

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

Las graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma

Aproximación a una nueva categoría jurídico-penal

Gustavo Giovanni Villamarín Herrera

Tutor: Danilo Alberto Caicedo Tapia

Quito, 2025



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Gustavo Giovanni Villamarín Herrera, autor de la tesis intitulada “Las graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma. Aproximación a una nueva categoría jurídico-penal”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos pertinentes.

9 de enero de 2025

Firma: _____

Resumen

La comisión de graves violaciones a los derechos humanos y su impunidad son un fenómeno habitual en todas las sociedades del mundo. Sin embargo, esta práctica social no se presenta únicamente de forma generalizada y/o sistemática, sino también en los casos en los que estas han sido cometidas de forma autónoma. En este sentido, el objetivo de esta investigación se centra en el desarrollo de esta nueva categoría jurídica con la finalidad de enfrentar eficazmente la aplicación del derecho penal subterráneo. Se debe señalar que esta acepción no constituye derecho *per se*, sino la denominación teórica del desborde del poder punitivo del estado.

Por esta razón, mediante una metodología cualitativa, utilizando los métodos descriptivo, deductivo, comparativo y sistematizador, se ha desarrollado esta investigación desde una epistemología del sur. Se ha procedido a organizar y a describir críticamente las instituciones pertinentes a nivel teórico-normativo, para comparar sus características y sus efectos jurídicos. De esta manera, yendo de lo general a lo particular, se ha demostrado que esta nueva categoría jurídica comparte las mismas características que los crímenes pertenecientes al Derecho Penal Internacional, por lo tanto, amerita formar parte del mismo.

Este antecedente es la base para la sistematización de esta categoría jurídica a través del desarrollo de un listado de características *sine qua non* que deben compartir este tipo de crímenes. Esto evidencia que estas conductas no son aquellas que son consideradas como imprescriptibles o que no aceptan la aplicación de indultos, amnistías u otros eximentes de responsabilidad penal, sino que estas poseen características sustantivas que las definen. Por el contrario, aquellas corresponden a las características de la persecución penal reforzada que debe tener esta nueva categoría jurídica y no a la razón de ser de la misma.

Palabras clave: graves violaciones a los derechos humanos, derecho penal internacional, derecho penal subterráneo, uso de la fuerza, crímenes de estado, crímenes internacionales.

Dedico a este trabajo de investigación a mis padres Carlos y Enma, así como a mis hermanas Nancy y Judith, quienes siempre me han guiado y me han apoyado en todo momento en mi educación formal y, además, en el camino de los valores de justicia y solidaridad. Así, quién tiene el privilegio del conocimiento tiene la obligación de transmitirlo y adaptarlo a la realidad para luego utilizarlo en favor de los derechos de los más necesitados.

Agradecimientos

En primer lugar, quiero expresar mi gratitud a la Universidad Andina Simón Bolívar y a los docentes de la Maestría en Derecho Penal, quienes con su guía me han permitido crecer académicamente con una perspectiva crítica y con libertad. De esta forma, han desarrollado mis capacidades de análisis y argumentación, así como me han motivado a superar mis límites. Entre esta planta docente destaco la vocación y el compromiso de quienes han sido verdaderas fuentes de inspiración: Ramiro Ávila Santamaría, Álvaro Román Márquez, Richard Villagómez Cabezas, Christian Masapanta Gallegos, María Helena Carbonell y Adriana Rodríguez Caguama.

En segundo lugar, agradezco de manera especial a mi tutor de tesis, Danilo Caicedo Tapia, docente y colega con quien compartimos la lucha en favor de los derechos de las víctimas de casos de graves violaciones a los derechos humanos y que con su acertada guía ha realizado gracias a su conocimiento y experiencia, con mano de cirujano, las observaciones pertinentes para que este trabajo de investigación alcance la solidez necesaria para servir de forma útil a la comunidad académica y a operadores de justicia.

Tabla de contenidos

| | |
|--|-----|
| Introducción..... | 13 |
| Capítulo primero: El desborde del poder punitivo como forma de criminalidad estatal. | 19 |
| 1. Poder político, coerción y poder punitivo | 19 |
| 1.1. Evolución de la noción de coerción estatal | 20 |
| 1.2. Derecho penal y poder punitivo | 24 |
| 2. Sistemas penales..... | 25 |
| 3. Derecho penal subterráneo | 30 |
| 3.1. El terrorismo de Estado | 33 |
| 3.2. La doctrina de la seguridad nacional y los planes de seguridad..... | 36 |
| 3.3. Los crímenes de estado..... | 38 |
| 3.4. Los derechos humanos, la seguridad jurídica y el uso de la fuerza..... | 41 |
| 4. Crímenes internacionales | 44 |
| 4.1. El genocidio..... | 50 |
| 4.2. Los crímenes de lesa humanidad..... | 51 |
| 4.3. Los crímenes contra el derecho internacional humanitario..... | 55 |
| 4.4. El crimen de agresión ilegítima..... | 57 |
| 4.5. Las graves violaciones a los derechos humanos | 58 |
| Capítulo segundo: Las graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma | 67 |
| 1. Fundamentos para la justificación de la existencia de una categoría jurídica independiente..... | 67 |
| 1.1. Semejanzas con otros delitos provenientes del Derecho Penal Internacional (Fundamentos para sustentar la pertenencia al derecho penal internacional) ... | 78 |
| 1.2. Diferencias con otros delitos provenientes del Derecho Penal Internacional (Límites de las graves violaciones a los derechos humanos con otros delitos internacionales) | 82 |
| 1.3. Definición..... | 87 |
| 1.4. Características generales | 89 |
| 1.5. Características especiales | 94 |
| 2. Tipos penales que forman parte de esta categoría jurídica..... | 107 |
| 2.1. Las ejecuciones extrajudiciales, extralegales, sumarias o arbitrarias..... | 107 |

| | |
|---|-----|
| 2.2. Las torturas | 114 |
| 2.3. La desaparición forzada de personas | 118 |
| 2.4. Las detenciones ilegales y arbitrarias | 121 |
| 2.5. La extralimitación en la ejecución de un acto de servicio..... | 123 |
| Conclusiones..... | 131 |
| Bibliografía..... | 137 |

Introducción

La necesidad de categorizar las graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma dentro del derecho penal surge de una realidad innegable: la incompreensión de esta nueva categoría jurídica, lo cual ha generado una impunidad casi absoluta de dichos hechos. Si bien el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional han desarrollado ampliamente las categorías de crímenes internacionales cometidos de forma sistemática y/o generalizada, existe un vacío teórico respecto a aquellas graves violaciones a los derechos humanos que, aunque cometidas de forma autónoma, comparten las mismas características sustantivas que los crímenes internacionales y generan similares obligaciones estatales en su perseguibilidad penal.

Esta categorización es fundamental para fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas y combatir la impunidad, ya que la falta de un desarrollo doctrinario específico ha derivado en que muchos de estos casos sean tratados como delitos comunes. Al ser tramitados sin la especialidad necesaria se violan los estándares internacionales de investigación y las garantías reforzadas de debido proceso que ameritan, es decir, las obligaciones estatales ante las víctimas y ante la sociedad. Esto ha favorecido la aplicación de figuras jurídicas que, aunque cuenten con una naturaleza aparentemente legítima, terminan encubriendo estos hechos. Por lo tanto, es imperioso el desarrollo doctrinario de esta nueva categoría jurídica para fortalecer su persecución penal y cumplir efectivamente con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de respeto a los derechos humanos.

La impunidad en los casos de graves violaciones a los derechos humanos ha sido una constante casi permanente en el contexto histórico-internacional. Para abordar esta problemática se han desarrollado varios esfuerzos a nivel normativo internacional, jurisprudencial y doctrinario. No obstante, estos esfuerzos generados a nivel del norte global se han centrado mayoritariamente en aquellos crímenes contenidos en el derecho penal internacional positivo. En consecuencia, los casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma autónoma, aunque han sido reconocidos por la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tienen un desarrollo a nivel doctrinario casi nulo.

En este sentido, los pocos estudios existentes no abordan a profundidad dicha diferencia. Tampoco se ha considerado la similitud existente entre estos abusos de poder

y el derecho penal internacional. La bibliografía existente sólo ha considerado como su fuente y su razón de ser al derecho internacional de los derechos humanos, excluyendo al derecho penal de su análisis o tratándolo de manera superficial. Además, los estudios sobre crímenes de derecho penal internacional en sentido estricto han sido realizados principalmente desde la perspectiva del derecho penal anglosajón y no desde el punto de vista del derecho penal continental.

