor.

Nuestra legislación en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que guarda relación con la Constitución artículo 212 establece tres facultades a esta entidad para establecer la Responsabilidad Administrativa Culposa, la Responsabilidad Civil y la presunción de responsabilidad penal del funcionario.

Responsabilidad Penal.

Esta es la que origina la acción penal para dar paso al delito de peculado con el informe previo (auto de determinación) que debe realizarlo la Contraloría General del Estado previo a las auditorias que deben ser debidamente notificadas a todos los funcionarios que serán sometidos a las mismas. Estos indicios de responsabilidad penal evidenciados por la auditoria interna, deben ser comunicados al jefe auditor quien informara del particular a la Contraloría General del Estado para que inicie las acciones legales a la Fiscalía para que inicie la acción penal correspondiente.

Comprende por un lado la clara transgresión de la ley por parte de los servidores públicos dentro de los cuales debemos entender están los funcionarios , dignatarios, funcionarios, autoridades y empleados de las entidades que prestan un servicio público y que por acción o por omisión en forma dolosa se benefician directamente o a un tercero por los beneficios que representan el ejercicio de su cargo .

Por último, el Art. 233 inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo, administración de fondos, bienes y recursos públicos.

Concepto-Etimología

Etimología: La voz peculado, “se deriva del latín *peculatus* y este de *peculcium*, que significa caudal, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua. No hay duda alguna de que su origen está en el Derecho Romano, que cualquier autor se remite a su fuente que es la *vos pecus*, que significa ganado. De ella dijo CARMIGNANI, que la palabra ganado se usaba porque en esto consistía la riqueza de los antiguos e igualmente la riqueza del Estado Romano. De acuerdo con ello, MOMMSEN sitúa su origen en la *Lex Julia*, que lleva por título: *Peculatus et de Sacrilegis et de residuos*, ley esta que según CARMIGNANI, se produjo bajo Julio César y no durante el imperio de Augusto como lo da entender MOMMSEN.”⁷⁶

Para Carrara el peculado es la Apropriación de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de éste, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas de que se apropia.

Maggiore nos enseña que “Peculado (*péculat Amtsunterschiagung*) es la apropiación de dinero o de una cosa mueble, perteneciente a la administración pública, cometida por un funcionario público o el encargado de un servicio público, que por razón de su carga está en posesión de esos bienes.

Carlos Molina Aerrubia nos dice en un sentido más jurídico y teniendo como referencia a la época actual que se entiende por peculado la incorrecta aplicación de las cosas o

⁷⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba XXI, pag. 949

efectos confiados a un funcionario que tenía el encargo de darles un fin previamente convenido o establecido.⁷⁷

Tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección, jurídico penal:

a).- Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y como otro punto ; y ,

b).-Evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

Clasificación de Peculado

Hay diferentes clasificaciones que ha dado la ley y la doctrina , entre ellas :

Peculado Propio e Impropio

En la doctrina Carrara, distingue entre peculado propio e impropio, define al primero diciendo que “es la apropiación de cosa pública cometida por una persona investida de un oficio público, a la cual en razón de él le había sido entregada la cosa apropiada, con la obligación de conservarla y restituirla”; mientras que el segundo o sea al peculado impropio, indica que es un delito contra la propiedad, como por ejemplo el hurto de cosa pública, cometido por persona extraña a su administración.

El peculado propio es una figura delictiva, que tiene como elementos típicos que el sujeto activo sea un funcionario público, entendiéndose como tal aquel que realiza la función pública, se trata de un delito especial propio, no todo funcionario público será autor de este delito, el tipo penal exige que la administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiados al funcionario público en base al cargo que ocupa, requiriéndose la existencia de una relación funcional específica.

En el Peculado Impropio, encontramos verbos rectores alternativos del comportamiento típico, estos son apropiarse y utilizar, existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y; utilizar es servirse del bien como ejercicio de una ilícita propiedad sobre el mismo y que excluye de ella al estado, esta forma delictiva también se denomina peculado por extensión, incluidos los particulares en el caso del sistema financiero, el denominado peculado impropio requiere por parte del agente un acto de disposición de los bienes, caudales o efectos sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad.

Peculado por Aplicación Oficial Diferente.

77 FLORES Uzcátegui Gustavo y GARCÍA Falconí José: Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado, obra citada.

El funcionario público que diera a los fondos o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, incurrirá en interdicción para ejercer empleo o cargo público. Si de ello resultare algún daño o perjuicio, se impondrá además una multa. Respecto de la punibilidad de esta figura no existe uniformidad en la doctrina ni en el derecho escrito.

Este sería -dice MAGIORE- “el caso del funcionario que dispusiera arbitrariamente la ejecución de trabajos públicos, para procurarse electores”. Y agrega a continuación: “En cambio, no constituye peculado, sino simple ilícito administrativo, el traslado indebido de un capítulo a otro del presupuesto”. GROIZARD formula severas críticas al legislador español por haber incorporado la referida figura (traslado indebido de una partida presupuestaria a otra a su Código, en donde pasó a varios iberoamericanos, entre ellos a los nuestros.

Estima dicho tratadista, que: “No es bastante por si sola la infracción de los reglamentos administrativos respecto de la aplicación de los caudales públicos. Para poder equitativamente castigar con una pena, a quien sin intención de lucro ni ánimo siquiera de perjudicar al Estado, da a los fondos que tiene bajo su mano, la aplicación pública distinta de aquella para la cual estaban consignados”.⁷⁸

GONZÁLEZ ROURA, destaca que “la indebida aplicación de un funcionario público que da a los caudales que administra, interviniéndoles en objetos de utilidad común, no solo no hay el dolo criminal que lo mueve cuando se apropia de ello, sino que indudablemente en el primer caso, cree él hacer una obra meritoria y el perjuicio solo es posible, si existe por igual, para la opinión en general, que no ve en ello la obra de un delincuente”⁷⁹

Se debe tener en claro, que el sujeto activo del delito, es únicamente el funcionario público que administra, tiene bajo su responsabilidad los valores o recursos públicos o efectos respectivos a él encomendados.

Expresa SOLER: “el funcionario que posea cierta facultad dispositiva sobre los fondos”, es decir basta que tenga el cuidado de los recursos públicos o efectos, aun con el encargo preciso de no disponer de ello en forma alguna podrían encontrarse inmersos en esta clase de delitos.

La aplicación, en cambio, que les dé el funcionario, debe ser oficial, si les da un destino privado, no estará en presencia de esta infracción. Y cómo darles una aplicación oficial a bienes privados.

Peculado por Sustracción o Apropiación

“El funcionario público que por cualquier forma haga uso indebido de los fondos, caudales, u otros objetos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o

⁷⁸ PACHECO Osorio, Pedro: *Derecho Penal Especial*, obra citada

⁷⁹ PACHECO Osorio, Pedro: *Derecho Penal Especial*, obra citada

administrar, incurrirá en el delito de peculado, será sancionado de conformidad con la ley así como la pérdida de derechos y funciones públicas, por un determinado tiempo, siempre que tales sumas o efectos se reintegren antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente.

El verbo recaudar está empleado en el sentido de cobrar o percibir caudales o efectos, no siempre, será necesario que el servidor público tenga el encargo de administrarlos, como sí sucede en otros casos, simplemente tiene la función de recibirlos para entregarlos enseguida a otro, puede ser en este caso responsable del delito.

No parece discutible que frente a las legislaciones, como la italiana o la española, las cuales establecen como requisito indispensable de este delito, que el funcionario tenga la cosa en posesión o a su cargo, no sea él en esencia sino un abuso de confianza calificado.”

Por ello, el verbo administrar, está indicando que no siempre es necesario que el culpable disponga de autonomía para la tenencia o administración de los bienes.

EL PECULADO DE USO

Es un delito en el que incurre el funcionario que emplea provecho propio bienes o empleados de la administración utiliza en su beneficio propio en perjuicio del erario nacional , es el caso típico de quien siendo nombrado Ministro de Estado le pone a disposición todos los días del tiempo que duro su función a su suegra un carro público destinado para uso oficial , un chofer de la institución y el pago con fondos públicos de la gasolina sin que le indicada señora sea funcionaria de ese Ministerio .

¿Qué es corrupción?

Corrupción es una violación de un deber posicional por parte de un decisor, con el fin de obtener un beneficio extra posicional, que puede darse a favor de sí mismo y/o de un tercero. Deben existir todos estos elementos para hablar de corrupción, de lo contrario, por más reprochable o inmoral que sea un acto, si no cumple con dichos elementos, no estamos ante un acto de corrupción. Para ejemplificar este concepto nos referiremos a los tres elementos: i Violación de un deber posicional: El funcionario público que entre sus funciones están las de suscribir contratos pero lo hace con sobreprecio; ii Por parte de un decisor: El funcionario público tiene la facultad de suscribir el contrato. iii Con el fin de obtener un beneficio extra posicional: El funcionario público tiene un beneficio por su trabajo que es su sueldo, pero producto del contrato con sobreprecio obtiene un beneficio no previsto en la ley; iv. A favor de sí mismo o de un tercero: El sobreprecio se da en favor del contratista y del funcionario público recibe una cantidad de dinero.

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO DE PECULADO

Sujeto Activo del Delito.

En este delito estamos frente a un sujeto activo calificado, y debemos entender que son aquellos que requieren de cierta calidad para ser partícipes de un delito, así sólo puede ser autor de prevaricato el juez y no otra persona; en tanto que el sujeto activo no es calificado cuando no se exige ninguna calidad particular, por ejemplo cualquier persona puede ser responsable por un delito de robo.

En la nueva disposición que sanciona este delito en el artículo 278 del COIP , se conserva el mismo espíritu del anterior 257 del CP , es decir, que para ser sujeto activo del delito de peculado se requiere tener la calidad de servidor público entendido en su más extenso significado, es decir todas las personas que trabajan para el Estado, o que administran fondos públicos.

Pero evidentemente, la norma señala que el beneficio puede ser en a favor de su propio peculio o de un tercero, lo que señala que un particular puede tener participación en un delito de peculado, siendo responsable por su coparticipación con un funcionario público, es decir como coautores o cómplices; nunca podrá ser sancionado un particular por peculado sin la participación de un funcionario público.

En la norma nos encontrábamos con que existen otros sujetos que pueden ser autores, así tenemos los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales o concedan préstamos vinculados relacionados con el peculado bancario, son los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero, y los vocales de los directorios y de los consejos de administración de las entidades del sistema financiero, que contribuyeron al cometimiento del delito.

Sujeto Pasivo del Delito.

El sujeto pasivo del delito es el Estado, afectado por la acción del servidor público sobre la cual recae la ejecución del delito. En el caso del peculado la víctima del delito somos todos los ecuatorianos representados por el Estado, pues producto del mismo se identifican dos consecuencias negativas como es la pérdida de dinero para la Administración Pública, y la pérdida de confianza en el sistema estatal y su accionar a través de sus funcionarios.

Conducta o verbo rector.

El verbo rector o conducta del tipo penal es el núcleo del delito; es la acción humana con la cual se lesiona el derecho de otra persona; es la acción ejecutiva de cometimiento del delito.

El artículo 278 del COIP en su parte pertinente dice que serán responsables de peculado el funcionario público que "... abusen , se apropien , distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles , dineros publicos o privados , efectos que los representen, piezas , títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo ”.

El verbo rector es múltiple “abusar , apropiarse , distraer o disponer ”. Según el diccionario de la Real Academia de la lengua española, abusar significa usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien. Es decir el mal uso de los recursos del Estado-

Bien jurídico protegido.

El bien jurídico afectado también es la falta de cuidado , de responsabilidad del funcionario en la Administración Pública , que como ya lo dijimos implica un concepto abstracto, pero que de conformidad con la interpretación dada por la Corte Nacional de Justicia al resolver delitos de peculado, estaríamos ante el bien jurídico protegido “recursos públicos o bienes del Estado”, interpretación que se acopla más a la doctrina del Garantismo, a la cual por mandato constitucional se está adaptando nuestro sistema penal.

Tipicidad Subjetiva.

La Tipicidad se compone de elementos objetivos y subjetivos. Para que la conducta sea típica, es decir para que se subsuma en el tipo penal descrito, debe cumplirse con la tipicidad subjetiva. Este elemento se refiere a la finalidad con la que se realizó la acción, y para que ésta sea punible, solo puede realizarse con dolo o culpa. El dolo entendido como el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y el querer realizar la conducta; o la culpa, al violar el deber objetivo de cuidado.

Es de advertir que no todos los delitos se pueden cometer de forma dolosa o culposa; en algunos delitos no es punible la culpa, así por ejemplo no se puede falsificar culposamente, este delito se puede cometer únicamente con dolo. Por otro lado existen delitos como el homicidio en los cuales es sancionado cuando su ejecución se ha realizado con dolo o culpa, en este último caso, la pena es atenuada.

Concretamente refiriéndonos al peculado, siendo que el verbo rector es el “abusar”, aquello implica una conducta dolosa, pues no es posible abusar por violación al deber objetivo de cuidado (culpa); la negligencia o imprudencia en materia de peculado no es punible, por ello el funcionario público que actuando negligentemente en la administración de los recursos públicos, afecta los mismos, éste sólo podrá estar sujeto a sanciones de índole civil, administrativa, o incluso política, pero no penal. El peculado se comete únicamente de forma DOLOSA, al menos así lo ha establecido la legislación ecuatoriana. Existen otras legislaciones en donde sí se establece el peculado culposo, como en la legislación colombiana.

Es importante señalar que el referido artículo 278 del COIP indica que las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.

Este delito esta previsto en el Código Orgánico Penal Integral en el articulo 279 , en los siguientes términos .

2.- CONCUSIÓN

Este delito esta previsto en el Código Orgánico Penal Integral en el articulo 281 , en los siguientes términos .

Artículo 281.- Concusión.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, sus agentes o dependientes oficiales que abusando de su cargo o funciones, por sí o por medio de terceros, ordenen o exijan la entrega de derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Si la conducta prevista en el inciso anterior se realiza mediante violencias o amenazas, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

INTRODUCCION DE CONCUSIÓN.- Se define como la manera de obtener arbitrariamente en su provecho un cobro injusto y violento, por parte de un funcionario público. Cabe destacar que Francesco Carrara, expone: “la concusión constituye el hecho especial de los que obtienen lucro de otros, metu publicae potestatis (por miedo al poder público). Si para obtener el lucro indebido se amenaza solamente con el uso de la fuerza privada, ya no hay delito contra la justicia, sino que se originan los títulos de extorsión o de hurto violento, que aparecen entre los delitos contra propiedad.”⁸⁰

Además este autor considera que la palabra concusión deriva del latin “concutere”, cuyo significado es sacudir un árbol para hacer caer los frutos, del cual la ciencia jurídica la reduce a la idea del temor infundido mediante el poder público.

Este delito puede presentar agravantes si se emplea intimidación o si se invoca que son órdenes de un funcionario de mayor jerarquía, y esta exacción es en provecho propio.

Rodríguez Devesa define como el nombre de concusión, aquellos casos en que un funcionario exige a un particular alguna cantidad que este no viene obligado a pagar con arreglo a las leyes.⁸¹

⁸⁰ SALAZAR, Nelson .Delitos contra la Administración publica. Ediciones EJRL.Lima Perú pag.204

⁸¹ LOPEZ , EDUARDO. DELITOS EN PARTICULAR .Editorial Porruz. Tomo II. México , pag.35

Díaz de León, es un “delito cometido por quien siendo servidor público, indebidamente exija por si por interpuesta persona, una contribución, derecho o salario en mayores cantidades que las que corresponden conforme a la ley”.