Esto ha generado un profundo desconocimiento de los operadores de justicia, quienes, dado lo novedoso de esta categoría jurídica tienden a confundir las figuras jurídicas o a no aplicar estándares internacionales en su investigación, procesamiento y juzgamiento. Este círculo vicioso ha resultado en el incremento de la impunidad en los casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma autónoma. Esta falta de especialización ha llegado al extremo de que en casos en los que se ha utilizado la fuerza de forma ilegítima por parte de agentes estatales, algunos operadores de justicia han rechazado de forma expresa la aplicación de estándares internacionales, dejando estos casos en la impunidad.

Según datos proporcionados por la Fiscalía General del Estado¹ han existido 101 casos de graves violaciones a los derechos cometidos de forma autónoma desde los años ochenta hasta el 9 de agosto de 2014. De estos, sólo 3 cuentan con una sentencia condenatoria en firme. Por otro lado, en los 10 años de vigencia del Código Orgánico Integral Penal, se han registrado 2352 casos, de los cuales sólo 6 han tenido una sentencia condenatoria ejecutoriada.² En tal virtud, como se puede apreciar, la comisión de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma y su impunidad representan una constante en el Ecuador.

Estos abusos de poder constituyen crímenes de estado y cuando son denunciados, suelen estar acompañados de discursos justificantes que reniegan de su investigación y sanción. Por el contrario, se argumenta que existe una falta de represión estatal, la cual debería ser aplicada sin limitaciones para mantener la seguridad y el orden público, incluso cuando estas acciones produzcan violaciones a los derechos humanos. De esta manera, los mismos se configuran como herramientas utilizadas para la verticalización

¹ Ecuador Fiscalía General del Estado, Oficio Nro. FGE-CGAJP-DDHPC-2024-00925-O de fecha 25 de septiembre de 2024.

² Aun así, no se confirmó por parte de la Fiscalía General del Estado si estos casos corresponden a sentencias condenatorias por el delito de torturas cometido por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley o por particulares. En esta cifra se incluye los casos de extralimitación en la ejecución de un acto de servicio.

del poder político, es decir, de un derecho penal simbólico que no es efectivo, pero se muestra como ejemplificador ante la ciudadanía.

En esta misma línea, la comisión de este tipo de infracciones penales no sólo genera violaciones a los derechos humanos, sino responsabilidades estatales a nivel internacional. Pero más allá de esto, en muchos casos, existen procesos de identificación erróneos o su comisión ha servido para esconder otro tipo de criminalidad en la que están involucrados agentes estatales. Estos actos también son utilizados para reprimir la protesta social, la lucha en favor de los derechos humanos y de la naturaleza o hasta la libertad de expresión y comunicación.

Por estos motivos resulta totalmente imperiosa la realización de un estudio teórico que sistematice esta nueva categoría jurídica dentro del ordenamiento normativo. Este constituye un trabajo sin precedentes, que pretende servir de herramienta a los operadores de justicia, a los agentes estatales encargados de utilizar la fuerza y a la ciudadanía en general como una fuente de consulta que aclare las dudas ante la respuesta relacionada con los procesos de rendición de cuentas. Además, se espera que este estudio sienta las bases para futuras investigaciones marcando un norte en la defensa de los derechos humanos y la legítima limitación del poder punitivo del estado.

Considero que esta problemática ha sido identificada con precisión y que pese al paso del tiempo su trascendencia no ha perdido vigencia. Durante toda mi vida he sido testigo los abusos estatales, así como de la lucha de las víctimas y sus familiares por obtener verdad, justicia y reparación. Además, durante los últimos 12 años he dedicado mi vida profesional a la investigación, litigio y asesoría a casos de graves violaciones a los derechos humanos, encontrando serias complicaciones en su investigación y en su procesamiento. Como ya se señaló, esto se debe a la falta de conocimiento sobre la incorporación directa de la normativa internacional a la legislación interna, pero sobre todo a procesos de discriminación que consideran que la aplicación de una política de *mano dura* es la única estrategia válida para enfrentar a la delincuencia.

Así, los objetivos para realizar este trabajo de investigación consistieron en los siguientes: a) Evidenciar la comisión de graves violaciones a los derechos humanos y su impunidad como una práctica social; y, b) Desarrollar el contenido de la categoría jurídica de graves violaciones a los derechos humanos como independiente de otras categorías del derecho penal internacional. Es decir, que ante la evidencia de la existencia de estos abusos de poder y su impunidad como un problema cotidiano dentro de las sociedades resulta imprescindible la sistematización teórica de la respuesta jurídica estatal.

En esta investigación se ha utilizado una metodología de enfoque cualitativo debido a que el derecho y sus diferentes ramas se centran en la atención de fenómenos sociales. Además, ha sido necesario realizar un análisis integral a través de las diversas áreas jurídicas involucradas. Si bien es cierto que se cuenta con cifras que demuestran la impunidad relatada, estas no ameritan un análisis profundo en un orden cuantitativo, ya que la impunidad en este tipo de infracciones corresponde a casi el 100 % de los casos que han sido investigados en el Ecuador en los últimos 40 años.

Para esto se utilizaron los métodos descriptivo, deductivo, comparativo y sistematizador para el planteamiento de una propuesta sólida. En atención al uso del método descriptivo este ha sido utilizado tomando en cuenta a la normativa, a la jurisprudencia y a la bibliografía existente para establecer de forma crítica descripciones más amplias que tomen en cuenta a todos los escenarios posibles. Con relación a la utilización del método deductivo, este sirvió para organizar estos conceptos desde categorías jurídicas mayores a conjuntos menores y poder evidenciar características y efectos jurídicos similares. Por su lado, el método de derecho comparado se ha utilizado no sólo para contrastar la normativa local con la normativa internacional, sino que se ha realizado un dialogo entre autores, documentos oficiales y la jurisprudencia nacional e internacional. Finalmente, se ha procedido a sistematizar esta información con la finalidad de mostrar un panorama preciso y completo, al menos, en las principales instituciones de la teoría del delito que rodean a esta nueva categoría jurídica.

Ahora bien, respecto al desarrollo del presente trabajo de investigación, este se ha desarrollado en dos capítulos. El primer capítulo relacionado con el marco teórico que fundamenta el análisis; y, el segundo capítulo relacionado con el desarrollo teórico de la categoría jurídica analizada, es decir, las graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma.

De esta manera, en el capítulo uno de este trabajo de investigación se presenta como marco teórico al desborde del poder punitivo como una forma de criminalidad estatal. En un primer acápite desde un enfoque filosófico-histórico-político se introduce al poder político y al poder coerción como el antecedente primordial del poder punitivo directo y su aplicación ilegítima. En un segundo acápite, desde una perspectiva político-jurídica, se confronta la noción de los sistemas penales legales y de los sistemas penales paralelos que generan casos de violaciones a los derechos humanos. En un tercer ítem se analiza desde un enfoque jurídico-político-criminológico, al derecho penal subterráneo, el cual no constituye derecho, sino una explicación mediante la cual se ha pretendido

justificar la aplicación del terrorismo de estado y de la comisión de crímenes de estado. Y, en una cuarta parte, desde una perspectiva jurídica de derecho internacional de los derechos humanos y derecho penal internacional, se describe a los crímenes de derecho penal internacional en sentido amplio tomando en cuenta a las graves violaciones a los derechos humanos cometidas sin un contexto específico.

En el segundo capítulo, desde una perspectiva estrictamente jurídica, se aborda a las graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma como una categoría jurídica independiente. En su primer acápite se expone los fundamentos para esta justificación, se analiza las semejanzas y las diferencias con otras categorías del derecho penal internacional, se genera una definición basada en sus componentes sustantivos y ya no únicamente en la gravedad de los hechos, se detalla y se analiza sus características generales y sus características especiales. Finalmente, en un trabajo nunca antes realizado, se transversaliza los principales aspectos de la teoría del delito a los tipos penales incluidos en esta categoría jurídica incluido el tipo de penal de extralimitación en la ejecución de un acto de servicio. Se expone los fundamentos por los que se considera que este delito esconde la comisión de casos de graves violaciones a los derechos humanos (torturas y de ejecuciones extrajudiciales).

Entre los principales hallazgos de esta investigación se debe resaltar la conclusión de que no existe un listado restringido a la aplicación de normas que favorezcan la impunidad, sino que esta proscripción alcanza a cualquier norma jurídica que sea utilizada de forma anti-técnica como una excusa para favorecer la impunidad de los casos de graves violaciones a los derechos humanos. En el mismo sentido, cuando las instituciones jurídico-penales sean aplicadas de forma pertinente, sí se puede determinar que ha existido un uso legítimo de la fuerza y favorecer así el proceso de rendición de cuentas ante las víctimas y la sociedad.

Además, se ha identificado que todos los tipos penales que cumplan con las mismas características pertenecen a esta familia penal, cuando los mismos, sean una expresión del desborden del poder punitivo. En este sentido, casos como las detenciones ilegales y la extralimitación en la ejecución de un acto de servicio también forman parte de esta categoría, ya que son tipos penales vigentes en el ordenamiento jurídico-penal ecuatoriano. En este último caso, se expone como este tipo penal ha servido para garantizar la impunidad de casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma en el Ecuador desde el 10 de agosto de 2014 hasta el 09 de agosto de 2024. Así, se considera que el mismo es inconstitucional y anticonvencional y debería ser

expulsado del ordenamiento jurídico o, en su defecto, ser reformado para tipificar los casos de tratos crueles, inhumanos o degradantes que no alcancen el umbral de las torturas.

Capítulo primero

El desborde del poder punitivo como forma de criminalidad estatal

El este primer capítulo se desarrollará un análisis del desborde del poder punitivo del estado a través de sus más graves manifestaciones. A tal efecto, partiendo desde conceptos como el poder político, el poder coerción y el poder punitivo, se examina la evolución político-constitucional de los límites del uso de la fuerza. Este análisis visibiliza la existencia de sistemas penales paralelos los cuales conviven con los sistemas penales legales, siendo su máxima expresión el derecho penal subterráneo, el cual no constituye derecho, sino una denominación teórica del desborde del poder punitivo del estado. Dicho escenario es el propicio para la comisión de violaciones a los derechos humanos que de acuerdo con su gravedad se configuran como terrorismo de estado y/o como crímenes de estado, sustentados en doctrinas como la seguridad nacional o la de una visión meramente securitista de una supuesta mano dura en contra de la delincuencia.

Estos crímenes de violaciones a los derechos humanos han sido catalogados como crímenes de derecho penal internacional cuando son cometidos en contextos masivos y/o sistemáticos. Sin embargo, tomando en cuenta los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se considera que ciertos casos cometidos por un uso ilegítimo de la fuerza por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley también forman parte de derecho penal internacional en sentido amplio, aunque no hayan sido cometidos de forma generalizada o como parte de una línea de conducta estatal. De esta manera, se considera que los mismos forman parte de una nueva categoría jurídica que merece ser visibilizada y conceptualizada de forma independiente.

1. Poder político, coerción y poder punitivo

El poder constituye el elemento primigenio de toda organización político-social, el cual, dotado de autoridad, impone las reglas de convivencia dentro de una colectividad. Entre dichas reglas, una que adquiere especial relevancia es aquella relacionada con la

posibilidad de constreñir por la fuerza³ a quienes incumplan las normas establecidas, ya que la naturaleza de esas interrupciones atenta a los intereses defendidos por la organización y a la propia autoridad constituida. Esta coerción también puede expresarse al momento de aplicar una sanción legítima por parte de la jurisdicción correspondiente que ha sido impuesta por haber violado las normas comunes de convivencia.

Es así como se puede apreciar que la creación de los estados se basa en motivos de auto conservación de la sociedad y esto se logra mediante la cesión de las voluntades individuales a una persona o conjunto de personas que detentan el *poder político*.⁴ Para lograr este fin, John Locke había establecido la necesidad de construir una medida de respuestas legales escalonadas para castigar las ofensas a la existencia del estado constituido de acuerdo con su gravedad.⁵ No obstante, según Thomas Hobbes, al momento en el que la soberanía se traslada al representante, este adquiriría facultades absolutas con el propósito de lograr esta conservación, las cuales podían rebasar cualquier límite.⁶

Sin embargo, opuesto a lo establecido por Hobbes,⁷ el poder y la fuerza con los que cuenta una organización social no pueden actuar de forma ilimitada. Por el contrario, estos sólo pueden ser aplicados en la medida que resulte estrictamente necesario con la finalidad de impedir los abusos de poder de parte quien lo ostenta en representación de la colectividad. De esta manera, se aprecia que han sido varias las concepciones sobre el uso de la fuerza que han existido a lo largo de la historia, desde la barbarie hasta la civilización. En todas ellas, pese a los esfuerzos para racionalizar esta coerción, lamentablemente, siempre han existido abusos de parte quien ejerce el poder político y la coacción.

1.1. Evolución de la noción de coerción estatal

El *poder de coerción* es la facultad política del estado para ejercer su autoridad dentro de sus límites territoriales. El mismo se expresa mediante la facultad de imponer las reglas de convivencias y de exigir el cumplimiento de las mismas mediante el uso de

³ Hans Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado* (Ciudad de México: Colofón, 1992), 122.

⁴ Thomas Hobbes, *El Leviatán: O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1980), 142.

⁵ John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil: Un ensayo acerca del verdadero origen del gobierno civil* (Buenos Aires: Alianza, 2005), 88.

⁶ Hobbes, *El Leviatán*, 162.

⁷ *Ibíd.*, 169.

la fuerza o mediante la amenaza de su aplicación.⁸ De esta manera, el poder de coerción implica la capacidad de exigir a los ciudadanos al cumplimiento de todas sus obligaciones legales en atención a que nadie puede estar exento del cumplimiento del orden social.

El poder de coerción ha estado presente en todas las organizaciones político-sociales en un franco crecimiento hasta convertirse en uno de sus elementos centrales. La primera cúspide de este poder llegó en la Edad Media con los estados absolutistas en los cuales se imponía la voluntad de sus gobernantes⁹ como la única norma, es decir, existía un régimen denominado como *estado absolutista o estado de policía*.¹⁰ En este modelo de estado las penas eran establecidas por normas administrativas o por la voluntad del soberano, quien basaba su autoridad en la divinidad, lo cual implicaba la inexistencia de cualquier forma de seguridad jurídica.

La imperiosa necesidad de evitar estas arbitrariedades de parte del poder monárquico devino en la creación de los *estados modernos*. De esta forma, en un momento histórico determinado, el estado en representación de sus asociados pasó a detentar el poder coercitivo y la facultad de punir que antes eran ostentados por un sólo soberano. Esta constituye la principal característica del estado moderno, el cual a través de leyes preestablecidas regularía el accionar social. Por lo tanto, según esta nueva concepción teórico-filosófica, se puede resumir al estado como “[e]l poder detrás del derecho, del cual deriva éste su fuerza”.¹¹

Es así como, para esta nueva organización político-social, los estados mantuvieron la estructura de división de poderes descrita por Montesquieu que dejaba en manos del poder legislativo la elaboración de leyes; a cargo del poder ejecutivo la facultad de gobernar y de aplicar las leyes creadas por el poder legislativo, incluso mediante la coerción física; y, el poder judicial encargado de la potestad de juzgar las infracciones a dichas leyes.¹² Esta concepción sustentó el liberalismo político y la democracia como forma de gobierno de los nuevos estados, en general. No obstante, esto no implicó de

⁸ Friedrich von Hayek, *La Constitución de la Libertad* (Chicago: Epublibre, 1959), 23 -58.

⁹ Hans Kelsen, *General Theory of Law & State* (New Brunswick / Londres: Transaction Publishers, 2006), 300; traducción del autor.

¹⁰ La palabra *policía*, por su etimología “significa administración o gobierno, de modo que el estado de policía es el que se rige por las decisiones del gobernante”. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, 5.ª ed. (Granada: Colmenares, 2002), 41.

¹¹ Hans Kelsen, *Teoría General del derecho y del estado*, 5.ª reimp. (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995), 226.

¹² Charles de Secondat - Barón de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, 2.ª ed. (Barcelona: Orbis, 1985), 143.

ninguna manera el fin de los abusos del poder coercitivo, iniciándose un largo camino de evolución hacia la racionalización del uso de la fuerza, al menos de manera teórica.

A lo largo de la historia constan los abusos que han sido cometidos a gran escala y aquellos que se han presentado de forma aislada, pero que han estado presentes en todo tipo de estado como un mecanismo permanente de verticalización social.¹³ Como resultado de este proceso histórico surgió lo que se conoce como *estado de derecho*, una organización político-jurídica en la que las normas legales preestablecidas rigen las interacciones sociales.¹⁴ Dentro de este estado racional, el poder político se somete al derecho y los actos de gobierno a las leyes vigentes dentro de los límites generales establecidos por las constituciones adoptadas por cada estado.¹⁵

Además, se establece como uno de sus principios fundamentales al principio de legalidad como uno de los pilares de la seguridad jurídica, en especial, en lo que concierne a la aplicación de la fuerza y de sanciones por parte del estado.¹⁶ No obstante, este sistema no fue suficiente para satisfacer las necesidades de sus asociados, ya que los parámetros establecidos por las cartas políticas de estas épocas sólo se referían a la forma de organización política y a la inclusión de un catálogo de derechos mínimos, pero sin mecanismos exitosos de exigibilidad. Entonces, pese al cambio de modelo político, en muchas ocasiones estos derechos no se cumplían en razón de ser rebasados por limitaciones legales de menor jerarquía y los abusos de poder de parte del estado continuaban.