ORIGEN ETIMOLÓGICO DE LA CONCUSIÓN.

Los primeros antecedentes sobre el origen etimológico de la concusión, al igual que de la gran mayoría de las figuras jurídicas que se contemplan en el sistema jurídico, se remontan al Derecho Romano, que ha servido de punto de partida en la evolución de una infinidad de institutos en diversos sistemas legales internacionales. Habiendo por lo tanto tres antecedentes :

- A) El Derecho Español: El cual fue aplicado en territorio nacional con las “Siete Partidas” de manera parcial hasta la expedición de nuestro primer Código Civil en el año de 1870.
- B) La Escuela Francesa: A través del Derecho Napoleónico así como conducto de diversos Códigos europeos, los cuales a su vez, recogieron en gran medida los principios jurídicos legados por la escuela romanista.
- C) La Doctrina extranjera legada por connatos romanistas, en particular de la escuela alemana y que en su época aportaron grandes conocimientos sobre la materia, entre los cuales destacan: VON IHERING, VON SAVIGNY, WINDSCHEID DERNBURG. El derecho Romano ofrece al sistema jurídico una gran gama de antecedentes y principios que hasta nuestros días, han evolucionado en gran medida y que siguen siendo aplicados a la fecha, como por ejemplo, en materia de derechos reales, obligaciones y sucesiones.

Es por eso que en cuanto a lo que respecta la figura jurídica de la concusión, tiene sus orígenes etimológicos en el propio Derecho Romano, los cuales derivan del vocablo latino concitare, que significa “sacudir”. De manera metafórica se explica como “quo quis arborem concutit cadentes fractus coligar”, es decir, “el sacudir un árbol para hacer caer sus frutos y después recogerlos”

Ante tal situación, es menester esclarecer la ampliación figurada a sui generis del origen etimológico de la concusión en el Derecho Romano y de cómo era interpretada y aplicada en ese entonces, dicha figura.

RESEÑA HISTÓRICA DEL DELITO

En el Derecho Romano, en un principio no fue de materia penal la sanción de ese ilícito, sino que busco proporcionar al ofendido, un procedimiento por medio del cual pudiera recuperar el dinero extorsionado, es decir, el culpable debía restituirle el dinero.

Con el transcurso del tiempo, el delito de concusión fue adquiriendo una tipificación propia; sin embargo, la Ley Julia considero a la concusión como “la extorsión indebida

de dinero, como la aceptación de dinero para administrar justicia o cumplir un acto del propio”.

Durante el Imperio se le dio el nombre de concusión, cuando el funcionario simulando órdenes superiores o asumiendo cargos superiores, infundía temor a los particulares, para obtener alguna utilidad.

APLICACIÓN FIGURADA DEL VOCABLO LATINO

Podemos comenzar sosteniendo que en la antigua Roma, el instituto de la concusión no era distinguido con claridad de otras figuras como el “cohecho”, sino que a ambas se les aplicaba el mismo principio genérico; se comprendían diversos fenómenos que generaban corrupción en contra del sistema de justicia en el Derecho Romano, se castigaba el acto de aceptar dinero para pronunciar sentencia.

A efecto de esclarecer la ampliación figurada sobre le origen etimológico de las concusión, CONSTANCIO BERNALDO DE QUIROS aportó el siguiente criterio: “La palabra latina (concussioonis) equivalente en Español a conmoción o “sacudida”, expresa pintorescamente el efecto y la actitud de quien sufre la impresión desagradable de la exacción misma, con la “mordida” con que no se contaba”.⁸²

De tal criterio, se desprende que de manera metafórica o figurada, la conmoción o sacudida, (de carácter subjetivo) era sufrida por el particular que debía de entregar algo no debido al sujeto activo del delito.

El calificativo de “mordida” que aporta el autor en mención, debe de interpretarse en sentido amplio, es decir, sin tecnicismo jurídico alguno, como una manera de referirse al acto de dar algo no debido al sujeto activo del delito, toda vez que el pretender efectuar un análisis estricto de tal definición, conforme a los Principios de “nulla pena sine lege” o de “legalidad” y de “exacta aplicación de la ley” que caracterizan a nuestro actual sistema represivo, nos haría caer en el supuesto de afirmar que dicho calificativo, no figura como elemento integrador del tipo penal de la concusión, con lo que carecería de importancia para el Derecho Penal.

Una vez aclarado lo anterior, en la etapa de la Roma Imperial se prevé bajo el nombre específico de concusión, el siguiente criterio:

“...si simulato praesidis iussu concussio intervenit, ablatum eiusmodi terrore restitui praeses provincias lubet, et delictum coerceset...”

En el Derecho Imperial Romano se contemplaba todo tipo de fenómenos que generaban corrupción sin distinguir claramente los límites entre cada uno de ellos, como en la

⁸² LOPEZ , EDUARDO. DELITOS EN PARTICULAR .Editorial Porruz. Tomo II. México , pag.35

actualidad se prevé en el Derecho Penal. Es decir, bajo el título de la concusión se confundían actos como la extorsión, el soborno y el cohecho.

La ausencia de distinción entre los delitos señalados con anterioridad, aparentemente se encontraba subsanada con la existencia de un común denominador entre todos y cada uno de dichas figuras, es decir, atentaban en contra del orden público y ponían en peligro a la comunidad romana.

Con posterioridad, el concepto de la concusión fue evolucionando, hasta limitarse a la sanción de actos efectuados por funcionarios públicos que se servían del “*metus publicae potestatis*” o miedo generado a particulares por la autoridad que investían, para obtener las exacciones ilegales de las cuales eran víctimas.

Sin embargo, debe señalarse que si bien es cierto el origen etimológico del delito de la concusión es único, también lo es que dicha figura en la actualidad no reviste exactamente los mismos elementos y perfiles en las diferentes legislaciones represivas a nivel internacional, estos, que “a pesar de tener su cuna en épocas remotas”, dicha figura no se encuentra descrita de la misma manera, en las leyes penales.

LA CONTRADICCIÓN EXISTENTE ENTRE EL ORIGEN ETIMOLÓGICO DE LA CONCUSIÓN Y SU TIPIFICACIÓN EN EL DERECHO PENAL.

De acuerdo con el origen etimológico de la concusión, se deriva del vocablo latino *concutere* que significa “sacudida”, concepto bajo el cual, se referían metafóricamente en el Derecho Romano a aquella sacudida o conmoción que sufría la víctima del sujeto activo del delito, ante la exacción ilegal que éste le imponía.

Desde el momento en que se pretende efectuar una comparación entre el origen etimológico de la concusión y el tipo penal de dicho instituto en nuestro Derecho Penal. Daría como resultado el caer en una aparente contradicción, ya que no contempla como elemento; “el sacudir un árbol para recoger posteriormente sus frutos” o que el sujeto pasivo del delito, “sufra una sacudida o conmoción (de carácter subjetivo) ante la exacción ilegal que aquel le formula”.

Así, para el Derecho Penal, las únicas conductas merecedoras de estudio son aquellas que se manifiestan bajo una finalidad conductual; un dominio de conducta del agente activo y que se refleja de manera externa o bien, bajo una intervención culposa, ambas formas traen como consecuencia, la aparición de un resultado típico relevante para su estudio y sanción.

CLASIFICACIÓN DEL DELITO

A.- En función de su gravedad: La concusión es un delito, en cuanto a la clasificación bipartita, debido a la intervención de la autoridad judicial para sancionarlo, y no de la autoridad administrativa como sucede con las faltas,

B.- En orden a la Conducta del Agente: Es un ilícito de acción porque para su ejecución, el agente debe realizar movimientos corporales o materiales, a título de impuesto o contribución, recargo, renta, salario o emolumento, exige, por sí o por medio de otro, dinero, valores, servicios o cualquier otra cosa que sepa no ser debida, o en mayor cantidad que la estipulada por la ley.

C.- Por el Resultado.- Es material en cuanto a que se provoca un cambio en el mundo exterior, al exigir una cosa no debida o en mayor cantidad que la señalada por la ley, como lo establece el tipo penal.

D.- Por el Daño que Causan.- La concusión es de lesión, porque como resultado de la conducta delictiva, se provoca un menoscabo al bien jurídicamente tutelado por la norma penal en análisis.

E.- Por su Duración: Es instantáneo en el mismo momento de su realización, se consume el ilícito, se comete en una sola acción.

F.- Por el elemento interno: Es un delito doloso porque se requiere de la voluntad y conciencia del sujeto activo para la consumación del mismo. El agente desea y quiere la producción del resultado ilícito.

G.- En función a su Estructura.- Es de estructura simple la concusión, debido a que el tipo protege un solo bien jurídicamente tutelado; a diferencia de los de estructura compleja o compuesta, los cuales tutelan a más de un bien jurídico.

H.- En relación al Número de Actos: Es insubsistente, porque en un solo acto se realizan los elementos del ilícito, configurándose este. No se requieren de más actos para colmar el tipo penal.

I.- En Relación al número de Sujetos: Es pluri subjetivo el ilícito de concusión, ya que para su ejecución no solo participa el agente oficial sino en muchos casos un correo ajeno a la función pública (tercero) para facilitar la consumación del delito .

J.- Por su forma de Persecución: Es un tipo de oficio, no importa que el ofendido pida lo contrario, la autoridad perseguirá la conducta en estudio. Por consiguiente, tampoco procede el perdón del ofendido, como sucede en los delitos de querrela.

K.- En Función de su materia.-

1.- Con fuero especial .- Cuando el funcionario público tenga un fuero de Corte Nacional o Provincial , aplicándose las reglas de competencia para este caso en particular.

2.- Común.- Si el delito de concusión es cometido por un funcionario del fuero común, será sancionado de acuerdo a las normas de este mismo fuero .

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO DE CONCUSIÓN

Sujeto Activo

Sujeto activo calificado , cuando quien pide directamente a un particular derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas por la función que le corresponde como funcionario publico , ya sea para despachar o atender los pedidos que sin nada a cambio debe atender , pero que condiciona este despacho a cambio de un incentivo del usuario .

Sujeto no calificado , que por extensión participa como coautor de la infracción , es el correo o agente oficioso que trabaja junto al funcionario público y que es utilizado para pedir a nombra del empleado los derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones o incluso es el que recibe esas contribuciones a cambio del despacho o atención a los tramites que están pendientes en poder y decisión del funcionario.

Sujeto Pasivo:

Es la Administración Publica (El Estado) afectada por el accionar del funcionario que en forma deshonesto pide valores extras a cambio de cumplir con su función , e incluso condiciona este servicio a cambio de estas ilegales contribuciones .

También el sujeto pasivo es el contribuyente que es víctima de este abuso y exigencia del funcionario público e, que no debe porque reconocer un valor adicional al sueldo justo que el estado le paga al funcionario por hacer su tarea.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es la administración pública, afectada por el incumplimiento a la corrección y probidad de los funcionarios y servidores públicos en el desempeño de sus funciones

Conducta o verbo rector.

El verbo rector o conducta del tipo penal es el núcleo del delito; es la acción humana con la cual se lesiona el derecho de otra persona; es la acción ejecutiva de cometimiento del delito.

El artículo 281 del COIP en su parte pertinente dice que serán responsables de peculado el funcionario público que "...ordenen o exijan la entrega de derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas..".

El verbo rector es múltiple "ordenar o exigir". Según diccionario de la Real Academia de la lengua española significa

- 1 Poner una cosa o a una persona en el lugar que le corresponde
- 2 Dar un mandato: *le ordené que volviera*. mandar.
- 3 Orientar o encaminar una cosa a un fin

Evidentemente pone en una situación de debilidad al usuario en razón de que si no cumple con lo que el funcionario que tiene a su cargo el trámite que el necesita que se despache , simplemente no será despachado hasta que atienda lo solicitado por el empleado referido.

Tipicidad Subjetiva.

Concretamente refiriéndonos la concusión , siendo que el verbo rector es "ordenar o exigir la entrega de derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas", aquello implica una conducta dolosa, pues no es posible abusar por violación al deber objetivo de funcionario , quien condiciona hacer algo que esta obligado a cambio de recibir una contribución ajena a su sueldo que además es impropia y que el usuario no puede ni debe reconocer y menos aun verse sometido a este abuso por un servicio que es gratuito y de obligación del servidor.

3.- COHECHO

Este delito esta previsto en el Código Orgánico Penal Integral en el articulo 280 , en los siguientes términos .

Artículo 280.- Cohecho.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si la o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Si la conducta descrita es para cometer otro delito, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La persona que bajo cualquier modalidad ofrezca, dé o prometa a una o a un servidor público un donativo, dádiva, promesa, ventaja o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, será sancionada con las mismas penas señaladas para los servidores públicos.

INTRODUCCION .- Cohecho proviene del verbo cohechar , el que a su vez deriva del latín coactare , es decir , forzar . obligar . El cohecho es un delito que en todo tiempo , desde los romanos , fue considerado como la acción o efecto de sobornar o corromper al funcionario o magistrado . En el derecho romano se llamo a este crimen repetundarum . También del latín *confecto*, preparado, arreglado, acción o efecto de cohechar, es decir, de sobornar o corrompes, al funcionario o magistrado. En derecho romano se denominaba *crimen petundae* y su concepto solía estar restringido al acto de aceptar el soborno, usando esta ultima expresión para significar el delito del que compra o corrompe. Actualmente ambas acciones tienen denominación común de cohecho. ⁸³

Un concepto aproximado de este delito sería “ toda acción que pone a precio la función pública” es “soborno o corrupción de un juez o funcionario público para que acceda a lo pedido, aunque sea con justicia.” ⁸⁴

La palabra cohecho, viene de la voz castellana "conhecho" como referencia a una acción simultánea o ejecutada entre dos personas y para unos terceros, de la voz latina "confecto" que quiere decir preparado, arreglado.

El autor Carrara se refiere al cohecho como si fuera "una venta entre un particular y un funcionario público de un acto al que pertenece a las funciones del servidor público y que deberían de ser gratuitas".

La palabra cohecho tiene la raíz latina *confectare*, cuyo significado es preparado, arreglado. "El cohecho consiste en poner precio a un acto de la administración pública que debía ser gratuito. Se llama cohecho pasivo al delito del funcionarios que se deja corromper, en oposición al acto del particular que induce a la corrupción, denominado cohecho activo” ⁸⁵.

Cohecho, en derecho penal, es el delito que cometen las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República cuando, según el código orgánico integral penal, reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona,

⁸³ RAUL, GOLDSTEIN; diccionario de derecho penal y criminología; Buenos Aires; editorial astrea; 1998; pp. 178

⁸⁴ Enciclopedia Jurídica OMEBA.Mexico.TomoIII . Pag.228

⁸⁵ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.Mexico.TomoIII . Pag.229

beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones.

El cohecho es un delito contra la administración pública que constituye un acto bilateral que ataca a la rectitud y buen proceder propios del funcionario o servidor público en el cumplimiento de sus funciones, corrompiéndole a base de dinero, dádiva o promesa, para obtener el cohechador un beneficio justo o injusto a través de la acción u omisión de dicho funcionario.

Los términos administración pública y funcionarios no están utilizados en el restringido concepto jurídico del derecho administrativo, sino en contrapartida a la actividad de los particulares.