Ante la necesidad de configurar un sistema político que respete los derechos de sus asociados y que se preocupe por que estos puedan ser ejercidos a plenitud, se crea la idea del *estado social de derecho* mediante la Constitución de Querétaro de 1917. En este caso, el estado social de derecho tiene como objetivo fundamental la protección de los más débiles a través de la aplicación de políticas y acciones que favorezcan la igualdad formal y material de sus ciudadanos.¹⁷ Este es el modelo político de estado más desarrollado a nivel mundial, independientemente de las concepciones políticas de sus

¹³ Eugenio Raúl Zaffaroni, *La cuestión criminal* (Bogotá: Ibáñez, 2013), 28.

¹⁴ Las normas jurídicas son la base de la organización de todas las sociedades, a tal punto que, incluso en el ámbito del derecho privado se establece taxativamente el principio de que se puede hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley.

¹⁵ Luis Villar Borda, “Estado de derecho y estado social de derecho”, *Derecho del Estado*, (Universidad Externado de Colombia) n.º 20 (2007): 74, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/issue/view/74>.

¹⁶ Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas* 2.ª ed. (Barcelona: Orbis, 1985), 47.

¹⁷ Villar Borda, “Estado de derecho y estado social de derecho”, 88.

gobiernos. Sin embargo, en este modelo aún existen impedimentos para el pleno ejercicio de los derechos y para una aplicación racional de las normas coercitivas.

Es así como se construyó la noción de *estado constitucional de derechos*, el cual es un modelo político-jurídico en el que las normas constitucionales prevalecen de manera efectiva por sobre las normas legales, pasando de ser un mero compendio programático a un instrumento jurídico vinculante en el que “[t]odo el poder público y privado, está sometido a los derechos”.¹⁸ En el caso ecuatoriano, esta concepción política adquiere una trascendental relevancia, ya que es el único que ha establecido un estado constitucional que también es un estado de derechos y de justicia.¹⁹ En este modelo existen principios para la aplicación de los derechos o mandatos de optimización que “[p]ueden iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica [...]”.²⁰

Este nuevo modelo constitucional se denomina neoconstitucionalismo y se basa en la convergencia entre el positivismo jurídico y los fundamentos del iusnaturalismo.²¹ Esta nueva concepción genera una obligación al momento de favorecer el ejercicio de los derechos, puesto que en atención a la incorporación de los principios como método de interpretación y de desarrollo del derecho, una regla que forme parte de este sistema constitucional no puede devenir en un resultado injusto que genere violaciones a los derechos humanos.²²

En concordancia con este neoconstitucionalismo, la Constitución de la República del Ecuador de 2008 incorpora derechos adicionales a los constantes en su texto. Esto se lleva a cabo aplicando una concepción jurídica monista en la que las normas más favorables de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos pasan a formar parte del marco jurídico nacional con prevalencia normativa, mediante el denominado bloque de constitucionalidad constante en el artículo 424 de la Constitución

¹⁸ Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador, estado constitucional de derechos y justicia”, en *La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado* (Quito: Ministerio de Justicia y derechos humanos, 2008), 29.

¹⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1.

²⁰ Ramiro Ávila Santamaría, “Los principios de aplicación de los derechos”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, ed. Ramiro Ávila Santamaría (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 40.

²¹ Alfonso García Figueroa, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en *Neconstitucionalismo(s)*, ed. Miguel Carbonell, 4.^a ed. (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México / Trotta, 2009), 161.

²² Ramiro Ávila Santamaría, “Del estado legal de derecho al estado constitucional de derechos y justicia”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XV, (2009): 782.

de la República.²³ En este sistema los derechos constituyen un límite a la aplicación del poder punitivo del estado, por lo que se entiende que en este modelo, el uso de la fuerza no debería desbordarse, sin embargo, esto sigue siendo una utopía.

1.2. Derecho penal y poder punitivo

Sea cual fuere el modelo de estado vigente en una sociedad determinada, en todas ellas se aplican normas jurídicas entre las que constan como protagonistas del control social las normas de derecho penal y las normas sobre uso de la fuerza. Estas normas tienen la función de controlar la violencia de la sociedad organizada, ya sea de manera preventiva o de manera reactiva. Al poder detrás de la aplicación de estas normas sancionatorias se lo conoce como *poder punitivo del estado*, ya que esta forma de derecho está “[c]aracterizada por sanciones diferentes a las de otras ramas del saber jurídico: las penas”,²⁴ las cuales se fundamentan en la prevención general o especial, tanto en el ámbito positivo como el negativo.²⁵

Aunque antiguamente el derecho de castigar o *ius puniendi* se encontraba en la esfera privada,²⁶ con el paso del tiempo este poder punitivo fue monopolizado por el estado bajo la denominación de derecho penal, mediante el cual se establece el cumplimiento de penas o de medidas de seguridad a quienes cometen infracciones a las leyes penales.²⁷ No obstante, el poder punitivo se desenvuelve en dos ámbitos que se refieren al derecho penal objetivo que contiene los tipos penales y las sanciones a los mismos; y, el derecho penal subjetivo que se refiere en sí a la facultad coercitiva del estado, del cual se deriva la facultad de castigar o el poder punitivo en sentido estricto,²⁸ es decir, el *derecho sobre uso de la fuerza*.

Como se puede apreciar, el poder punitivo nació como una expresión palpable de los conceptos de poder político y de soberanía, puesto que, en un momento determinado, sólo el soberano se encontraba legitimado para aplicar la coacción a sus súbditos; y, a su vez, este ha sido el medio por antonomasia a través del cual se ha consolidado el poder político en las sociedades modernas. En la actualidad, este poder punitivo sólo debería

²³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 424.

²⁴ Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, 4.

²⁵ *Ibíd.*, 56-7.

²⁶ Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2.^a ed. (Montevideo: B de F Ltda. / Euros Editores S.R.L., 2003), 97.

²⁷ Diego Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 18.

²⁸ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 8.^a ed. (Barcelona: Reppertor S.L., 2003), 42.

operar bajo los términos estrictos de derecho público y de derecho penal, es decir, dentro de un sistema de límites y garantías, a través del cual se eviten los abusos de poder. Sin embargo, esto no sucede y el poder punitivo se desborda continuamente produciendo violaciones a los derechos humanos que en algunos casos, incluso llegan a constituirse como masacres.²⁹

En tal virtud, se puede aseverar que desde que existe el poder político han existido abusos de parte de dicho poder, los cuales ni siquiera han podido ser aplacados con la entrada en vigor de los estados modernos. Por el contrario, en muchos casos han sido las propias agencias ejecutivas encargadas de velar por la seguridad y por la vigencia de los derechos humanos las que han contribuido a la comisión de estos abusos³⁰ a través de aparatos organizados de poder o de forma aislada dentro de los mismos. De esta manera, el poder punitivo del Estado, que en primera instancia tiene el objetivo de garantizar la convivencia, se puede convertir en un instrumento para cooptar y para mantener el ejercicio del poder en beneficio propio y/o de grupos de poder específicos.

Cabe destacar que, aunque en un primer momento, Eugenio Zaffaroni, el principal teórico latinoamericano del poder punitivo desde el punto de vista de la criminología crítica, lo reduce al ejercido únicamente por las agencias policiales o agencias ejecutivas, posteriormente lo amplía al uso judicial como parte del proceso de criminalización.³¹ No obstante, pese a que se entiende al poder punitivo como toda facultad estatal para imponer castigos, en este caso se analizará principalmente el poder punitivo directo que es ejercido por las agencias policiales. Es en este momento cuando se producen los casos de abusos de poder por parte de quienes realizan un uso irracional e injustificado de la fuerza y/o de las armas de fuego, ya sea por satisfacer intereses propios o intereses grupos de poder públicos o privados.

2. Sistemas penales

Los *sistemas penales* constituyen la forma en la cual cada uno de los estados construye el andamiaje jurídico en el cual operará su programa criminal. Esto se refiere a la creación de las normas jurídicas que tipifiquen conductas lesivas con la amenaza de una pena, la aprobación de normas jurídicas que habiliten el uso de la fuerza y, a su vez, la promulgación de normas que faculten a las agencias estatales que procederán a aplicar

²⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, “La cuestión penal: El poder punitivo y la verticalización social”, video de Encuentro, 2016, 06:59, <http://encuentro.gob.ar/programas/serie/8609>.

³⁰ Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 14.

³¹ *Ibíd.*, 7.

las normas punitivas. Sin embargo, en realidad, ningún estado tiene la capacidad de aplicar todo el programa criminal que ha construido, por lo que realiza un proceso selectivo a fin de determinar a quien se aplicará dicho poder punitivo.³²

Este proceso selectivo de criminalización se encuentra dividido en dos fases: a) Criminalización primaria, que corresponde al proceso de expedición de leyes penales; y, b) Criminalización secundaria, que es la que se realiza cuando se le atribuye a una persona la comisión de un delito por parte de las autoridades.³³ El problema en relación al inconmensurable programa criminal es que al ser incumplible, es satisfecho mediante un proceso de criminalización secundaria a granel, en el que, en una gran mayoría se criminaliza no en atención a los actos delictivos cometidos, sino a un proceso sistemático de discriminación denominado como *labeling approach* o etiquetamiento.³⁴

La teoría del etiquetamiento consiste en agrupar a aquellas personas que cometen crímenes, poniéndose al margen de la sociedad, es decir, cometiendo conductas desviadas de la normalidad³⁵. En este caso, dado que el proceso de criminalización secundaria se aplica mayoritariamente a personas consideradas como minorías, se considera que todos quienes pertenecen a estos grupos son potenciales sospechosos de la comisión de una infracción. De esta forma, los extranjeros, las personas de distinto origen étnico, las personas con bajos ingresos u los opositores a los regímenes de poder, entre otros, terminan siendo estigmatizados y discriminados. Algunos “[...] actores sociales que participan en este proceso de etiquetamiento consideran que es para beneficio de toda la sociedad, ya que ayuda a fomentar un comportamiento adecuado o produce cambios en aquellos que se consideren como *desviados*”.³⁶ Sin embargo, esta justificación no tiene el mínimo asidero y debe ser desvirtuado totalmente del cualquier accionar estatal.

Un sistema en el que se cumplan con las normas jurídicas, pese al cometimiento de eventuales violaciones a los derechos humanos como la falta de la tutela judicial efectiva, la violación del debido proceso legal o el propio error judicial, se halla dentro de lo que puede considerarse como un *sistema penal legal y válido*. En estos casos es posible la aplicación remedios jurídicos ordinarios o extraordinarios de acuerdo a las

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

³⁴ Howard S. Becker, *Outsiders Hacia una sociología de la desviación* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2009), 28.

³⁵ *Ibíd.*, 21 - 28.

³⁶ Elizabeth Silvia Boyadjian y Rita Esther Salomón, "El etiquetamiento como forma de violencia simbólica" *Heterocromías: Feminismos y Epistemologías del Sur*, Facultad de Psicología, Universidad Nacional de Córdoba, (2020): 27.

normas penales adjetivas o incluso a normas constitucionales y/o convencionales. En este caso, se supone que estos errores serían las excepciones que validen al sistema.

En estos sistemas se aplican las normas jurídicas propias del derecho penal objetivo o formal, entendido como el conjunto de normas jurídicas que tipifican conductas prohibidas, es decir, establecen delitos e imponen sanciones en abstracto para dichas infracciones. En la actualidad existe otro posicionamiento basado en lo señalado por Zaffaroni, quien desde una postura crítica, señala que: “[E]l derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho”.³⁷

Según Zaffaroni, esta concepción del derecho penal es imprescindible, puesto que “no hay ningún estado de derecho puro, sino que éste es la camisa que contiene al estado de policía, que invariablemente sobrevive en su interior”.³⁸ Esto implica que, pese a la evolución jurídica del estado, siempre se encuentran latentes los abusos del poder que pueden originarse debido a los excesos del poder punitivo, ya sea como *ius puniendi* propiamente dicho o a través del uso indebido de la coerción física. Así, se puede apreciar que es válida la conclusión de que, en realidad, “[n]o hay estados de derecho reales (históricos) perfectos, sino sólo estados de derecho históricos que contienen (mejor o peor) los estados de policía que encierran”.³⁹

Un *sistema penal paralelo* es aquel que aplica sanciones o medidas de seguridad que no están previstas por el ordenamiento jurídico penal como tales, pero aplican poder punitivo por diferentes y diversas vías. Si se revisan los ordenamientos jurídicos de los estados, se puede encontrar un sinnúmero de sanciones, tanto en materias no penales, como en la facultad del uso de la fuerza por parte de agentes encargados de hacer cumplir la ley.⁴⁰ Un ejemplo de la aplicación de estas sanciones proveniente de sistemas penales paralelos se da cuando se decide internar a una persona tóxica dependiente para su rehabilitación, cuando se realizan deportaciones, cuando se realizan decomisos por parte de autoridades administrativas de control del espacio público, cuando se realiza allanamientos sin orden judicial o cuando se golpea manifestantes para su dispersión.

³⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, 5.

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ *Ibíd.*, 6.

⁴⁰ ONU Asamblea General, *Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, 17 de diciembre de 1979, art. 1, A/RES/34/169.

Sin embargo, existen sistemas penales paralelos que se encuentran en el extremo total de la ilegalidad, a estos se los denominados como *sistemas penales subterráneos* que son aquellos en los cuales “[l]as agencias ejecutivas ejercen poder punitivo al margen de cualquier legalidad o con marcos legales muy cuestionables, pero siempre fuera del poder jurídico”.⁴¹ En este caso, vale destacar que pueden existir casos de presunta legalidad, ya que en algunos casos estos sistemas operan respaldados por las autoridades nacionales de algunos estados. Sin embargo, esto se trataría de una juridicidad aparente e inválida en la que, dichas normas se contraponen a otras normas jurídicas, en especial, a normas legales, constitucionales y/o convencionales de derechos humanos.

Como ya se señaló, esto se da por la “[c]oexistencia dentro de un mismo aparato estatal de dos dinámicas que colaboran y coexisten entre sí [...]”,⁴² el estado de derecho⁴³ y el estado de policía⁴⁴. No obstante, en algunos casos, como en las dictaduras latinoamericanas de los años setentas y ochentas, la frontera entre estos sistemas penales ha sido permeable, debido a una concepción peligrosista, basada en una “[c]onfiguración subjetiva de otro a quien reprochar el mal funcionamiento de la sociedad”.⁴⁵ De esta manera, incluso se llegó a la aceptación de la teoría de la inocuización de los incorregibles que fue propuesta por Franz Von Liszt⁴⁶ y que tiene una importante aceptación social hasta la actualidad,⁴⁷ pese a su irracionalidad.

Una expresión palpable de esta coexistencia se configura en los denominados estados de excepción. Previamente,⁴⁸ para hacer frente a sucesos de gran conmoción se había elaborado una respuesta política, mediante la cual se rebajaban los límites del poder punitivo del estado de forma temporal y se establecía un estado de emergencia mediante el aumento de las facultades coercitivas de las agencias ejecutivas con la finalidad de

⁴¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, 25.

⁴² Jorge Vicente Paladines. *Derecho Penal de Auschwitz La continuación del estado dual* (Quito: El Siglo, 2020), 123.

⁴³ En este caso se utiliza el término estado de derecho para denominar a todos los estados modernos y contemporáneos, independientemente del modelo político que hayan adoptado.

⁴⁴ Los estados de policía son aquellos en los que las agencias ejecutivas tienen autorización directa o indirecta para violar derechos humanos para favorecer la seguridad.

⁴⁵ Jorge Vicente Paladines. *Derecho Penal de Auschwitz La continuación del estado dual*, 85.

⁴⁶ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General* Trad. Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal 2ª. ed. (Madrid: Civitas, 1997), Tomo I Fundamentos La estructura de la teoría del delito: 86.

⁴⁷ Lianet Cuesta Márquez y Ángel Andrés Sarie Añazco, *La pena de muerte como máximo castigo y su impacto en la sociedad contemporánea*, Revista Cumbres Revista Científica de la Universidad Técnica de Machala, volumen 6 N° 2, (2021): 28, <https://investigacion.utmachala.edu.ec/revistas/index.php/Cumbres/issue/view/12>.

⁴⁸ El primer estado de sitio o estado de excepción está registrado en Francia, mediante Decreto de la Asamblea Constituyente de 08 de julio de 1707. Giorgio Agamben, *Estado de excepción* (Buenos Aires: Adriana Hidalgo S.A., 2007), 39.

afrontar momentos de grave tensión social. Así, el estado de excepción podría definirse como “[e]se momento del derecho en el que se suspende el derecho para garantizar su continuidad, e inclusive su existencia”.⁴⁹

Actualmente, los estados de excepción cuentan con reglamentación de distintos niveles, lo cual reduce los derechos que pueden ser restringidos en estos momentos, las causas por las que pueden ser ejecutados, las normas sobre el uso de la fuerza e inclusive la posibilidad de controles por parte de órganos nacionales e internacionales. Sin embargo, en algunos lugares del mundo el uso del estado de sitio se ha vuelto recurrente y esta medida ha sido el mecanismo general de control y de gobierno. Este estado de medidas fue conocido en la Alemania Nazi como *Nafnahmenstaat*,⁵⁰ el cual convivía con el *Normenstaat*⁵¹ o estado de derecho.