CLASIFICACIÓN DEL DELITO

a. El cohecho es un delito en cuanto a la clasificación bipartita, porque será perseguido por la autoridad judicial, a diferencia de las faltas, las cuales serán perseguidas por la autoridad administrativa.

b. En función de su Gravedad

El cohecho es un ilícito de acción, debido a que para su ejecución se requiere movimientos corporales o materiales por parte del sujeto activo del delito.

El servidor público por sí, o por interpósita persona es decir por parte de una tercera persona, generalmente un agente oficioso que depende del servidor público, solicita o recibe indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquier otra dádiva, o acepta una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones.

c. En orden a la Conducta del Agente

Es un acto ilícito de resultado material, porque se requiere de la materialización del mismo, es decir, de un cambio material externo, originado por la conducta del agente.

d. Por el Resultado

Es de lesión, porque el agente causa una disminución al bien jurídicamente tutelado por la norma penal en estudio.

e. Por el Daño que Causan

Es de duración instantánea, porque se consuma en el mismo momento de su ejecución. Sea que acepte la proposición u oferta o que reciba la recompensa o dinero por el servicio que va a realizar.

Se colma el tipo penal cuando el servidor público por sí, o por interpósita persona, solicita o recibe indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquier otra dádiva, o acepta una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones.

f. Por su Duración

El cohecho es doloso debido a que el agente que tiene la plena intención de ejecutarlo, consciente y voluntariamente solicita o recibe indebidamente para sí o por interpósita persona, solicita o recibe indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquier otra dádiva, o acepta una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones.

g. Por el Elemento Interno

El cohecho es de estructura simple, porque protege únicamente a un solo bien jurídico tutelado.

h. En Función a su Estructura

Es pluri subjetivo el cohecho, en virtud a que para su ejecución se requiere de la presencia de dos sujetos activos (quien ofrece y quien recibe)

i. En Relación al Número de Sujetos

Es unisubsistente porque se ejecuta en un único acto. No es posible fraccionar la acción en diversas etapas, siempre se ejecuta en un sólo hecho.

j. En Relación al Número de Actos

Es un acto ilícito de oficio, porque la autoridad lo perseguirá aún en contra de la voluntad del ofendido.

K.- En Función de su materia.-

1.- Con fuero especial .- Cuando el funcionario público tenga un fuero de Corte Nacional o Provincial , aplicándose las reglas de competencia para este caso en particular.

2.- Común.- Si el delito de concusión es cometido por un funcionario del fuero común, será sancionado de acuerdo a las normas de este mismo fuero .

LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

A) Conducta

La conducta, es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a la realización de un propósito.

a. Clasificación

Es de acción la conducta desplegada por el servidor público, ya que ejecuta movimientos corporales o materiales.

En sí la conducta del agente consiste en solicitar o recibir por sí, o por interpósita persona, solicita o recibe indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquier otra dádiva, o acepta una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones.

b. Sujetos

Sujeto activo.- Es el servidor público o la persona bajo cualquier modalidad que despliega la conducta típica de cohecho aceptando o recibiendo a promesa corruptiva o la dávida .

El **cohechador** quien ofrece beneficio económico indebido como promesa o reconocimiento y el cohechado que es el funcionario público que acepta a cambio de dinero o premios hacer , dejar de hacer , retardar cuestiones relativas a sus funciones , también ocurre cuando el el funcionario publico pide del usuario dinero o beneficio para hacer o dejar de hacer algo que le corresponde por la funcion que desempeña .

Como coautor aparece la tercera persona que sin ser funcionario público es el corredor o el que sirve de intermediario para pedir o recibir a nombre del funcionario dineros o promesas del usuario .

Sujeto Pasivo.- Es el titular del bien jurídico tutelado, será el Estado.

Se define al sujeto pasivo como: "la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta del sujeto activo"

c. Lugar y tiempo de la Comisión del Delito

En este punto se presentan tres teorías.

- i. De la acción.- En esta teoría se considera que el delito será castigado donde se comenta la acción.
- ii. Del resultado.- Esta tesis, establece que deberá sancionarse el tipo penal, en el lugar donde se produzca el resultado.
- iii. De la Ubicuidad.- En esta teoría se afirma que lo más importante es no dejar impune el delito, para lo cual se puede sancionar tanto donde se ejecuta la acción, como donde se produjo el resultado.

TIPICIDAD Y ATIPICIDAD

A) Tipicidad

a. Tipicidad

La tipicidad es la adecuación o encuadramiento de la conducta, en la descripción legislativa o tipo penal.

La tipicidad se presentará cuando las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones.

O cuando la persona que bajo cualquier modalidad ofrezca, dé o prometa a una o a un servidor público un donativo, dádiva, promesa, ventaja o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito.

BIEN JURÍDICO TUTELADO

"El interés jurídico tutelado en este delito es el que tiene la administración pública de que el desarrollo o funcionamiento de la actividad estatal discurra en todos sus ámbitos - legislativo, ejecutivo, judicial, electoral y de participación ciudadana⁸⁶, en el caso de Ecuador - por un cauce de honradez sin ser inficionado (cohechado) por enriquecimientos torticeros (injustos) o desviaciones."

También se considera que la lealtad es afectada y el respeto a la administración pública.

CARACTERÍSTICAS DEL DELITO

⁸⁶ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.Mexico.TomoIII . Pag.230

ELEMENTOS DEL TIPO:

1. Tener el carácter de servidor público
2. Por sí mismo o por intermedio de terceros, recibir o aceptar beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero
3. Comprometerse, por ello, a hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones
4. Que el agente quiera, con su conducta, obtener para sí o para otro un beneficio cualquiera.

TIPOS DE COHECHO COHECHO PASIVO

- o Características.

Este cohecho es un delito de participación necesaria, es decir exige una pareja, que vienen a ser oferente y retribuyente, cohechante y aceptante, inductor e inducido, que dan lugar a los cohechos activo y pasivo.

En el cohecho pasivo, el sujeto activo del delito que es el funcionario público, es que abordado por el particular acepta o recibe una beneficio de carácter monetario o económico, obviamente como un acto posterior a la oferta o promesa realizada por el cohechante, para ejecutar actos de su empleo u oficio, solicitados por el cohechador y que además estén dentro de la competencia territorial y material del funcionario, ya que caso contrario no será sujeto de cohecho.

Los actos a realizarse por parte del sujeto activo son: actos justos pero no sujetos a retribución; actos injustos; abstenciones de actos de su obligación o del orden de sus deberes.

Consecuentemente la acción que perfecciona este cohecho es la aceptación o la recepción del beneficio antes del acto solicitado y esperado, por lo cual se excluye de ésta figura, toda cuestión referente al pago posterior. Siendo irrelevante que el funcionario cumpla o no lo pactado, puesto que el delito se consuma con la sola aceptación del beneficio.

El cohecho tiene dos modalidades:

1. Antecedente
2. Consecuente.

El cohecho pasivo siempre es antecedente cuando hay simplemente el acuerdo, se acepta la oferta o se recibe los dones o presentes y se convierte en consecuente cuando se ejecuta por parte del funcionario público lo pactado, es decir, cuando realiza o se abstiene de hacer un acto.

El cohecho activo es antecedente cuando se ha compelido o ejercido alguna fuerza física o moral en la persona del funcionario, sean violencias o amenazas; actuar con el que se elimina la responsabilidad del funcionario y solamente se le juzga al cohechante por la infracción, aunque en la realidad se dice que al no haber otra parte, no sería cohecho. De la misma forma, es cohecho activo antecedente cuando corrompe el cohechante por promesas, ofertas, dones o presentes. Se convertiría en consecuente, en ambos casos cuando el funcionario haya realizado el acto o se hubiera abstenido de hacerlo por el apremio ejercido sobre su persona o por el beneficio.

División del cohecho pasivo

Cohecho propio: llamado también grave. Es aquél que comprende la realización de un acto injusto por parte del funcionario público. Tomando en cuenta, que por "injusto" debe entenderse lo que no está de acuerdo a la ley, cuando es contrario a derecho, y si no se trata de algo relacionado a la aplicación de la ley, injusto hace referencia a lo incorrecto, a lo alejado del sentido común.

Además, recordando las modalidades analizadas, el cohecho propio es antecedente y consecuente

- **Cohecho Propio Antecedente:** Consiste en aceptar ofertas o promesas, o recibir dones o presentes para ejecutar en el ejercicio del empleo u oficio un acto manifiestamente injusto o para abstenerse de un acto obligatorio. En éste caso, varía la calidad de la conducta a realizarse, pues el acto injusto nunca será del empleo, es decir, no puede constituir algo que se le ha encomendado realizar al funcionario, pero sí puede darse porque está al alcance de dicho funcionario dado al ejercicio de su cargo.
- **Cohecho Propio Subsiguiente:** A diferencia del cohecho propio antecedente, aquí hay conducta, ejecución en el ejercicio del cargo de un acto injusto. Para la existencia del cohecho propio subsiguiente o consecuente, no es suficiente el simple acuerdo sino la realización misma del acto injusto o la abstención del acto comprendido en el orden de sus deberes, es decir del acto obligatorio. Además, el beneficio económico indebido o de otra clase, siguen siendo el elemento subjetivo del tipo que da origen al actuar del funcionario en el sentido determinado.

Cohecho Impropio: Es aquel que pretende la realización de un acto que no es ilegal, es decir, de un acto justo pero que correspondería realizarlo correctamente y no por dádiva; justo y no remunerado.

En éste cohecho lo único antijurídico será la retribución, puesto que el acto del empleo u oficio siempre va a ser justo.

Cohecho Agravado: El cohecho adquiere el carácter de agravado primeramente porque el funcionario ha aceptado las promesas o recibido las dádivas para cometer en el ejercicio de su cargo un delito; y posteriormente porque el sujeto cohechado ostenta la calidad de juez, árbitro, componedor o jurado. Cualquiera de éstas dos alternativas le otorga al cohecho la calificación de agravado.

Cohecho Activo

Características

A diferencia del cohecho pasivo, el activo alude o se refiere a quien hubiese compelido u obligado mediante violencias o amenazas o diere u ofreciere dádivas a un funcionario público, a un jurado, árbitro o componedor o a una persona encargada de un servicio público en general, para que haga u omita un acto relativo a sus funciones y deberes.

Además, el cohecho activo no requiere de la codelincuencia necesaria que era exigida por el cohecho pasivo, puesto que en éste caso -cohecho activo- el delito se consuma sin la contribución de otra persona distinta al agente, ya que lo que aquí se requiere para dicha consumación es la entrega de la dádiva o la formulación de la oferta al funcionario, guiadas por la intención de obtener un determinado acto del funcionario o su abstención, e independientemente de que se logre o no un acuerdo, es decir no es necesario que la dádiva u oferta sea aceptada para que exista este delito.

Dicho de otra forma, "... si bien el cohecho pasivo presupone un hecho de cohecho activo, éste no presupone un cohecho pasivo, o sea, puede darse un cohecho activo aunque no concurra un cohecho pasivo."

Cabe también recalcar que el delito de cohecho en general, no admite tentativa y que todos los actos anteriores a la consumación de la acción típica, aunque se encuentren directamente relacionados con su perpetración, no pasan de ser actos preparatorios impunes, ya que el delito en mención, sea cohecho activo o pasivo, es de pura actividad (no requiere resultado alguno, ni siquiera la aceptación de la propuesta).

-Sujeto Activo

Sujeto activo de este tipo de cohecho puede ser cualquier persona, basados en el principio de que "tan corrupto es el que da como el que recibe", está bien colocarles al mismo nivel y gravedad a cohechante y cohechado, sancionándolos en la misma magnitud.

- Conducta o Verbo Rector

En el cohecho activo la conducta o verbo rector es de dos clases:

- Compeler por violencias o amenazas, lo cual implica obligarle al funcionario a actuar de determinada forma impulsado por el apremio físico o moral. Por tanto, dentro de esta primera conducta tenemos :
 - La "vis absoluta" que es la fuerza física y;
 - La "vis compulsiva insuperable" que es la fuerza moral; las mismas que eliminan cualquier responsabilidad de quien las sufre, respondiendo de esta forma por el respectivo delito, exclusivamente el cohechante, esto es, quien opera dichas fuerzas. En este sentido, muchos tratadistas han opinado que cuando se ejerza un apremio de esta clase y con esos propósitos determinados (realización de un acto de su empleo u oficio o la omisión de un acto relacionado con sus deberes), no se puede hablar de cohecho porque no hay otra parte.

4.-ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Este delito esta previsto en el Código Orgánico Penal Integral en el artículo 279 , en los siguientes términos .

Artículo 279.- Enriquecimiento ilícito.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones.

Si el incremento del patrimonio es superior a doscientos y menor a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de cinco a siete años.

Si el incremento del patrimonio es hasta doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de tres a cinco años.

INTRODUCCION .-Etimológicamente proviene del vocablo latino *illicitus*, que significa ilícito; es decir, que no está permitido legalmente, es un acto contrario a derecho . El enriquecimiento ilícito es un concepto que hace referencia al acto de enriquecerse por medios contrarios a las normas jurídicas. El tipo penal de enriquecimiento ilícito opera cuando se trata de un funcionario o servidor público al que no se le ha podido probar que haya cometido delito contra la administración pública, pero si se demuestra que por el cargo que desempeña se enriquece para si o para terceros, es decir hay un incremento patrimonial no justificado que se presume que el mismo se produjo tomando ventaja del cargo de funcionario público.

Por lo que la norma exige, es que el enriquecimiento ilícito tenga lugar durante su ejercicio, y esté vinculado con su desempeño o el cumplimiento de la función, aspectos que tocan con la comisión del hecho típico, no con la prueba de su realización. Puede surgir no solo del análisis del tiempo correspondiente al ejercicio del cargo, sino también del estudio de los registros, comportamientos y actividades económicas desarrolladas con posterioridad a su dejación del cargo, y que dicho acrecimiento derive de su condición de servidor público o del ejercicio de sus funciones, sea que provenga de una sola acción, o de varias acciones psicológicas y finalísimamente orientadas por el propósito común del enriquecimiento, sin que cuente, para efectos de su configuración típica, que la prueba del hecho provenga del análisis del tiempo de ejercicio del cargo, o de periodos posteriores .

Por ello la presunción de este enriquecimiento se debe establecer previo informe de la contraloría , la cual partirá de la comparación de los bienes declarados previo a la posesión del cargo y los bienes declarados después de haber dejado el cargo, si se evidencia un incremento exagerado y no justificado se habrá cometido el delito , pues podría ocurrir el que el funcionario se haya sacado la lotería y por lo tanto todos los bienes adquiridos producto del premio referido desvanecen la presunción de un enriquecimiento. Podría ocurrir también que con la finalidad de evitar evidenciar algún incremento de su patrimonio el funcionario no se compra una casa nueva pero la remodela haciéndose dos pisos mas o comprando cuadros de artistas cotizados o menaje de casa como piso de mármol , televisores de sesenta pulgadas para todos los cuartos , comprándose ropa de vestir de modistos internacionales , comprándose relojes o joyas carísimas como ocurrió en el caso Verduga cuando siendo Ministro de Gobierno fue descubierto y se le inicio un juicio por este delito.

Es decir la Contraloría General del Estado examinará y confrontará las declaraciones referidas e investigará los casos en que se presume enriquecimiento ilícito. La falta de presentación de la declaración al término de las funciones o la inconsistencia no justificada entre las declaraciones hará presumir enriquecimiento ilícito.

Es importante señalar que en este caso como en el del peculado para poder comprobar el enriquecimiento que se presume es indispensable que la Contraloría General del Estado realice una auditoría en la que se compruebe comparando los bienes declarados por el funcionario o ex funcionarios al momento de posesionarse son los mismos o se han incrementado considerablemente no guardando relación con el sueldo que ha percibido o percibe, lo que evidencia que este incremento es en base a ingresos ilegítimos, por lo que el funcionario o ex funcionario puede desvanecer esta presunción justificando el origen legítimo de los ingresos con los que aumentó su patrimonio o de un tercero.

La Constitución en su artículo 233, en forma expresa indica que todos los servidores o funcionarios públicos deberán rendir cuentas de sus acciones y omisiones en los siguientes términos.

“Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”.

El delito de enriquecimiento ilícito, aunque de forma endeble tiene su antecedente en el derecho romano; considerando que las normas en tal ordenamiento jurídico no fueron claras, en algunas veces llegaban a tener contradicción y hasta complementarse los preceptos del derecho penal con el derecho civil: en este derecho la materia de delitos públicos se regulaba lo siguiente: a) el orden público, b) la organización política, y c) seguridad del Estado; estos delitos públicos eran reprimidos con penas severas, se perseguían de oficio o a petición de los ofendidos.

Debe por lo tanto aclararse que lo que persigue la norma y lo que tipifica el acto como delictual versará no en enriquecimiento desmesurado o ilícito del funcionario público sino en la conducta delictual que le ha impedido justificar un aumento patrimonial en relación a sus ingresos lícitos y normales, verbo y gracia, una persona que gana dos mil dólares al mes y fue funcionario veinticuatro meses no pudo adquirir una mansión

de un millón de dólares y dos autos mercedes Benz valorados en doscientos mil dólares , que no corresponde a los ingresos que legalmente percibió, ello definitivamente supone que habido un enriquecimiento ilícito por la función que desempeño .

Se puede afirmar que el incremento patrimonial tiene su origen en la comisión de delitos contra la administración pública con implicaciones económicas, presunción iuris tantum que admitiría prueba en contrario; pero si no hay tal prueba, se confirmaría la existencia de este delito subsidiario. La inversión de la carga de la prueba es una característica que ha hecho discutible la creación de esta figura penal .

Se ha mencionado que el delito de enriquecimiento ilícito, presenta las deficiencias siguientes:

- 1) La redacción del ilícito penal carece de claridad, no es precisa ni es exacta, no define una conducta sino sólo un resultado, no es comprensible para los destinatarios de la norma y, por ello, atenta contra el principio de seguridad jurídica,
- 2) Viola el principio de inocencia y establece la inversión en la carga de la prueba,
- 3) Viola la garantía de la no autoincriminación reconocida por la Constitucional,
- 4) Crea un delito de sospecha y con ello transgrede el principio in dubio pro reo,

Para muchos además el fundamento del enriquecimiento ilícito es la prevención de la impunidad de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios o servidores públicos por dificultades probatorias; en efecto ante la perjudicial imprecisión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación, por no poder probar el delito que permitió su acumulación, se optó por el recurso de crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito que se utilizaría precisamente en los casos en los que no se acreditase la actividad criminal que llevó a cabo el funcionario público para la obtención del patrimonio sin justificación legal; comparten esta opinión los pensadores César Augusto Nakazaki Servigón, Sebastián Soler, Jorge E. Buompadre, Marcelo Sancinetti, Edgardo Alberto Donna, Jorge Luis Villada, Erlean de Jesús Peña Ossa, William René Parra Gutiérrez y Alfonso Gómez Méndez.

El autor Miguel Inchausti, señala que el antecedente del delito de enriquecimiento ilícito lo encontramos en Argentina, en el año 1936, con el documento Corominas Segura, que contemplaba dos hipótesis: a) presunción de enriquecimiento ilícito, se incrimina al que desde su cargo lucra, y b) acrecentamiento patrimonial que no provinieren de específicas fuentes.

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Sujeto Activo

Sujeto activo calificado , pues el incremento patrimonial injustificado es en beneficio de quien a sido funcionario público o lo es al momento en que se realiza la auditoria que establece el incremento injustificado .

Sujeto no calificado , que por extensión participa como coautor de la infracción , es el testafarro o tercero quien aparece como beneficiario de la conducta delictual del funcionario público quien para simular los ingresos indebido pone todo lo adquirido en forma ilegal en beneficio de una tercera persona , que puede ser un amigo , familiar o con quien se tiene una relación de carácter amorosa .

Se trata de un delito especial, es decir que para ser autor de este, el tipo penal exige la calidad de funcionario público en ejercicio de la función pública o que la haya ejercido. Poco interesa la jerarquía o nivel de competencia. Tampoco interesa si el funcionario ha dejado de ejercer la función pública en el momento en que es detectado el desequilibrio patrimonial, relevante es que el incremento patrimonial injustificado se haya producido durante la época en que el funcionario Público ejerció la función pública.

El artículo referido del Código Orgánico Integral Penal contienen un delito de los denominados “de infracción del deber”, esto es, aquellos delitos en los que no se trata de preservar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien en general o bien contra determinados peligros, solidariamente”⁸⁷.

La defraudación de la expectativa no se realiza con la creación de un riesgo prohibido, sino con el incumplimiento de un deber que surge de un status determinado. Existe una relación positiva entre autor y el bien protegido⁸⁸, que da lugar al surgimiento de deberes de protección y favorecimiento del bien colocado dentro de la esfera jurídica de la persona especialmente obligada, quien no solo debe abstenerse de dañarlo , sino que debe velar por su integridad frente a cualquier amenaza de peligro de sesión.

Es decir , el enriquecimiento ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consuma en la circunstancia en que esta un incremento significativo y en la medida que el mismo en conducto de actividades no ajustadas a derecho en el contexto de desarrollo temporal del cargo o empleo público.

Sujeto Pasivo:

Es la Administración Pública (El Estado) afectada por el accionar del funcionario que se ha beneficiado de su función seguramente pidiendo valores para realizar actos de su cargo y que no fueron descubiertos en su momento por infracciones como cohecho , concusión u otros actos ilícitos que terminaron incrementando su patrimonio .

⁸⁷ JAKOBS, Gunther, Derecho Penal, Parte general , trad. Cuello Contreras/Serrano Gonzalez de Murillo , 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, pp. 52.

⁸⁸ JAKOBS, Gunther, Derecho Penal. PG, op, cit., p. 1027.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es la administración pública, afectada por el incumplimiento a la corrección y probidad de los funcionarios y servidores públicos en el desempeño de sus funciones

Tipicidad Subjetiva.

En el enriquecimiento ilícito , siendo que el verbo rector es “ obtener e incrementar ”, aquello implica una conducta dolosa, relacionada exclusivamente a su cargo o función publica en virtud del cual habido un incremento patrimonial superior a los doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general y con un tope que supere incluso los cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, o además que estando quebrado antes del cargo con ocasión al mismo termina pagando deudas fuertes o comprando bienes muebles o inmuebles , joyas , autos , etc.

5.-LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA Y CÓMO SE EJERCE.-

En nuestro sistema procesal penal el ejercicio público de la acción corresponde exclusivamente a la Fiscalía en casi todos los delitos penales a excepción de los que deben perseguirse por acción privada mediante querrela por la víctima . En las demás infracciones el Fiscal debe obrar de oficio sin necesidad de denuncia previa .⁸⁹

Por lo que apenas ocurre un hecho del que se tenga indicios que pueda ser delictivo , el Fiscal da inicio a la indagación previa que tiene como objeto determinar en virtud de la investigación si se ha cometido o no una infracción penal y si los sospechosos son o no los presuntos autores del mismo , dando paso al inicio de un proceso penal poniendo en conocimiento del órgano de la función jurisdiccional competente el cometimiento de una infracción, a fin de que se inicie el proceso en contra del infractor que tiene como único objetivo lograr la sanción penal .

Por consiguiente, toda acción es pública, pues emana del poder del Estado. Se dice también que la acción penal es oficiosa porque no requiere denuncia o solicitud de la víctima para iniciar el proceso investigativo; esa acción emana del poder del Estado, y basta el conocimiento público del delito, para que el Fiscal entre en actividad.

CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA

Irrevocable: La acción penal en los delitos pesquisables de oficio no es renunciable, desistible, transigible, ni conciliable; lo que significa que una vez iniciado el proceso solo puede concluir con la decisión final o sea con una sentencia que declare la culpabilidad o confirme la inocencia del acusado, excepto cuando ha operado el principio de oportunidad ya sea que el Fiscal haya comprobado que lo denunciado no

⁸⁹ Artículo 410 COIP

constituya infracción penal o que la persona investigada no tiene participación o responsabilidad en el hecho investigado o cuando teniendo responsabilidad el sospechoso resuelve reparar económicamente la lesión patrimonial ocasionada a la víctima devolviéndole lo que indebidamente se apropió o indemnizándola del daño causado solo opera en delitos cuya sanción no sea superior a cinco años de prisión en los cuales podría también considerarse lo que siendo sancionados con una pena de reclusión la pena concreta reducida fuese menor a los cinco años de prisión , esto opera con instituciones como la conversión , suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio .

Indivisible: La acción penal es indivisible porque tiene como finalidad perseguir la sanción de todos quienes hayan participado cualquiera que haya sido su grado de participación o cooperación en la comisión del ilícito , sea por acción o por omisión dolosa.

Los criterios citados nos llevan a la conclusión de que la acción penal es un poder-deber de activar la jurisdicción para la actuación del derecho penal sustantivo. Es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional ante un hecho que la ley describe como delito.

En consecuencia, este poder jurídico es común en el ejercicio de la acción penal de la Fiscalía General y, en su caso, de la víctima mediante acusación particular.

Cuando ese poder jurídico lo ejerce el Fiscal, está íntimamente relacionado con sus funciones públicas y con el deber objetivo que obliga al fiscal valorar las pruebas de cargo y de descargo aportadas al proceso , y por tanto es imperativo, mientras que en los casos de ejercicio de la acción por parte de los particulares que pueden hacerlo libremente, el poder jurídico se convierte en un derecho subjetivo disponible, o sea que no es necesario el impulso privado para el ejercicio de la acción pública.

Vicenzo Manzini indica que la acción penal se puede considerar desde dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo.

El aspecto subjetivo, es el poder, deber jurídico que compete al Ministerio Público de actuar las condiciones para obtener del juez la decisión sobre la realizabilidad de la pretensión punitiva del Estado, derivado de un hecho que la ley prevé como delito.

Se afirma que varias son las características de la acción penal pública:

- a) Publicidad.- Se dice que por su importancia en la vida de la sociedad, el Estado ha dispuesto que su actividad sea fundamentalmente dirigida a reintegrar la paz social perturbada por el delito , y por ello, La Fiscalía General del Estado, como ente protector de la sociedad ejerce a plenitud integralmente durante todo el desarrollo del proceso penal la acción penal , proceso además que es público ,

de conocimiento de todos a excepción de los delitos sexuales o de seguridad del estado .

- b) Oficialidad. Se considera un verdadero monopolio de la Fiscalía General del Estado pues la Constitución ha determinado que sea el titular de la acción penal pública. Recordemos que en la Constitución de 1998 esta entidad era adscrita al Estado, en cambio en el nuevo marco constitucional y legal del 2008, la Fiscalía General es un órgano de la Función judicial cuyo ámbito de actuación está señalado en la Constitución, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en el Código de Procedimiento penal
- c) Indivisibilidad.- La acción penal es única, si bien en el proceso aparecen actos diversos promovidos por el titular de la acción penal, la acción es única y tiene una sola pretensión: la sanción penal que alcanza a todos los que han participado en la comisión del delito. No existen distintas acciones que correspondan a cada agente, sino una acción indivisible. en razón de que una vez que se la promueve involucra a todos aquellos que de una u otra manera han intervenido en la comisión de un delito o han concurrido a su ejecución, es decir, a quienes alguna responsabilidad tuvieren supuesto que nadie deberá escapar a la represión penal. Es decir, que ni el fiscal ni el denunciante ni el acusador particular, pueden obligar al juez para que limite la iniciación o la prosecución del proceso solo en contra de uno de los presuntos culpables de la infracción de acción pública.
- d) Obligatoriedad.- Existe la obligación por parte de la Fiscalía General del Estado de ejercitar la acción penal ante la noticia de la presunta comisión de un hecho ilícito.
- e) Irrenunciable.-En otro aspecto es importante señalar que la acción penal pública es irrenunciable por cuanto quienes ejercen la acción no pueden retractarse del dictamen fiscal acusatorio, de la denuncia o de la acusación particular, con el propósito de impedir que continúe la sustanciación de la causa, pues si bien es verdad que de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal cabe el desistimiento de la acusación particular en los procesos por delitos de acción pública, el trámite continúa con la sola intervención del fiscal, ya que de acuerdo con el Código Penal, el perdón de la parte ofendida o la transacción con ésta no extingue la acción pública por una infracción que debe perseguirse de oficio.

MODOS DE EJERCER LA ACCIÓN PENAL:

La acción penal puede ser ejercida de diferentes maneras que se concretan en las siguientes:

1. De oficio: La acción se ejerce de oficio porque el delito perjudica a toda la sociedad Se da cuando el delito afecta a toda la sociedad, siendo el Estado quien debe perseguir el delito a través de la Fiscalía.

2. Mediante acusación particular o querrela: En este caso el delito solo afecta a la víctima y el Estado no interviene cuando hablamos de delitos de acción privada, pero en los delitos de acción pública la víctima puede comparecer con acusación particular para ser parte procesal.

También existe la Acción Popular, que se aplica esta modalidad cuando el delito no solo afecta a una víctima en articular sino al resto de la colectividad esto lo prevé el artículo 441 del COIP o sea a personas afectadas por derechos colectivos, que potencialmente pueden ser víctimas, por cuya razón puede presentar denuncia para dar inicio a la acción penal cualquier ciudadano.