En el estado de derecho o estado de normas “[s]e invocan los principios y derechos fundamentales establecidos en la constitución y en las leyes que rigen en occidente como consecuencia del desarrollo de la concepción del estado de derecho, *Rule of Law* o *Rechtsstaat*”.⁵² En cambio, en el “[e]stado de excepción se muestra como el normal desenvolvimiento del orden jurídico, la relativización del derecho a partir del surgimiento y defensa de un orden basado en la máxima voluntad política [...]”.⁵³ De esta manera, en este estado el incremento de la posibilidad de adoptar medidas coercitivas ayuda al mantenimiento del estado y principalmente coadyuvan al mantenimiento del gobierno al frente de dichos estados.

Como se puede apreciar, en este caso el sistema penal legal coexiste con un sistema penal paralelo, ya que estos se entrelazan, surgiendo así lo que se denominó como *der doppelstaat*⁵⁴ o estado dual. Esta teoría fue expuesta inicialmente en 1941 por Ernst Fraenkel⁵⁵ y señala en primera instancia que, las medidas emergentes tienen un sustento normativo, sin embargo, “[l]a existencia del estado conserva aquí una indudable superioridad sobre la validez de las normas jurídicas”.⁵⁶ Así, poco a poco, el estado de

⁴⁹ Flavia Costa, “Introducción”, en *Estado de excepción*, Giorgio Agamben, 5.

⁵⁰ Jorge Vicente Paladines. *Derecho Penal de Auschwitz La continuación del estado dual*, 39.

⁵¹ *Ibíd.*, 124.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Ibíd.*, 125.

⁵⁴ *Ibíd.*, 36.

⁵⁵ *Ibíd.*, 134.

⁵⁶ Rafael Agapito, “Introducción”, en *El concepto de lo político*, Carl Schmitt (Madrid: Alianza, 2009), 13.

medidas o “[n]aßnahmenstaat se devora al estado de derecho en una relación que más de coexistencia perfecciona lo autoritario”.⁵⁷

En este punto, se puede apreciar que el sistema penal paralelo ha absorbido al sistema penal legal y lo ha reducido. Como es bien conocido, estas prácticas tuvieron un viso de validez según la teoría pura del derecho de Hans Kelsen,⁵⁸ pese a su clara ilegitimidad por atentar flagrantemente normas básicas de *ius cogens*.⁵⁹ Sin embargo, existen otros lugares en los cuales este estado de medidas o los sistemas penales paralelos se han desarrollado activamente, pero bajo la clandestinidad. A estas prácticas se las conoce con el nombre de derecho penal subterráneo, el cual tiene ciertas semejanzas con el derecho penal del enemigo.⁶⁰

En este punto se debe señalar, que esta denominación no constituye una forma legítima de derecho. Sin embargo, se ha utilizado esta denominación para evidenciar su aplicación en determinados sistemas penales en los que se realiza una clasificación entre los ciudadanos y enemigos a quienes se les aplica un derecho penal más estricto que permea entre lo legítimo y lo ilegítimo. Aquí se puede apreciar la concurrencia de las siguientes características: a) Un adelantamiento de las barreras de la punibilidad;⁶¹ b) Una desproporción entre la lesividad de las infracciones y sus penas;⁶² c) La reducción o la eliminación de garantías procesales;⁶³ y, d) La aplicación de un derecho de ejecución de penas sin restricciones.⁶⁴ En este caso, el derecho penal subterráneo comparte estas características en su máxima expresión como se aprecia a continuación.

3. Derecho penal subterráneo

Pese a esta denominación teórica, es claro señalar que *el derecho penal subterráneo* tampoco constituye derecho, sino que representa la denominación teórica del

⁵⁷ Jorge Vicente Paladines. *Derecho Penal de Auschwitz La continuación del estado dual*, 37.

⁵⁸ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* Trad. Roberto Vernengo (Ciudad de México: Porrúa S.A., 1993), 23 – 8.

⁵⁹ Las normas de *ius cogens* constituyen normas imperativas del derecho consuetudinario internacional. Estas normas son reconocidas por toda la comunidad internacional y, por lo general, no admite ninguna norma en contrario. ONU Asamblea General, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, art. 53, A/CONF.39/27.

⁶⁰ Günter Jakobs, *Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación* 2ª. ed. Trad. Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano González (Madrid: Marcial Pons, 1997), 854.

⁶¹ Günter Jakobs, “La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente”, *Estudios de Derecho Judicial*, N° 20 (1999): 119-146.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ Luis Gracia Martín, *El horizonte del finalismo y el Derecho Penal del Enemigo* (Valencia, tirant le Blanch, 2005), 112.

desborde del poder punitivo del estado. Este desborde representa un orden delincencial particular de suma gravedad, ya que este es orquestado por el propio estado, a través de sus agentes. Esto se lo realiza a través de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley o de personas que actúen con su aquiescencia, quienes están cobijados por la esperanza de que no serán penados ni procesados por sus influencias o, incluso, por la aparente legitimidad de sus acciones. En este contexto, las agencias ejecutivas, por lo general, cometen abusos de poder de forma clandestina, con la finalidad de garantizar su impunidad, y cuando estos se descubren se aplica un discurso oficial negacionista o justificante generado en la mala aplicación del espíritu de cuerpo de estos órganos.⁶⁵

La primera vez que se introdujo el término de *sistema penal subterráneo* fue en el año de 1983 por la profesora venezolana Lola Aniyar de Castro en un encuentro sobre sistemas penales y derechos humanos que tuvo lugar en San José de Costa Rica para señalar los abusos de poder que se disfrazaban de una aparente legalidad en atención a que eran cometidos por agentes estatales que conocían los límites del uso del poder coercitivo. Aquí se señaló que un sistema penal subterráneo “[o]peraría en los diferentes niveles del sistema social. Es decir, tanto en los mecanismos de control formal, como en los de control informal. *Y aparecería tanto en los contenidos como en los no contenidos del control social, especialmente del formal*”.⁶⁶

Esto implica que los procesos de criminalización primaria y de criminalización secundaria no se realizan únicamente en razón del derecho penal vigente y de los sistemas penales legales, sino que existe un sistema penal oculto que ha establecido una serie de reglas paralelas, mediante las cuales se criminaliza a ciertos grupos o sectores por contraponerse a los intereses de ciertos agentes estatales o a los intereses que representan y acuerdan penas violatorias de los derechos humanos. Es decir, que “hay una criminalización *de facto* de las disidencias ideológicas, operada por los servicios de inteligencia policial, que obran con cierta discrecionalidad, variable según los diferentes regímenes, y con autoridad sustentada en la impunidad del hecho”.⁶⁷

Cuando la autora se refiere al término *inteligencia policial*, en este caso, se refiere a cualquier funcionario que cumpla funciones de policía y que tenga facultad para hacer

⁶⁵ Ecuador Comisión de la Verdad, *Informe de la Comisión de la Verdad Sin verdad, no hay Justicia* (Quito: Ediecuatorial, 2010), Resumen ejecutivo: 168.

⁶⁶ Lola Aniyar de Castro, “Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo”, en *Sistemas penales y derechos penales en América Latina* (Buenos Aires: Depalma, 1984) 242; énfasis añadido.

⁶⁷ *Ibíd.*, 243.

uso de la fuerza, es decir, los denominados actualmente como funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.⁶⁸ A nivel interno, se señala la necesidad de combatir una emergencia de suma gravedad que atenta contra la existencia de la sociedad, por lo que es necesario aplicar *mano dura* para contrarrestar los efectos de dicha amenaza. En algunos casos, estas acciones que constituyen abusos de poder se los comete a la vista pública con un discurso justificante desde un derecho penal simbólico,⁶⁹ pero en otros casos se los trata de cometer de manera clandestina para garantizar la impunidad y la imposibilidad de reclamo de parte de la ciudadanía.

En este sentido, se puede señalar que el poder político siempre ha tratado de establecer excusas o excepciones para poder esquivar los límites mínimos que establece el marco jurídico y, sobre todo, las normas de derechos humanos. Esto lo ha hecho a través de la implementación de organizaciones secretas que aplicaban y/o aplican sistemas penales paralelos, los cuales según Zaffaroni, consiguen que se configure un derecho penal subterráneo o sistema penal subterráneo. Así, en su análisis señala textualmente que: “Este abuso configura el sistema penal subterráneo que institucionaliza la pena de muerte (ejecuciones sin proceso), desapariciones, torturas, secuestros, robos, botines, tráfico de tóxicos, armas y personas, explotación del juego, de la prostitución, etc. [...]”.⁷⁰

De esta manera, al adoptar un sistema penal al margen de la ley que actúa de manera discrecional y el cual no es controlado por el sistema penal regular al producirse de manera clandestina, se adopta una especie de derecho penal del enemigo para el proceso de criminalización secundario. En este proceso se habilita no sólo el crimen de estado como una expresión del poder punitivo, sino que se llega, incluso, a un punto en el cual se habilita y normaliza el terrorismo de Estado⁷¹ como una práctica común de las agencias ejecutivas. Acompañado a estas prácticas le sigue un proceso sistemático de impunidad, que se encarga de desestimar las pocas acusaciones que se llegan a formular o que vuelve a aplicarse en contra de los denunciantes.