El señor Jorge Zavala Baquerizo enseña “ **que la acción penal es el poder jurídico concedido por el Estado a las personas o al Ministerio Público, con el fin de estimular al órgano jurisdiccional penal para que éste inicie el proceso penal cuando se ha violentado una norma jurídica penalmente protegida** “⁹⁰

Entendemos que el poder jurídico que tienen las personas para accionar al órgano jurisdiccional penal, hoy por hoy, es una garantía constitucional, señalada en el artículo 75 de la Constitución de la República 2008, considerándose ésta como una verdadera tutela jurídica que el Estado concede a los ciudadanos, y ello en salvaguarda del derecho a la seguridad jurídica que también está señalado en la norma constitucional.⁹¹

El señor César San Martín Castro, indica lo siguiente: "Lo expuesto nos permite sostener, siguiendo parcialmente a Gian Domenico Pisapia, que la acción consiste en puridad, en un *poder - deber* de activar la jurisdicción, o sea de pedir al órgano jurisdiccional un pronunciamiento concreto sobre una noticia criminal específica y que, además, se trata de una iniciativa típicamente procesal dirigida a la activación de la función jurisdiccional para la actuación del derecho penal sustantivo".⁹²

Y agrega San Martín: " En tal virtud, como no cabe definir la acción penal a partir de la noción de derecho, únicamente cabe calificarla *as poder jurídico*. Por consiguiente, corresponde conceptualizar la acción penal como el poder jurídico mediante cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de una noticia criminal, se solicita la apertura o la aprobación formal del proceso penal, haciendo surgir en aquel la obligación de pronunciarse sobre la misma mediante resolución motivada. La categoría de poder utilizada en la definición -a diferencia de las categorías de derecho, posibilidad o facultad- permite denotar sin esfuerzo el nexo acción-jurisdicción, a la vez que el *vocablo jurídico* destaca que su origen está en la organicidad del ordenamiento, y su destino y su función son afirmarlo"

Y continúa San Martín Castro diciendo que " *este poder jurídico* es común en el ejercicio de la acción penal del Ministerio Público y, en su caso, de la víctima. Señala De La Oliva Santos, que ese poder jurídico está, cuando lo ejerce el Ministerio Público,

⁹⁰ Jorge Zavala Baquerizo. Tratado de Derecho Procesal Penal" Tomo I (edición Edino- 2004) , pag12

⁹¹ Constitución del Ecuador art.82

⁹² Alfredo Velez Mariconde . Derecho Procesal Penal ,pag122

íntimamente relacionado con sus funciones públicas, que ha de realizar imperativamente; en cambio, en los casos de ejercicio de la acción por los particulares, que pueden hacerlo libremente, ese poder jurídico es la sustancia de un derecho subjetivo disponible".

Nos parece evidente que estos comentarios doctrinales del tratadista peruano, son, indudablemente, de gran contenido actual, en el marco de nuestra legislación Procesal, aún, con las deficiencias e inconstitucionalidades que ella trae consigo, pero las apreciaciones legales de este autor son objetivas y precisas.

El Dr. Andrés F. Córdova ,señala "la acción viene a ser el derecho de acudir, en forma legal, ante los jueces y tribunales competentes, a pedir la represión de un delito."⁹³

LA PRESCRIPCIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

Definición.

No debe confundirse el derecho con la acción que lo protege por medio de su ejercicio ante el poder jurisdiccional , cuando la pretensión se presente por el interesado (víctima) en su calidad de parte procesal como acusador particular o simplemente por medio de denuncia .

Es claro que el que tiene un derecho puede a su entera libertad ejercerlo o defenderlo o simplemente desistir de reclamarlo por una inacción , puede también ocurrir que por negligencia o por olvido la víctima no ejercicio oportunamente su derecho de promover sus pretensiones ante los tribunales de justicia , lo que implica que por el paso del tiempo provocó la extinción de tal derecho por que simplemente ha precluido este derecho o a prescrito el mismo.

En forma general la prescripción es la institución jurídica mediante la cual por el transcurso del tiempo la persona adquiere o pierde derechos o se libera de obligaciones.

Y desde el punto de vista penal es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al **ius punendi**, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción.

El **ius punendi** estatal es la potestad de persecución penal del Estado, el cual no puede en ningún modo ser indefinido o indeterminado, pues uno de sus límites se fija en atención al cómputo de los plazos de prescripción penal, que rige conforme a las reglas de la prescripción ordinaria y extraordinaria de la acción penal.

Es decir que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado; dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal, y con él se extingue la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo.

⁹³ ANDRÉS F. CÓRDOVA ."Derecho Procesal Penal Ecuatoriano" ,del Tomo 10, volumen 1 de la edición de Fondo de Cultura ecuatoriana, edición 1981 , pag.14

1.2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESCRIPCIÓN

Ahora bien, se discute en la doctrina la naturaleza jurídica de la prescripción, es decir, su carácter penal, mixto o procesal.

La teoría material considera que la prescripción estaría vinculada con el injusto penal, de modo que con el correr del tiempo dejaría de existir la necesidad de pena y, con ello, desaparecería el injusto penal mismo.

Así, según esta tendencia, la prescripción constituiría una causa de exclusión del injusto o, por lo menos, una causa de levantamiento de pena.

La teoría mixta o de la doble naturaleza entiende que existen razones tanto de carácter material como procesal por ejemplo, las dificultades de prueba que surgen con el transcurso del tiempo para admitir la prescripción.

En consecuencia, la prescripción equivaldría a un impedimento procesal, pues por su propia concepción las consecuencias de su producción solamente pueden ser procesales.

Finalmente, la teoría procesal estima que la prescripción tendría una naturaleza procesal en el sentido de constituir una renuncia del Estado a perseguir el delito y, por lo tanto, sería un mero impedimento procesal.

En ese sentido, la prescripción se caracteriza por su desvinculación con los hechos punibles cometidos.

En la doctrina, sin embargo, se debate mucho más que la naturaleza jurídica de la prescripción, y las consecuencias que acarrea una u otra teoría invocada al efecto.

Así, no obstante la antigua y larga tradición histórica de la institución, hay quienes proclaman la imprescriptibilidad, por lo menos de las acciones u omisiones con grave desvalor social y jurídico.

En este sentido, **HORWITZ LENNON** afirma que aquellos hechos que, por su entidad y significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda, no deben ni pueden beneficiarse con límites temporales para su persecución y sanción.

Más aún, cuando tales delitos son perpetrados en el seno de un aparato organizado de poder, la estructura estatal, sus autores actúan contando con la impunidad de tales ilícitos, la que se expresa, en el caso de la prescripción, como omisión de la persecución penal por parte del mismo aparato de poder cuyos miembros cometieron los delitos .

1.3.- FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS DE LA PRESCRIPCIÓN

Los jueces están obligados a respetar el principio de sujeción a la ley, cuyos efectos son:

1. La determinación de la punibilidad tiene que llevarse a cabo mediante ley.

2. La ley tiene que determinar la punibilidad, debiendo entender por punibilidad el estar un hecho conminado o no con pena, y la medida de esta.

3. La determinación ha de realizarse antes del hecho. Esta prohibición de retroactividad tiene lugar en relación con la validez temporal

Los principios rectores para la aplicación de la ley penal en el tiempo, determinan la posibilidad de que una ley posterior pueda aplicarse con carácter retroactivo por excepción, en el evento de que fuese favorable al reo ; es decir que se pueden aplicar sus efectos retroactivamente por el principio del favor reo y del principio de legalidad .

Igual tratamiento debe darse a sus efectos hacia el futuro, pues si una ley vigente al tiempo de los hechos o delitos, es suprimida o reformada, sus efectos en cuanto fuesen favorables se irradian hacia el futuro por el principio de la ultra actividad de la ley penal.

Lo antes dicho es aplicable en el evento de que se modificaren los presupuestos de procedibilidad para la aplicación de la prescripción, pues todos los delitos cometidos antes de la vigencia de la reforma, están sometidos al régimen existente al tiempo de la comisión de tales delitos y no a la ley posterior en cuanto fuese desfavorable.

En nuestro país estamos por vivir casualmente por la vigencia del COIP que establece nuevos plazos de prescripción diferentes a los vigentes en el Código Penal vigente que las personas procesadas o condenadas reclamen en los casos que les convenga la aplicación de los plazos nuevos sobre la prescripción o incluso las normas que suprimen determinadas infracciones penales .

PRESCRIPCIÓN EN EL COIP

En el COIP, se establecen reglas claras para que opere la prescripción , pero evidentemente se distingue el tipo de acción penal que puede ejercer el Estado o el ciudadano sea esta de acción pública o de acción privada , y en ambos casos señala el tiempo necesario que debe transcurrir sea que se ha iniciado o no un proceso penal o si iniciado no se ha logrado la sentencia firme dentro de un tiempo determinado.

Es importante señalar que la nueva normativa cambia los plazos previstos en el Código Penal vigente aumentándolos en algunos casos equiparándolos al tiempo de la pena prevista en cada tipo penal .

Artículo 417.- Prescripción del ejercicio de la acción.-

La prescripción podrá declararse por la o el juzgador, de oficio o a petición de parte, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Por el transcurso del tiempo y en las condiciones que se establecen en este Código.
2. Tanto en los delitos de ejercicio público o privado de la acción se distingue si, cometido el delito, se ha iniciado o no el proceso.

3. Respecto de los delitos en los que no se ha iniciado el proceso penal:

a) El ejercicio público de la acción prescribe en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad prevista en el tipo penal, contado desde que el delito es cometido. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años.

b) El ejercicio privado de la acción, prescribirá en el plazo de seis meses, contados desde que el delito es cometido.

c) En el caso de un delito continuado, el plazo de la prescripción se contará desde la fecha en que la conducta cese.

d) En los casos de desaparición de persona, los plazos de prescripción empezarán a contarse desde el día en que la persona aparezca o se cuente con los elementos necesarios para formular una imputación por el delito correspondiente.

4. De haberse iniciado el proceso penal, el ejercicio público de la acción prescribirá en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad, prevista en el tipo penal, contado desde la fecha de inicio de la respectiva instrucción. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años.

5. En el ejercicio privado de la acción la prescripción se producirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querrela.

6. En el caso de contravenciones, el ejercicio de la acción prescribirá en tres meses, contados desde que la infracción se comete. De haberse iniciado el proceso por una contravención, la prescripción operará en el plazo de un año, contados desde el inicio del procedimiento.

ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

La prescripción, es la cesación de potestad punitiva del Estado al transcurrir un período de un tiempo fijado por la ley, es decir por el mismo Estado, así transcurrido ese lapso se extingue el derecho del Estado a imponer la sanción, pues su inacción o su culpa ocasiona que la posibilidad de sancionar por parte del Estado haya precluido, se haya iniciado o no juicio penal, sin que además pueda iniciar ninguna acción ni aun con fin investigativo pues al no poder sancionar mal puede pretender remover un caso que por el espacio del tiempo debe por ley quedar en el olvido.

Los tratadistas en materia penal, señalan que esta especie de prescripción extingue la potestad punitiva del Estado, antes de que haya llegado a concretarse en una sentencia condenatoria.

Los fundamentos que se mencionan en la doctrina para la existencia de la prescripción de la acción penal, son los siguientes:

- 1. El transcurso del tiempo**, este es el principal elemento , pues requiere que haya pasado un tiempo previamente señalado por la ley penal sin que se haya perseguido la infracción cometida o si iniciado el proceso penal no se lo impulso para lograr sentencia sea porque el juicio se alargó por diferentes recursos interpuestos o porque el acusado huyo para evitar ser juzgado , así pues la prescripción como queda dicho, no es sino el reconocimiento del transcurso del tiempo por el cual se queda sin efecto la acción penal .
- 2. El olvido de la infracción**, se dice que es el olvido de la infracción por el transcurso del tiempo, donde es necesario encontrar el verdadero fundamento de la prescripción penal. Al no haberse logrado una sanción penal mediante la respectiva sentencia y habiendo el juicio prescrito nadie puede recriminar al acusado de responsabilidad alguna en el hecho prescrito , pues al no haberse dictado sentencia la presunción de inocencia subsiste en beneficio de quien era acusado . El olvido” señala Garraud, suprime la necesidad y por consecuencia la legitimidad de la represión, en igual forma se pronuncian otros autores como Pessina, Maggiore, Cuello Calón y Maurach;
- 3. La pérdida de interés en la represión**, si el estado a pesar de contar con los medios no logro sancionar a los presuntos autores de las infracciones penales , es de suponerse que no tuvo el interés de lograr una sanción
- 4. Compensación de la pena por el tiempo transcurrido** , esta claro que el acusado a fin de evitar ser detenido o peor sentenciado ha optado por huir , dejando tras de si su familia , su trabajo y sus estudios , es decir se alejado de una vida organizada y ha ido a otro país o provincia a buscar alguna actividad para vivir a veces que no guarda proporción ni con su nivel académico o profesional y aquello también es una forma de compensar para el Estado el daño causado .
- 5. El desaparecimiento de pruebas**, se vuelve extremadamente difícil después del transcurso el tiempo que las pruebas que necesita el Estado estén a su disposición porque el transcurso del tiempo produce sus efectos sobre la conservación de los eventuales testimonios del delito, pudiendo ocurrir que testigos claves de la Fiscalía hayan ya muerto o no tengan ya interés alguno de impulsar la acción penal y menos aún el ánimo de ser testigos de lo ocurrido .
- 6. La teoría de la enmienda**, considera que transcurrido el tiempo para la prescripción, ya no es necesario el castigo, pues se estima que el delincuente se ha redimido, teoría que no convence por la manera generalizada de ser planteada. Por lo explicado anteriormente pues la persona sobre la que pesa la posibilidad de una acción penal que a escapado para evitar ser enjuiciado , a cumplido aun con el ocultamiento una sanción pues para evitar ser detenido ha tenido que alejarse de su hogar , de sus amigos , de su trabajo y de su país , y aquello seguramente le ha significado momentos de disvalor psíquico y auto estima.

EFECTO LIBERATORIO DE LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción de la acción penal opera cuando transcurre el plazo máximo de la pena señalada en la ley para el delito según sea el caso conforme lo establece el COIP , con el fin de extinguir el derecho de ejecutar o de continuar sosteniendo la acción penal, por lo que transcurrido dicho plazo aquella produce un efecto liberatorio debiendo ser declarada incluso de oficio por el juez de la causa .

Además impide que por esta misma causa se inicie otro proceso , por lo que queda liberado de la misma , poco importa si cometió o no la infracción por la cual se ha iniciado el proceso , pues beneficiado de la presunción de inocencia al no haberse podido probar su culpabilidad su inocencia prevalece aun cuando el mismo haya provocado esta imposibilidad al haberse ocultado o fugado para evitar la etapa de juicio .

Esta es una regla antigua que beneficia a la persona investigada y que ha sido aceptada desde los primeros códigos escritos de la historia del hombre , sosteniéndose siempre que frente a este principio liberatorio no puede haber ninguna excepción.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, ASPECTOS DE NO INJERENCIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

A pesar de que la prescripción tiene relevancia constitucional, el cálculo que dicho lapso requiere, en algunas ocasiones la aclaración pues no ha sido el mismo en todos los códigos penales que han regido en el Ecuador y tampoco en los códigos de América , basta leer además el COIP el cual cambia estos plazos en unos casos haciéndolos mas cortos y en otros haciéndolos mas largos .

Sin embargo hay principios que se conservan como son que para contar estos plazos deben considerarse el momento exacto en que se cometió la infracción y si se ha iniciado o no juicio penal , previa denuncia o de oficio , y si iniciado el proceso se ha dictado sentencia firme sea en las acciones privadas o públicas, además es preciso determinar ciertos casos especiales en donde la fecha de consumación del delito puede variar dependiendo si se trata de un delito instantáneo o permanente, o existe la presencia de concursos delictivos o como el caso del delito de desaparición forzada de personas el COIP señala dos momentos diferentes sea desde que ocurrió la desaparición o desde que aparecen los elementos que permiten señalar que tal desaparición ha ocurrido .

Pues podría ocurrir que como sucedió en la semana del 14 de Agosto del 2014 aparecieron dos cadáveres de personas incluidas en la lista de desaparecidos de la Fiscalía General en la morgue de la policía de Guayaquil , determinando que no se trata de desaparecidos sino de dos personas muertas en un accidente que jamás fueron reclamadas por sus deudos.

PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

Es justo señalar que la prescripción no se concentra exclusivamente en el tiempo necesario para evitar la eficacia de la acción penal, sino además que también puede afectar el cumplimiento de la pena, ya que al no haber detenido al responsable sentenciado por el Tribunal de Garantías Penales el transcurso del tiempo puede permitir que opere la caducidad de la pena, y por lo tanto ya no puede ser aplicada aun cuando la persona sea responsable.

Por este motivo esta prescripción ha sido más combatida que la del delito, llegando algunas legislaciones como la de Austria, Inglaterra a prescindir de ellas, pues consideran que no puede permitirse dejar de cumplir una sentencia a una persona que ha sido condenada por la comisión de una infracción penal.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y RAZONABILIDAD DEL PLAZO

PROCESAL

El más importante y complejo de los impedimentos de perseguibilidad es la prescripción de la acción penal; compartiendo como es lógico sus objeciones y respaldos con la prescripción de la pena, pues las mismas reglas que permiten una, permiten la otra.

Este derecho afectado, es decir la aplicación de la prescripción de la acción penal en cualquier tipo de delito cumplidos los plazos legales, que beneficia de forma general al ciudadano del Ecuador derivado del principio de razonabilidad aparece afectado cuando el Estado por cualquier motivo viola los plazos legales máximos para la persecución punitiva, extremo que no debe confundirse con los límites que la ley impone a las penas anticipadas por prisión preventiva.

La amenaza penal no puede quedar suspendida ilimitadamente ya que la prescripción es el instrumento realizador de otro derecho fundamental que es el de la definición del proceso penal en un plazo razonable.

Los plazos del COIP son el marco máximo de duración del proceso, pero la prescripción de la acción debe operar con anticipación si en la hipótesis concreta el tiempo excedió el marco de razonabilidad establecido por la Constitución y el derecho internacional.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN EL CÓDIGO INTEGRAL PENAL

En el COIP existen, como he señalado, disposiciones claras para computar los tiempos necesarios para que opere la prescripción de la acción penal pero al no señalar desde cuando y como debe contarse estos plazos de la prescripción nos vemos obligados a recurrir al modo que se realiza esta contabilidad según las reglas de legislación civil; pero empezará a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito, o si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse.

La pretensión punitiva no puede comenzar a extinguirse cuando aún no ha nacido. En los hechos dolosos la pretensión punitiva existe desde que se cometen, es decir desde que se realiza la conducta, por lo cual la perseguibilidad debe de tener comienzo con el injusto menor, que es la tentativa.

El transcurso del tiempo aún en estas hipótesis puede evidenciar la innecesariedad de la persecución o en su caso la afectación del derecho del imputado a una pronta resolución de su causa; por lo que ambos supuestos la imposibilidad de perseguir por prescripción opera independientemente del momento en que ocurre el resultado más grave.

En el supuesto de penas conminadas en forma alternativa o conjunta, toda vez que del delito surge una única acción, habrá una sola prescripción.

Un particular problema que ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia es la prescripción de la acción penal en caso de concurso de delitos . En el supuesto de concurso ideal, por tratarse de un solo delito, la prescripción debe regirse por la de la pena mayor, que es la única aplicable.

En cuanto a la concurrencia de personas no median problemas pues la ley especifica que la prescripción de la acción penal, al igual que la de la pena, corre separadamente para cada uno de los partícipes del delito y se suspende de igual modo.

FUNDAMENTO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA PRESCRIPCIÓN

El aspecto subjetivo, presenta dos facetas: en primer lugar la ley acuerda la prescripción cuando la parte lesionada por un delito no ejerce la acción durante un largo tiempo por presumir que dicha persona (víctima) no tiene interés en la represión del delito.

En segundo lugar y con relación al delincuente, la ley presume que si ha transcurrido un largo tiempo sin que el delincuente haya cometido un nuevo delito es porque este se ha enmendado y entonces, al Estado le interesa mucho más esa enmienda que la persecución de un delito cometido en un pasado lejano.

Desde el punto de vista objetivo, el fundamento de la prescripción está dado por el hecho de que, pasado un cierto tiempo desde la comisión de un delito, ya no existe interés social en reprimirlo.

En nuestro derecho, la acción prescribe en distintos plazos conforme sea la cantidad de pena, que corresponda. El plazo de la prescripción comienza a correr desde la medianoche del día en que el delito se cometió y si este fuese continuo, desde la medianoche del día en que dejó de cometerse.

La prescripción puede ser interrumpida, y en este caso, el efecto, es el de borrar todo el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y a partir del momento de la interrupción vuelve a iniciarse el cómputo.

Debe tenerse en cuenta que, tanto respecto de la suspensión como de la interrupción, la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los autores del delito, cuando el mismo haya sido perpetrado por más de una persona.

Se trata en ambas de que un hecho delictivo, cuya comisión origina la posibilidad de legítima persecución penal, no sea más perseguible a partir de cierto momento; cuando se cumple el plazo de prescripción, cuando entra en vigor la ley de amnistía.

IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL

La prescripción es una institución de antigua y larga tradición histórica, generalmente aceptada por la doctrina y las legislaciones positivas, que importa una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, y cuya justificación se pretende basar en el principio de seguridad jurídica.

MUÑOZ CONDE señala que se trata de impedir el ejercicio del poder punitivo, una vez que han transcurrido determinados plazos a partir de la comisión del delito o del pronunciamiento de la condena, sin haberse cumplido la sanción.

En la doctrina, sin embargo, se debate mucho más que la naturaleza jurídica de la prescripción, y las consecuencias que acarrea una u otra teoría invocada al efecto.

Así, no obstante la antigua y larga tradición histórica de la institución, hay quienes proclaman en verdad, excepcionalmente, la imprescriptibilidad, por lo menos de las acciones u omisiones con grave desvalor social y jurídico como es el caso de los delitos de lesa humanidad, de las violaciones graves de los derechos humanos y del delito de genocidio; diversas legislaciones prevén la no prescripción de específicos ilícitos como los referidos anteriormente.

Así ocurre por ejemplo en España: genocidio, delito de lesa humanidad y delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado; en Suiza: atentados terroristas; Venezuela: delitos contra los derechos humanos, contra el patrimonio público y tráfico de estupefacientes; en México distrito federal, Colombia y Uruguay desaparición forzada de personas; y, en el Ecuador: genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada, crímenes de agresión a un Estado, delitos ambientales, peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito; y se impulsan cambios legislativos para, por ejemplo, garantizar la imprescriptibilidad de los delitos más graves de terrorismo, los delitos sexuales y la violación de menores, siendo ya una corriente mundial esta tesis.

En este sentido, **HORWITZ LENNON** afirma que aquellos hechos que, por su significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda; no deben ni pueden beneficiarse con límites temporales para su persecución y sanción.

En estos supuestos, claro está, la idea de justicia aparece antes y por encima del criterio de la seguridad jurídica.

Maria Ines Horvitz señala "el fundamento del instituto de la prescripción , ya se trate de la acción o de la pena , es la inutilidad de la pena en el caso concreto , tanto desde la perspectiva de la sociedad , prevención general , como del culpable , prevención especial . En su base operan , pues , consideraciones de racionalidad conforme a fines , es decir , de falta de necesidad prospectiva de la pena. La excepción a esta regla esta configurada por aquellos hechos que , por su entidad y significación para la comunidad humana , no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni , en fin , por la sociedad toda.

Mas aun cuando tales delitos son perpetrados en el seno de un aparato organizado de poder , sus autores actúan contando con la omisión de la persecución penal por parte del mismo aparato de poder cuyos miembros cometieron los delitos. Este es el fundamento de justicia política de la imprescriptibilidad de ciertos crímenes gravísimos , normas que , sin embargo no se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico chileno "94

Esta es la base para la imprescriptibilidad en los delitos de lesa humanidad que constituye en el que la superposición de la Verdad sobre la ignorancia y el olvido deben prevalecer, por ello la supremacía de la persona por sobre la norma y con ello , en consecuencia , la superposición de la justicia y la verdad por sobre la seguridad jurídica , la reserva legal, la prohibición de la retroactividad de las leyes penales y la impunidad..

La imprescriptibilidad de la acción penal se afirmó mediante la 26 November 1968 Convention on the Non Applicability of Statutory Limitations to war crimes against humanity . Convencion de las Naciones Unidas del 26 de Noviembre de 1968 relativa a la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Esta convención abarca tanto la prescripción de la acción pública como la prescripción de las sanciones. Los crímenes contemplados son los crímenes de guerra , incluidas expresamente las infracciones graves de los Convenios de Ginebra, los crímenes de lesa humanidad, cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz, incluido el apartheid y el genocidio. Esta Convención tiene efectos retroactivos en la medida en que tiende en abolir cualquier prescripción que intervenga en virtud de una ley o de cualquier otra norma.

A nivel zonal, existe también la 25 January 1974 European Convention on the Non Applicability of Statutory Limitation to Crimes agints Humanity and War Crimes Covention (Convencion Europea de 25 de enero de 1974, relativa a la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad). Esta contempla tanto la imprescriptibilidad de la acción pública como la de las sanciones. No obstante, se vincula sólo a los crímenes contra la humanidad "spicified in

⁹⁴ HORVITZ MARIA INES , Derecho Procesal Penal Tomo I , Editorial Jurídica de Chile , pag.74

the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, previstos en la Convención relativa a la Prevención y a la Represión del Crimen de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948.

A tenor de lo dispuesto en la Convención, la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra se vincula sólo a las infracciones que revistan particular gravedad. Sin embargo, en la Convención se prevé la posibilidad, mediante la declaración de un Estado contratante, de extender su aplicación a otras infracciones del derecho internacional.

Varios países y autores esgrimen el siguiente argumento para apoyar la existencia de una norma consuetudinaria internacional, el derecho internacional que impone la represión de estos crímenes no menciona la prescripción y esta ha de considerarse como derogatoria del derecho común, no podría entonces invocarse desde ese punto de vista.

Algunos añaden que la represión de estos crímenes ha de regirse, en lo tocante a prescripción, por el ordenamiento jurídico del que proceden, a saber, el derecho internacional. Sin embargo, estos puntos de vista distan aun de lograr la humanidad.

Teniendo como antecedentes los Tribunales de Nuremberg y Tokio los cuales fueron duramente criticados al juzgar conductas delictivas inexistentes al momento en que se cometieron pero que bajo ningún motivo podían quedar en la impunidad cuando el bien lesionado era la vida humana de miles de personas , sumado al hecho de la creación ex post facto de estos tribunales ad hoc que claramente infringían el antiguo principio de nullum crimen , y con ello la prohibición de la retroactividad de las leyes penales.

Aquello sin embargo se fue superando y no impidió la aparición de tribunales penales posteriores como el La Haya , Arusha , Freetown , Pnom Penh, Bagdad y el Líbano todos ellos creados con posterioridad a la comisión de los crímenes que ellos mismos iban a juzgar , sin que esto modifique el espíritu claramente retroactivo de este tipo de jurisdicción al cual Kai Ambos denomina *defecto congenito* de los tribunales Ad hoc.⁹⁵

Para entender esta excepción hay que entender el claro alcance de la tesis de que los principios generales de los tratados de derechos humanos tiene un alcance prácticamente ilimitado , sin que ello signifique una violación flagrante a otros principios constitucionales y también reconocidos como de derechos humanos entre ellos la seguridad jurídica , nullum crimen sine lege certa , en donde terminamos por aceptar la necesidad de aceptar crímenes no escritos que no pueden quedar en la impunidad .

Acaso alguien podría justificar que los crímenes de lesa humanidad cometido por los nazi especialmente contra el pueblo judío que implicó la muerte de millones de personas por su raza en campos de concentración no podían ser juzgados por falta de tipo, y la respuesta será no , pues ninguna persona con sentido común aceptaría como excusa la falta de ley permitiendo la impunidad por estos actos por que no estaban codificados .

⁹⁵ KAI AMBOS, Ensayos actuales sobre Derecho Penal Internacional y europeo , Editorial jurídica Grijev, pag.35

Sin embargo , convertir sin más una mera prohibición en un delito significa no ignorar , a nivel internacional , la diferencia fundamental entre la responsabilidad objetiva del Estado y la responsabilidad penal individual .⁹⁶

Esta transformación de una mera prohibición en delito solo puede ser conciliada con la prohibición de retroactividad , *nullum crimen sine lege praevia* , si esta es considerada como una regla con excepciones , justificando en este caso la excepción con la evidente ilegalidad que revestía la conducta en cuestión en el momento de la comisión .

El argumento de justicia claramente prevalece sobre la objeción a la retroactividad , así se argumenta por parte de G.Radbruch en su *Zur Diskussion uber die Verbrechen gegen die Menschlichkeit*1947 , quien en su última instancia invoca consideraciones de justicia cuando distingue entre los crímenes contra la paz y los de lesa humanidad , sosteniendo que para los primeros la prohibición de retroactiva por su importancia en la normativa del derecho penal internacional , mientras que permite el castigo retroactivo para los segundos por su particular ilegalidad .⁹⁷

El principio de irretroactividad como manifestación del principio de Estado de Derecho persigue la protección de la justicia material y con ello la protección de la confianza del ciudadano en que solo será penado por un hecho que al momento de su comisión está amenazado con una pena .

En un estado que se rige según un sistema y formas injustas contrarias al Estado de Derecho en el cual tanto las divisiones de los poderes como las libertades democráticas y fundamentales están reducidas al extremo y en el que por desprecio a los derechos humanos generalmente reconocido se ven beneficiados los más graves injustos criminales por creación de causas de justificación , por lo que esta protección solo puede existir solo de modo limitado. Por lo que también el principio de irretroactividad como mandato de justicia material solo puede ser aplicado en un ámbito muy limitado.⁹⁸

La Corte Europea de Derechos Humanos , confirmó esta decisión y expresó que debía negarse una infracción al principio de irretroactividad de la ley regulado en el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ya que incluso en el derecho de la RDA vigente al momento de los hechos no hubiera podido prosperar la justificación de los actos de asesinato .⁹⁹

En estos tipos de delitos, además, se hace una distinción entre la coautoría y autoría indirecta , por eso se afirma que existiendo una empresa criminal conjunta en la que se basa la coautoría , que es la que permite señalar razón de la extensión de los actos realizados por los partícipes y por eso es evidente que estos actos realizados van más allá del acuerdo original para imputar estos actos excesivos a todos los miembros de la empresa.

⁹⁶ H. Jahrreiss, *Der Bruch des zwischentaalichen friends un seine Strafbakeit*.

⁹⁷ L. C. Gren *The maxim nullum crimen sine lege and the eichman trial* ,1962, 38 Brit. Ybil 457 , pag.471

⁹⁸ KAI AMBOS, *Ensayos actuales sobre Derecho Penal Internacional y europeo* , Editorial jurídica Grijlev, pag.99

⁹⁹ Sentencia Corte Europea de Derechos Humanos , No.95 DDR SIGB

El concepto de coautoría basado en un control conjunto sobre el crimen está asentado en el principio de división de tareas esenciales con el objetivo de cometer una conducta ilícita entre dos o más personas actuando de manera concertada . Por lo tanto , a pesar de que ninguno de los participantes resulta el ofensor principal , ya que todos dependen unos de otros para la comisión , todos comparten la responsabilidad porque cada uno de ellos puede frustrar la comisión del crimen si no lleva adelante su parte de la tarea.¹⁰⁰

Diferentes fallos de Cortes de Justicia, de forma comparada han aplicado el principio de la autoría mediata por dominio de la organización, para condenar a quienes estaban detrás de lo sucedido y eran política y militarmente responsables de las órdenes .