⁶⁸ ONU Asamblea General, *Código de Conducta Para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, 17 de diciembre de 1979, art. 1, A/RES/34/169.

⁶⁹ Pedro Villanueva Bogani, *Empleo razonable de las armas de fuego en el control de la seguridad pública* (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020), 72.

⁷⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, 26.

⁷¹ *Ibíd.*, 18.

3.1. El terrorismo de Estado

El terrorismo de estado constituye la aplicación de una política de control social extrema a través de la implantación del miedo en los ciudadanos por parte de uno o de varios estados con la finalidad de evitar, controlar o aniquilar la disidencia, la oposición y la crítica de cualquier naturaleza. La doble posibilidad de interventores, se da en atención a que las políticas y actos de intimidación hacia la población pueden provenir del acuerdo entre varios gobiernos o pueden haberse generado por iniciativa propia dentro de cada estado, con el propósito de evitar cuestionamientos o de enfrentar fuera del marco jurídico a las personas o grupos que incomodan al poder político.

De esta manera, podemos apreciar que el “[t]errorismo de estado expresa precisamente la más pura antítesis del estado constitucional de derecho”.⁷² Este terrorismo se ubica en un nivel más o menos extenso, y opera mediante el discurso y mediante acciones represivas fuera de las potestades legales dependiendo del momento histórico, el nivel de democracia o la crítica a los gobiernos por parte órganos independientes. Esto quiere decir que, en algunos casos impone penas por conductas que no constan en los catálogos de delitos o impone penas no permitidas por las legislaciones locales, como, por ejemplo, las torturas o las ejecuciones extrajudiciales.

Estas acciones encuentran fundamento en la concepción política de amigo-enemigo de Carl Schmitt,⁷³ mediante la cual se realiza una clasificación entre quienes se consideran aliados y como tales miembros del estado y, por otro lado, quienes se consideran enemigos del estado o más específicamente de sus gobiernos. En tal virtud, el enemigo político se convierte en un “[e]nemigo público, pues todo cuanto hace referencia a un conjunto tal de personas, o en términos más precisos a un pueblo entero, adquiere *eo ipso* carácter público”.⁷⁴

Sobre este punto Thomas Hobbes señalaba que, “[l]os castigos establecidos en la ley son para los súbditos, no para los enemigos, y han de considerarse como tales quienes, habiendo sido súbditos por sus propios actos, niegan el poder soberano”.⁷⁵ De esta manera, se procede con una separación ilegítima entre los ciudadanos a quienes se les aplicaría penas legales en caso de cometer alguna infracción y, por otro lado, se clasifican

⁷² Danilo Caicedo Tapia, "El reto de los estados latinoamericanos ante las graves violaciones a los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad" en *Justicia transicional en la región andina*, coords. Gabriel Orosco et al (Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales / Fiscalía General del Estado, 2017) 184.

⁷³ Carl Schmitt, *El concepto de lo político* (Madrid: Alianza, 2009), 56.

⁷⁴ *Ibíd.*, 58-9.

⁷⁵ Thomas Hobbes, *Leviatán*, 256-7.

como enemigos ajenos a la comunidad a aquellos que se oponen al gobierno o que cometen delitos contra el gobierno, a quienes se los sanciona con penas de un sistema penal paralelo aleccionador.

Esta lógica sería sistematizada posteriormente por Günther Jakobs, quien señala que, en ciertos sistemas penales se adelantan arbitrariamente las barreras de punibilidad y se aplican penas desproporcionadas dentro de un sistema legal con mínimas o inexistentes garantías procesales.⁷⁶ Aunque este sería un sistema legal, la aplicación de esta lógica peligrosista que basa sus fundamentos en un derecho penal de autor, claramente se la puede identificar como no derecho,⁷⁷ pues es ilegítimo y no respeta los derechos personales elementales ni las garantías que sirven de límite al poder punitivo del estado.

En este punto, cabe destacar que el derecho penal del enemigo no consiste en el fundamento del terrorismo de estado, el cual tiene un origen anterior, sino que, dado sus similitudes, se puede señalar que, en cierta medida, este encaja dentro de este derecho de mínimas garantías cuando se lo justifica como el derecho necesario en un estado de medidas⁷⁸. En otros casos, el terrorismo de estado ha permanecido oculto de forma subterránea detrás de actuaciones legales o aparentemente legales, pues los agentes estatales que lo orquestan conocen con claridad la ilegitimidad de sus acciones, pero tratan de justificarlo basados en la peligrosidad de los encasillados como enemigos del gobierno y, por lo tanto, de la ciudadanía.

Este argumento también es conocido como la *teoría de los dos demonios*, mediante la cual se pretende justificar la represión al señalar que las personas en contra de quienes se han cometido abusos de poder son tan peligrosas para la sociedad que no existe otra manera de combatirlos.⁷⁹ En este punto, se debe señalar que esta no constituye

⁷⁶ Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo* Traducción Manuel Cancio Meliá (Madrid: Civitas, 2003), 79-81.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ El derecho penal del enemigo también puede ser conocido como derecho penal hostil o derecho penal del exterminio según Massimo Pavarini o derecho de dos velocidades según Silva Sánchez. Massimo Pavarini, “Castigar al enemigo Criminalidad, exclusión e inseguridad”, *Ciudadanía y violencias* (Flacso - Ecuador), vol 8 (2009): 175, <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/112451-opac>; Jesús-María Silva Sánchez, “La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, Civitas, Madrid, Revista Chilena De Derecho, vol. 26, no. 3 (1999): 783-87, <https://www.jstor.org/stable/i40076869>.

⁷⁹ Con relación al Prólogo de Ernesto Sábato al Informe Nunca Más de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas en Argentina de 1984, en el cual se habló por primera vez de la base para la creación de la teoría de los dos demonios por parte de los perpetradores de crímenes de lesa humanidad en dicho país, cabe señalar que en dicho informe “[s]e habla de las dos violencias, pero **no en términos de equivalencias [...] sino en términos de escalada de violencias**” (énfasis agregado). Elizabeth Jelin, “Militantes y combatientes en la historia de las memorias: silencios, denuncias y reivindicaciones”,

una teoría propiamente dicha, sino un discurso mediante el cual se pretendía justificar las violaciones de los derechos humanos señalando que existía una violencia sin precedentes que atentaba contra la seguridad y la existencia del estado. En tal virtud, la única manera de contenerla era una violencia mayor sin restricciones de ninguna clase. Esta metáfora alegórica pretendía poner la discusión fuera de los límites de lo humano pero, especialmente, fuera de lo legal.⁸⁰

No obstante, este accionar del estado implica el ejercicio de un control más autoritario que aplica una serie de restricciones a la libertad de los ciudadanos. Así en muchos casos con la imposición de un trato penal diferenciado que no siempre es eficiente, se arriba a procesos de identificación erróneos que termina por aplicar castigos legales o arbitrarios a personas inocentes.⁸¹

Aun así, existen muchos promotores dentro de la sociedad, en especial, a nivel político que promocionan la necesidad de reducir los límites de los derechos ciudadanos y aplicar este derecho penal de la peligrosidad,⁸² pues no se encuentran de acuerdo con que en esta “dicotomía entre garantizar los derechos de los ciudadanos frente al poder punitivo y actuar en favor de la seguridad”⁸³ siempre se debe favorecer el respeto de los derechos humanos. Además, se debe señalar que, pese a que “[s]eguridad y libertad son, entonces, los polos de una tensión estructural”,⁸⁴ “el derecho penal sin garantías no puede constituirse como derecho en la actualidad”.⁸⁵

Esta doctrina del terror que también se desarrolló en Latinoamérica, principalmente, en las décadas de los 70s y 80s, “[a]doptó el nombre de doctrina de la seguridad nacional, y hace referencia al conjunto de procesos y políticas de exclusión, hostigamiento y aniquilamiento, respaldado además por el denominado *Plan Cóndor*, que fue la articulación represiva entre las fuerzas de seguridad del Cono Sur de América”.⁸⁶ Esta doctrina fue impuesta por los Estados Unidos en América del Sur con el objetivo de frenar el avance del comunismo en la región con el apoyo de los gobiernos locales, en especial, de sus fuerzas de seguridad.