Hay casos en los que pese a que el ejecutor actúa con responsabilidad plena , el aporte del hombre de atrás conduce automáticamente a la realización del tipo buscado por ese hombre de atrás.

Ello puede darse cuando el hombre de atrás se sirve de determinadas condiciones previas a través de estructuras de organización , dentro de las cuales su aporte al hecho desencadena cursos regulares .

Semejantes condiciones previas asociadas a cursos regulares entran en consideración particularmente en estructuras de organizaciones estatales, empresariales o de tipo comercial y en jerarquías de mando . Sin en un caso tal el hombre de atrás actúa conociendo estas circunstancias , si se sirve en particular también de la predisposición incondicionada del que actúa de modo inmediato para cumplir el tipo y si quiere el resultado como consecuencia de su propio actuar , entonces es autor en forma de autoría mediata.¹⁰¹

HIPOTESIS

Al analizar esta temática establecimos el derrotero que se significaba cuestionar el procedimiento que hasta ahora se encontraba vigente en donde no cabía hasta el año 1998 sostener que las acciones penales no prescribían después de transcurrido cierto tiempo, y por el contrario, esta afirmación hoy resulta anticuada, en razón de que la cultura jurídica penal sostiene que ciertos delitos no pueden dejar de ser perseguidos, aun cuando ha transcurrido un determinado tiempo, porque la lesión que han ocasionado afecta a la humanidad en unos casos y a la administración pública en otros.

Señalamos las pautas que debemos enfrentar declarar al nuevo ordenamiento jurídico , cuestionando la procedencia de estas acciones, encontrando las excepciones constitucionales que contradigan en equidad de ponderación de valores la ejecución de procesos por conducta, que en la normativa anterior han prescrito han constituido la meta de este trabajo, pero también analizando los diferentes tipos penales considerados hoy imprescriptibles.

¹⁰⁰ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges Case N.ICC 01-06-803, 29 de enero 2007

¹⁰¹ BGH NJW 1994 ,2703, Sentencia del 26.7.1994, Corte Suprema RDA

CAPITULO III

METODOLOGIA

MODALIDAD DE LA INVESTIGACION

La investigación que se empleó para desarrollar el presente trabajo es la identificada como una modalidad no experimental, cualitativa e interactiva, descriptiva en base a inducciones o deducciones realizadas por medio de la hermenéutica jurídica, que además han permitido comparar la aplicación de los principios de la excepción a la prescripción de la acción penal con las normativas internacionales de protección de los derechos del ser humano en forma general que va desde la declaración del Código Penal Orgánico así como de la Constitución que rigió en el año 1998 y la actual aprobada el año 2008 y de la tipicidad de los delitos imprescriptibles y de la forma en como perseguirlo prevista en el Código Orgánico Integral Penal.

También hemos utilizado una metodología jurídico histórica con la finalidad de analizar el progreso de avanzada que ha significado que en las últimas décadas del siglo XX y hasta nuestra fecha la persecución de los delitos de lesa humanidad tengan como premisa su imprescriptibilidad que permiten recién en este año hacer realidad este pronunciamiento, en documento en donde el Ecuador es suscriptor hace varios años atrás.

Como se ha señalado, la metodología utilizada en esta investigación se centra en un diseño cualitativo e interpretativo basado principalmente en el análisis de todas las normativas nacionales e internacionales relacionadas con la imprescriptibilidad de la acción penal, en delitos de lesa humanidad y contra la administración pública comparando no solamente la fuentes teóricas y doctrinarias sino además la jurisprudencia plasmadas en obras de tratadistas y de jueces.

POBLACION Y MUESTRA

Es importante señalar que siendo este un tema de reciente implementación en la legislación penal ecuatoriana no existen todavía fallos relacionado con esta materia en razón de que los delitos tipificados entraran en vigencia plena a partir de agosto del 2014, por lo que nuestro trabajo se ha centrado en analizar la fuente doctrinaria abundante sobre esta materia y la multitud de leyes dictadas a nivel internacional relacionadas no solamente con los enunciados referidos sino con muchos colaterales, todos ellos sobre la protección de derechos del ser humano en las diferentes áreas, en razón de sexo edad y demás incidencias que explican las leyes pertinentes.

INTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS

MÉTODOS EMPÍRICOS.- El presente trabajo de investigación hemos recurrido como lo hemos señalado a la técnica de observación documental principalmente de expedientes, observacion de sentencias dictadas por la Corte Internacional, en los cuales se documenta la opinión de los magistrados y de los estudiosos de la materia sobre la

temática investigada y que crea el norte que ha permitido la actitud progresiva que viene desarrollando en el mundo entero en el compromiso de la protección de los derechos del ser humano.

Además de un cuestionario de preguntas realizado a 70 personas (todas estudiantes de derecho), las cuales mas adelante se mostrarán los resultados.

METODOS TEORICOS.- Hemos recurrido al análisis y comparación de la Constitución vigente, y también a la del año 1998; al Código Orgánico Integral Penal; Convención Americana de los Derechos Humanos, que lleva la identificación más común como el pacto de San José suscrita el 22 de noviembre del año 1969, y ratificado por nuestro país el día 12 de Agosto de 1977.

PROCEDIMIENTO DE LA INVESTIGACION

Lo primero que se decidió al realizar este trabajo fue seleccionar un problema de actualidad y que constituye un aporte a la cultura jurídica penal y procesal del Ecuador y por ello se escogió el tema excepciones a la imprescriptibilidad de la Acción Penal.

Luego se buscó toda la bibliografía especialmente de autores extranjeros, así como la jurisprudencia y las normas legales dictadas por Organismos Internacionales que regulan la persecución de los delitos de lesa humanidad y establecen el carácter imprescriptible y retroactivo de la Acción Penal, se consultó casos emblemáticos como los procesos Nubemderg y de Tokio, se entrevistó a entendidos de la materia, a legos, a fin de reclectar opiniones sobre el nuevo cuerpo legal y procedimiento vigente a partir del 10 de agosto del 2014 en nuestro país.

Se realizaron encuestas y se analizaron las normas constantes en el Código Penal anterior y en el COIP, así como en la Constitución de año 1998 y la del 2008, se hizo tabulaciones de la información, cuadros demostrativos, todo lo cual se fue desarrollando en virtud de un cronograma previamente establecido.

CAPITULO IV

ANALISIS DE RESULTADOS

1.- BASE DE DATOS:

UNIDADES DE OBSERVACION	POBLACION	MUESTRA
FALLOS Y SENTENCIA	2	2
JUECES GARANTIAS PENALES DEL GUAYAS	2	2
ABOGADOS	5	5
JURISPRUDENCIA CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS	2	2
CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL , ARTICULOS	11	11

2.-ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

FALLOS Y SENTENCIAS.-

Nos toco analizar dos sentencias dictadas sobre diferentes delitos de lesa humanidad .

La primera que tiene que ver sobre el crimen de genocidio en razón de los actos que ocasionaron la muerte en la Republica de Guatemala 1326 víctimas, en el periodo comprendido entre marzo de 1982 y agosto de 1983 que permitió la condena del General Efraín Ríos Montt.

Esta sentencia abrió el camino en América para juzgar este tipo de delito y aunque se demoró cerca de 10 años el proceso investigativo la decisión de instaurar el juicio permitió al final demostrar que la justicia cuando tiene la decisión de evitar la impunidad de quien ha cometido un crimen por muy alta que sea su jerarquía puede lograr ese objetivo.

La segunda sentencia que se analizo verso sobre el delito de tortura en el cual esta el caso emblemático de Israel Arzate torturado varios días por militares para arrancarle la confesión de responsabilidad en la masacre de Villas de Salvácar, Juárez , en la que admitió culpabilidad siendo completamente inocente .

En el caso se evidencia como funcionarios públicos (militares) prevalidos de su condición con fuerza e intimidación lograron un chivo expiatorio al que las pruebas obtenidas en violación al debido proceso terminaron con una sentencia condenatoria , la cual al reabrirse el caso se anulo y se detuvo a los torturadores .

Con ello tenemos un antecedente que permite en nuestro país con decisión lograr impugnar sentencias obtenidas con pruebas ilícitas.

JUECES GARANTIAS PENALES DEL GUAYAS

Reconocen los jueces entrevistados que estos delitos son nuevos en el COIP y que era necesario incluirlos pues la Constitución de la República de 1998 y del 2008 los señalaban como delitos pero a excepción del Genocidio los demás jamás fueron tipificados, lo que impedía perseguir a los responsables de los delitos.

Además está claro que la retroactividad en la persecución de estos delitos es una novedad que permite evitar excusas o alegaciones de los procesados o de sus abogados para dilatar o impedir los correspondientes enjuiciamientos.

ABOGADOS

Las respuestas son diversas unos defienden la tesis de la prescripción de la acción penal, de la seguridad jurídica, del in dubio pro reo, de la legalidad, y otros apoyan la retroactividad que trae el COIP, lo que evidencia posiciones contradictorias y hasta irreconciliables.

JURISPRUDENCIA CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Nos toca analizar dos sentencias de la corte internacional:

La primera es el caso Anzualdo Castro Vs. Perú, el 16 de diciembre de 1993, Kenneth Ney Anzualdo Castro, estudiante universitario de 25 años de edad, se trasladaba en un autobús hacia su hogar, en el distrito del Callo. El vehículo es interceptado por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE), y él es detenido por presuntamente haber participado en actividades terroristas, inmediatamente es llevado al centro de la Dirección Nacional contra el Terrorismo y posteriormente a los sótanos del cuartel general del Ejército. Aquí se supone que habría sido ejecutado y sus restos habrían sido incinerados en los hornos que existían en esos sótanos. Sus familiares presentaron una serie de recursos a fin de ubicarlo, así como para investigar y sancionar a los responsables. Sin embargo, no se han sancionado a los responsables y hasta la fecha se desconoce su paradero.

La sentencia concluye que el Estado no solo es responsable de esta desaparición sino además de no haber hecho nada para ubicar el paradero de la víctima, de aumentar la angustia de la familia y sobre todo de no haber sancionado a los responsables de este acto, por lo que condena al estado a indemnizar a la familia de Anzualdo Castro.

El segundo caso es Leopoldo Guillermo García Lucero y sus familiares Vs. Chile, el 16 de septiembre de 1973, el señor García es detenido por Carabineros en Santiago de Chile, y llevado al edificio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Luego, lo llevan a diferentes dependencias policiales y centros de detención en los que permaneció incomunicado y fue torturado de diversas maneras.

Finalmente, en diciembre de 1973, es llevado al Campo de Concentración “Chacabuco”, ubicado en Antofagasta, donde permaneció recluido 13 meses.

Concluyendo que el Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la excesiva demora en iniciar una investigación.

CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL

Este trabajo hace el analisis de once articulos los cuales estan claramente explicados -

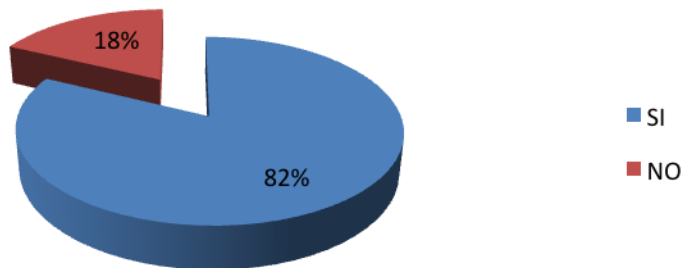
3.- RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS DE INVESTIGACION

A continuacion le mostraremos los resultados que se obtuvieron de las encuestas realizadas.

TABULACION DE ENCUESTAS

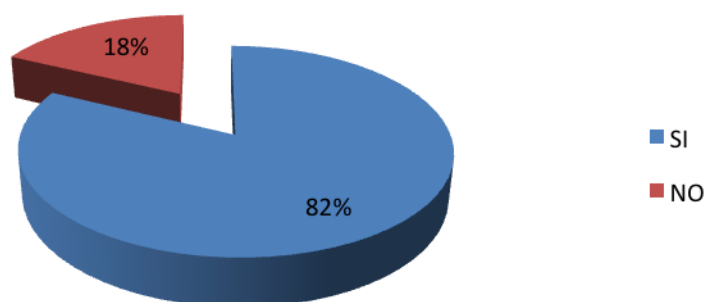
PREGUNTA	SI	NO
Puede una persona oponerse al inicio de un nuevo juicio en la aplicación de los nuevos tipos penales si ya fue juzgada y absuelta por tribunales con la legislación penal existentes en el momento en que se cometió el delito?	82,19%	17,81 %
La sentencia condenatoria con la Legislación Penal existente impide el inicio de un nuevo juicio con los tipos penales creados?	82,19 %	17,81 %
Puede perseguirse a una persona con un delito penal nuevo, diferente al tipo penal que existía al momento de que se cometió la infracción, lesiona esto o no el principio de legalidad?	46,58%	53,42%
Los principio "induvio pro reo", "non bis idem", irretroactividad de la ley, inmediación, legalidad, seguridad jurídica y debido proceso se afectan o no con la imprescriptibilidad de los delitos penales aplicados de forma retroactiva?	58,90 %	41,10 %
La obediencia debida puede ser usada como excusa para evitar una sanción penal?	56,16 %	43,84 %

Puede una persona oponerse al inicio de un nuevo juicio en la aplicación de los nuevos tipos penales si ya fue juzgada y absuelta por tribunales con la legislación penal existentes en el momento en que se cometió el delito?



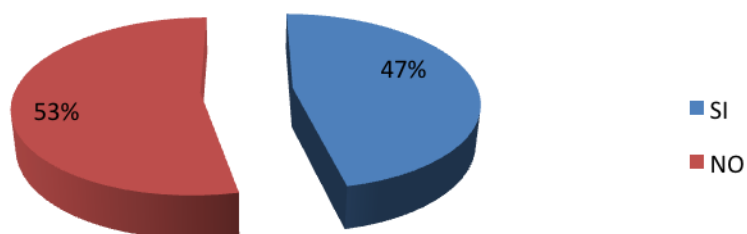
Es evidente que frente a la corriente moderna del derecho penal de que en los delitos de lesa humanidad no puede haber ninguna causa de excusa y ningún obstáculo legal hay instituciones que chochan con los mismos sobre todo la prohibición del doble juzgamiento, los principios de favorabilidad, de legalidad y el induvio pro reo que permiten con lógica oponerse a nuevos procesos penales y que bien sustentados permitirán a los procesados lograr el archivo de estas nuevas causas.

La sentencia condenatoria con la Legislación Penal existente impide el inicio de un nuevo juicio con los tipos penales creados?



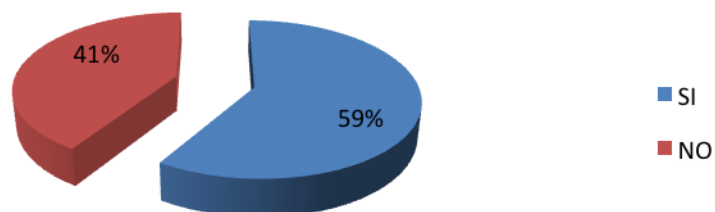
Resulta evidente que nadie puede ser condenado dos veces por la misma causa y menos aun cuando ha cumplido la pena o cuando esta a prescrito acorde a lo que estaba previsto en el artículo 101 del Código Penal anterior. En ambos casos, hay un impedimento para volver a encausar a una persona, aun cuando la pena que se le impuso fuese menos a la que hoy se prevé para el nuevo delito.

Puede perseguirse a una persona con un delito penal nuevo, diferente al tipo penal que existía al momento de que se cometió la infracción, lesiona esto o no el principio de legalidad?



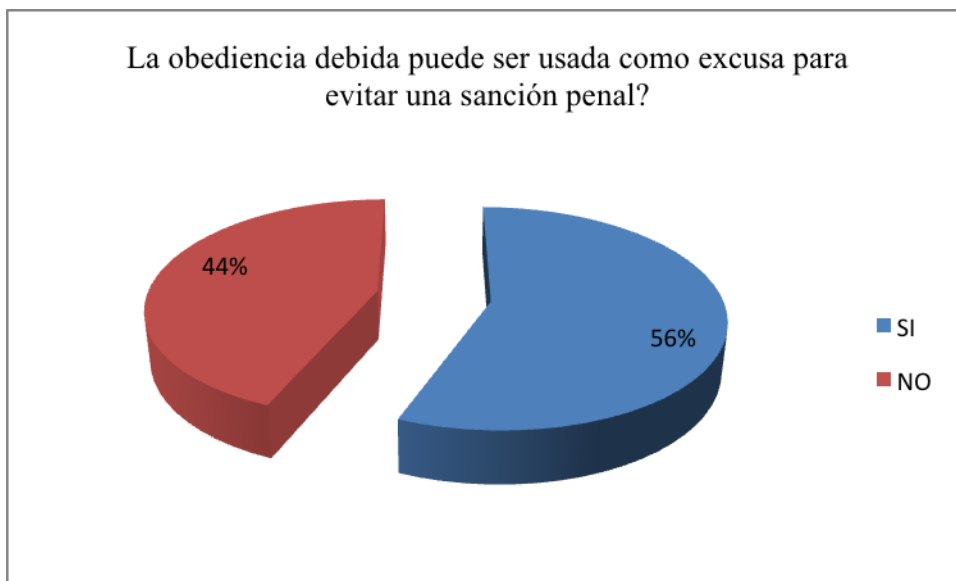
Si estamos planteando que se ha creado nuevos tipos penales no podemos afirmar que estos existían aunque tipificados en forma diferente , pues se entiende que hoy se han previsto por que antes no aparecían en la normativa penal. No debe confundirse además otras conductas que sancionaban diferente comportamiento delictivo , como el caso del plagio que nada tiene que ver con la desaparición forzada . Por lo que esta excusa resulta impertinente y no valida .

Los principios "induvio pro reo", "non bis idem", irretroactividad de la ley, inmediación, legalidad, seguridad jurídica y debido proceso se afectan o no con la imprescriptibilidad de los delitos penales aplicados de forma retroactiva?



Esta claro que todos estos principios chochan con la aspiración de buscar la verdad a través de la imprescriptibilidad de la acción penal , pero depende de cada caso concreto para poder afirmar que se afectan o se desconocen . Pues es una regla que los mismos no se lesionaran por el ejercicio de las nuevas acciones para sancionar delitos de lesa

humanidad pero podría haber excepciones cuando las conductas delictuales a perseguir ya fueron juzgadas y sancionadas.



Jamàs se aceptara que la comision de una infraccion de lesa humanidad fue en virtud del cumplimiento de una orden jerarquica , pues esta orden o disposiciòn cuando es ilegítima no obliga al subalterno a cumplirla hay estara presente el deber objetivo de cada persona que le impide cumplir con una orden ilegal.

4.- VERIFICACIÓN DE LA HIPOTESIS

Nuestro pais a través del COIP ha tipificado los diferentes delitos de lesa humanidad lo que permite ejercer la acción punitiva y evitar la impunidad y ha plasmado en la nueva legislación una tesis defendida y probada en su validez y oportunidad sobre el ejercicio retroactivo de la acción penal en estos delitos .

Ahora mismo se han iniciado varias indagaciones previas para perseguir a los responsables de graves infracciones penales que bajo la excusa de que no estaban previstas en los Codigos penales no podían procesarse a sus responsables, y que han pretendido en estos momentos escudarse en la figura de la Prescripción, de la legalidad, de la favorabilidad como principios rectores que guian el debido proceso para evitar ser enjuiciados.

Los principios de la Doctrina Penal Internacional consagrados en Convenciones , Reglamentos, Leyes dictados en todo el mundo ademas de sentencias señalan el derrotero que nuestro pais debe seguir para poder iniciar y culminar los juicios por los delitos de lesa humanidad. Lo que nos permite afirmar que éstos si proceden ejercerlo en forma retroactiva, como ha ocurrido en los demás países adscritos a la Convención Universal de Derechos Humanos y demás convenciones sobre la materia.

Además todas las Convenciones Leyes Reglamentos y Sentencias, referidas permiten con abundancia determinar que frente a cualquier barrera procesal o legal que quiera esgrimirse en contra de las acciones penales señaladas, hay un principio que los absorbe, los minimiza y los excluye , que es la búsqueda de la verdad.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1.- CONCLUISIONES

1.- El Ecuador a pesar de haberse adherido al Convenio de Derechos Humanos- Pacto San José el día 22 de noviembre del año 1969. No implemento inmediatamente las reformas legales que hubiesen permitido perseguir a los responsables por la comisión de delitos de lesa humanidad en el momento en que ocurrieron.

2.- La puesta en vigencia a partir del 10 de agosto del Código Orgánico Integral Penal señala con claridad los tipos penales de los diferentes delitos en contra del derecho de gentes en donde establece cuales son las conductas o comportamientos que se deben perseguir y adecuando a la corriente de protección de derechos humanos cumple con el mandato constitucional señalando que los mismos son imprescriptibles.

3.- La puesta en vigencia del COIP va a generar el inicio de diferentes juicios por delitos cometidos hace varias décadas atrás, para lo cual incluso la Fiscalía General está implementando un programa denominado Unidad de Personas Desaparecidas, bajo la supervisión de la Dirección de la verdad y derechos humanos de la Fiscalía en donde se está convocando a todas las personas que puedan denunciar desapariciones para ser ingresados en el programa de alerta temprana de desaparecidos.

4.- La posibilidad de iniciar juicios de forma retroactiva para conocer y juzgar delitos cometidos con anterioridad a la vigencia del COIP generará la protesta de los posibles procesados y sus defensores sosteniendo que se está incumpliendo garantías constitucionales del debido proceso y de manera especial de la seguridad jurídica, del principio de legalidad, principio de reserva judicial y la no aplicación de la prescripción.

5.- Se va a implementar en el país el principio de la irretroactividad de la ley penal para perseguir todos los delitos de lesa humanidad bajo la tesis aceptada mundialmente que ninguna excepción tiene validez cuando se busca descubrir la verdad de crímenes cometidos en delitos considerados internacionalmente como lesivos a la humanidad.

6.- Hasta qué punto el nuevo tipo penal general podrá aplicarse retroactivamente en perjuicio del procesado, y sin la no aplicación del principio induvio pro reo cuando había un tipo penal que juzgaba una conducta y que hoy es ampliada en los nuevos tipos establecidos, acaso los procesados en las nuevas causas no podrán invocar que se los juzgue por los delitos que ya existían, como el caso concreto del plagio que se encuentra vigente y la desaparición forzada que va a entrar en vigencia.

7.- Es indispensable señalar que la retroactividad para el ejercicio de la acción penal se aplica únicamente para los delitos de lesa humanidad previstos en el Art. 16 numeral 4 del COIP y no para los delitos contra la administración pública y los delitos contra el medio ambiente estos últimos introducidos en las reformas al COIP.

2.- RECOMENDACIONES

1.- Deben dictarse cursos a nivel nacional que permitan a jueces, fiscales y abogados entender el verdadero alcance de la imprescriptibilidad de la acción penal en los diferentes escenarios que se va aplicar, a fin de que no surjan confusiones ni se interpongan recursos o acciones que retarden el normal desarrollo de los procesos penales.

2.- Deben las escuelas de leyes de las universidades públicas y privadas del Ecuador reformar sus pensum académicos incluyendo el análisis programático de la figura de la irretroactividad penal y el análisis de los diferentes tipos penales de lesa humanidad.

3.- Debe la Fiscalía General y la Corte Nacional actuar con la mayor objetividad a fin de que no se inicie acciones penales buscando chivos expiatorios para sostener que se cumple con impedir la impunidad en delitos de esta naturaleza pues no hacerlo de esta forma podría significar la persecución a personas inocentes que van a ser lesionadas en su honor y prestigio en caso de que se lo inculpe injustamente en estas causas penales.

4.- Los tribunales penales deberán ir desarrollando una jurisprudencia propia para analizar y resolver los deferentes casos que se presentan y para que de forma coherente poder dilucidar en qué casos no puede aplicarse un doble juzgamiento por conductas que ya fueron analizadas y procesadas por la legislación penal militar o penal policial y cuando a pesar de que hay sentencias absolutorias con los tipos penales vigentes en la época en que se cometió el delito puede darse paso a un nuevo proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

1. Mann Michael "La barbarie analizada (El lado oscuro de la democracia. Un estudio sobre la limpieza étnica)", por G. Mayos.
2. AGAMBEN Giorgio. Lo que queda de Ausclrwitz, Homo Scar III, pretext Valladolid, España .
3. AMBOS K., *Temas de Derecho penal Internacional y europeo*, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2006,
4. Art.2 Convención sobre Genocidio , aprobada por la Asamblea General de la ONU 9 de Diciembre 1948
5. Art.3 Convención sobre Genocidio , aprobada por la Asamblea General de la ONU 9 de Diciembre 1948
6. BECCARIA CESARE, De los Delitos y de las Penas ,Editorial TEMIS.
7. BIELSA Rafael, La Función Pública. Buenos Aires, Depalma, 1960.
8. BLANC Altemir, Antonio, La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional, Barcelona, Casa Bosch, 1999,
9. BOLLO Arocena, Ma D., *Derecho Internacional Penal...*
10. BRUNETEAU Bernard (2009).
11. Bruneteau, Bernard (2009). pp. 14
12. Bruneteau, Bernard (2009). pp. 14-15.
13. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "El delito de práctica ilegal de detención por parte del funcionario público". En: Cuadernos de Política Criminal. N°. 20. Madrid, 1983,
14. BUSTOS Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ariel. Barcelona, 1989,
15. CABRERA Freyre, 2010 A.; Derecho Penal Parte Especial; Idemsa, Perú.
16. CABRERA Freyre, A.R.; Manual de Derecho Procesal Penal, cit., exegesis al Nuevo Código Procesal Penal, T.I, cit.,
17. CARBONELL Mateu, J. C. y otro; Comentarios al Código Penal, vol. II CIT.
18. CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
19. Código Orgánico Integral Penal Ecuador , aprobado el 28 de enero del 2014 por la Asamblea Nacional y que entrara en vigencia en 180 días desde su publicación en el Registro Oficial
20. Constitución Política del Ecuador, 1998
21. Constitución Política del Ecuador, 2008
22. Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas
23. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad
24. Desaparición Forzada de Personas. Análisis Comparado e Internacional. Coordinador Kai. La Desaparición Forzada de Personas como tipo penal autónomo. Nomos Impresores. Bogotá DC. Julio 2009.
25. DICCIONARIO de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima primera edición, ed. Espasa Calpe, tomo 1, Madrid, 1992.

26. Diccionario Jurídico de México:
<http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=839>
27. Donna, A. Derecho penal parte especial. Tomo II A, rubinzal-culzoni editors, Buenos Aires. P. 196.
28. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Mexico. TomoIII .
http://es.wikipedia.org/wiki/Crimen_contra_la_humanidad
29. Enciclopedia Wikipedia: http://es.wikipedia.org/wiki/Desaparici3n_forzada
30. GARCÍA SÁNCHEZ, María Beatriz. “Los crímenes contra la humanidad: regulación española ante la adopción del Estatuto de Roma de 1998”. En: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/12/garcia12.pdf>
31. GOLDSTEIN , Diccionario de Derecho Penal y Criminología , Editorial Astrea, 1998 .
32. JAN R SIECKAMANN, teoría principalista de los derechos fundamentales. estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de robert alexy .editorial Marcia Pons .PAG.26
33. JAUCHEN E.M.; los derechos del imputado
34. Kai Ambos, Ensayos actuales Derecho Penal Internacional y Europeo , Editora jurídica Grijley , La superación jurídico penal de las injusticias y actos antijurídicos , Perú 2011
35. LAJE ANAYA , Justo .Algunas consideraciones sobre el delito de tortura,
36. LASCURAIN SANCHEZ , Juan .Comentarios al Código Penal
37. LOPEZ , Eduardo. Delitos en particular .Editorial Porruz. Tomo II. Mexico ,
 a. MANRIQUE PEREZ MARIA LAURA , Acción , Dolo eventual y doble efecto. Editorial Marcial Pons. 2012 . Pag.21
38. Moran Margarita, *Ecuador con 59 casos de detenidos desaparecidos*, diario El Universo:
<http://www.eluniverso.com/2005/08/30/0001/10/FB2FEC33C93B4199A9F43791CCDA02E5.html>
39. MARTOLO , Rodolfo “ La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad “ en G:LESA
40. MIAJA de la Muela. El Genocidio, delito internacional. Volumen IV No 2, 1951,
41. Muñoz Conde, F.; Derecho penal parte especial.; tirant lo blanch; Valencia, 2010.
42. PÉREZ-León Acevedo Juan Pablo, El crimen de agresión en el Derecho Internacional Como ocurre en el caso de los crímenes de guerra, contra la humanidad o el genocidio
43. PETERS, Edward (1987). *La tortura*. Alianza Editorial. ISBN 978-84-206-0251-6.
44. PORTILLA Contreras, G.; torturas y otros delitos contra la integridad moral.
45. R. S. RUDNER. Filosofía de la ciencia social. Editorial Alianza . Madrid .1973, pag.22
46. RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de prólogo del Libro de FORNER Juan P. Discursos sobre la tortura. EDEVAL, Valparaiso, 1990

47. SALAZAR, Nelson .Delitos contra la Administración pública. Ediciones EJRL. Lima Perú
48. SANCINETTI M. Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal. Universidad del Esternado de Colombia , 1996. Pag.24
49. SARTRE, Jean-Paul., "El genocidio", Situations VIII, Buenos Aires, Losada, 1973, y Tribunal Russell II: le jugement final, París, Gallimard, 1968.
50. Sentencia 352 del 23 de octubre del 2008 del TPA de 2º Turno) Ministro Redactor José Balcaldi), véase al respecto Galain Palermo Uruguay.
51. SOLER, Derecho Penal Argentino, tomo III,
52. TARRIO Y HUARTE PETITE, Torturas, detenciones y apremios ilegales
53. TPIY. "The Prosecutor v. Drazen Erdemovic", sentencia del 29 de noviembre de 1996, párrafo 28. En: <http://www.un.org/icty/erdemovic/trialc/judgement>
54. Turpin, J. (1999), "Women and War", en Kurtz, L. R. (ed.), Encyclopedia of Violence, Peace and Conflict, vol. 3, Academic Press, San Diego (EE. UU.).
55. VASQUEZ ROSSI,J.E. Derecho Procesal Penal, T.I,
56. Vives, Boix, & Orts, 2004
57. Enciclopedia Jurídica Omeba XXI, pag. 949
58. FLORES Uzcátegui Gustavo y GARCÍA Falconí José: Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado, obra citada.
59. PACHECO Osorio, Pedro: *Derecho Penal Especial*, obra citada