Meridional (Revista chilena de estudios latinoamericanos), No. 1 (2013): 89, DOI: 10.5354/0719-4862.2013.30068.

⁸⁰ Marina Franco, “La ‘teoría De Los Dos demonios’: Un símbolo De La Posdictadura En La Argentina”. A *Contracorriente: Una Revista De Estudios Latinoamericanos* 11 (2), (2014): 22-52.

⁸¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho Penal*, (Buenos Aires: Ediar, 2009), 116.

⁸² *Ibíd.*

⁸³ Massimo Pavarini, “Castigar al enemigo Criminalidad, exclusión e inseguridad”, 174.

⁸⁴ *Ibíd.*, 173.

⁸⁵ *Ibíd.*, 175.

⁸⁶ *Ibíd.*, 185.

El objetivo de la aplicación de estas políticas era el “[e]liminar la disidencia y mantener un orden autoritario y conservador”⁸⁷ que impida el ascenso de gobiernos de ideología progresista, es decir, el mantenimiento del *status quo* político a nivel regional. Pese a que Argentina y Chile fueron los países que vivieron de modo más dramático la represión originada a consecuencia de la Guerra Fría, los abusos de poder, es decir, los crímenes relacionados con violaciones a los derechos humanos por parte de los estados se produjeron en toda Latinoamérica, independientemente de la existencia de gobiernos dictatoriales o de gobiernos democráticos.⁸⁸

Sobre este punto, Daniel Feierstein, realiza un análisis comparado del *modus operandi* utilizado por los agentes estatales en el genocidio nazi y los crímenes ocurridos durante la dictadura argentina vivida entre 1974 y 1983, y califica que lo vivido en Argentina fue una especie de genocidio. Además, enfatiza que este tipo de aniquilaciones en masa constituyen una *práctica social*⁸⁹ que se ha vivido en múltiples ocasiones durante la historia de la humanidad. Los crímenes argentinos ocurridos durante este periodo de tiempo dada su sistematicidad y su generalidad han sido calificados como crímenes de lesa humanidad.

3.2. La doctrina de la seguridad nacional y los planes de seguridad

“La seguridad nacional es la capacidad – sobre todo militar – del estado para defender sus intereses contra amenazas de seguridad”.⁹⁰ Esta noción tiene validez siempre y cuando cumpla con el objetivo legítimo de proteger al estado mediante el despliegue de una respuesta ante una amenaza ilegítima de origen externo o interno. Sin embargo, este concepto fue deformado y equiparado a la “[a]ntigua ‘razón de estado’ que – como esta – autorizaría en casos extremos, declarados subjetivamente por la propia autoridad, la violación de derechos individuales por motivos de supuesto interés general”.⁹¹ Así en estos casos se decidió proteger al poder político y no a los intereses ciudadanos.

⁸⁷ Diego Peñafiel, "El terrorismo de Estado en Ecuador" en *Justicia transicional en la región andina*, coords. Gabriel Orosco et al (Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales / Fiscalía General del Estado, 2017), 8.

⁸⁸ Cabe señalar que pese a que esta es la regla general, también han existido abundantes casos en los cuales, las violaciones a los derechos humanos se han producido en regímenes regionales con gobiernos de izquierda como son los casos de Venezuela y Nicaragua.

⁸⁹ Daniel Feierstein, *El genocidio como práctica social, Entre el nazismo y la experiencia argentina* (Buenos Aires: Fondo de cultura económica, 2009), 35.

⁹⁰ Diego Peñafiel, "El terrorismo de Estado en Ecuador", 28.

⁹¹ Chile, *Informe Nacional de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, re-edición, (Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación / Andros Impresores, 1996), Tomo 1, 38.

Esta concepción de origen militar, surgida a partir de la Guerra Fría, dio origen a la construcción de un plan teórico-político, mediante el cual se pretendía evitar el avance de las ideologías de izquierda no alineadas con la política norteamericana. En primera instancia, estas amenazas se referían a amenazas militares que luego se fueron transformando en amenazas ideológicas. De esta manera, se realizaron alianzas estratégicas entre los Estados Unidos de América y los estados latinoamericanos con el fin de impedir el avance del comunismo internacional.⁹²

Según esta doctrina, los movimientos sociales, los movimientos estudiantiles, los movimientos campesinos e indígenas se habían alineado con concepciones marxistas. Principalmente, se señalaba que varios de los miembros de estos colectivos participaban de grupos insurgentes que atentaban contra la seguridad de los estados. Así en este punto, se puede apreciar que el concepto de amigo-enemigo fue llevado al límite por factores de dominación política. Para esto, los estados crearon planes de seguridad internos que dieron origen a los *estados de seguridad nacional*, donde el poder coercitivo estaba habilitado con escasas limitaciones o en algunos casos, pese los límites legales impuestos al poder punitivo, estos planes operaban en la clandestinidad.

En algunos casos, estos planes fueron creados por leyes con un aparente contexto de legalidad, pero de manera directa o indirecta crearon organizaciones represivas cuya finalidad era combatir a cualquier costo al enemigo interno, es decir, mediante la aplicación del derecho penal subterráneo. De esta manera, se procedió “[a] rutinizar la suspensión y restricción de las libertades públicas, [...] que implicaba el empleo de órganos policiales secretos o de las propias instituciones armadas, reprimiendo a la oposición, desmantelando a los partidos, paralizando o controlando las actuaciones sindicales e interviniendo las universidades”.⁹³ A consecuencia de esto, en toda Latinoamérica se cometieron violaciones a los derechos humanos que en su mayoría han sido calificadas como delitos de lesa humanidad por el contexto político en el cual fueron ejecutados. En el Ecuador, estas actividades fueron desarrolladas, entre otros grupos, por el denominado SIC10 que actuó en Ecuador durante los años 80s.⁹⁴

Sin embargo, este terrorismo de estado y sus dinámicas clandestinas quedaron implantadas en las organizaciones de seguridad de los estados, y pese al fin de la Guerra

⁹² Diego Peñafiel, "El terrorismo de Estado en Ecuador", 7.

⁹³ Chile, *Informe Nacional de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, Tomo I, 53.

⁹⁴ Ecuador Fiscalía General del Estado, "Fiscalía prueba la existencia de la unidad represiva conocida como SIC-10, *Fiscalía General del Estado*, accedido 25 de abril de 2022, párr. 1-8, <https://www.fiscalia.gob.ec/fiscalia-prueba-la-existencia-de-la-unidad-represiva-conocida-como-sic-10/>.

Fría, se continúan produciendo violaciones a los derechos humanos en menor escala, pero de forma reiterada. Estos hechos no cuentan con las características de generalidad o sistematicidad, pero corresponden a una violencia estructural de militarización de la seguridad por parte de las agencias estatales. Esta doctrina de la seguridad nacional revive en versión subterránea cada cierto tiempo ante el incremento de la delincuencia o de las protestas en contra de los gobiernos que ven en la represión ilegítima, la única repuesta para cumplir con sus objetivos legítimos o ilegítimos.

3.3. Los crímenes de estado

Pese a la trascendencia de este fenómeno, casi no existen estudios del mismo desde el punto de vista del derecho penal. Los pocos estudios existentes se remiten a abordar el problema desde aspectos específicos que rodean al mismo o desde ramas ajenas a lo estrictamente jurídico, como, por ejemplo, desde el punto de vista político, criminológico o, incluso, desde el punto de vista de los derechos humanos. Estos estudios no profundizan en los elementos objetivos pertenecientes al ámbito jurídico-penal que debe cumplir una conducta para ser calificada como crimen de estado. Esto se debe a que el término de *crímenes de estado* es incómodo para los gobiernos y para ciertas autoridades, por lo que, por temor, se prefiere no tratar estos temas y/o no difundirlos.

Es por esta razón que, el estado incluso suele permitirse tolerar cierto nivel de ilegalidades cuando se considera que es necesario anteponer cuestiones de seguridad nacional.⁹⁵ Ahora bien, se puede afirmar que siempre ha existido una relación directa entre el poder de coacción y los crímenes de estado, independientemente de las diversas manifestaciones en la cual se presenta el poder que ostentan los estados.⁹⁶ Esta relación llega a tal punto que algunos autores “consideran que el crimen de Estado ha existido desde que el primer país fue creado, y es debatido que quizá, éste sea necesario para la creación misma de cualquier Estado”.⁹⁷

Una primera aproximación jurídica a los crímenes de estado comprende la noción de que uno de sus elementos *sine qua non* es la participación consiente y voluntaria de un funcionario del estado en su comisión. Aquí cabe destacar que, con la finalidad de

⁹⁵ David Kauzlarich, Rick Matthews y William Miller, “Toward a Victimology of State Crime”, *Critical Criminology* (Kluwer Law International. Printed in the Netherlands) 10 (2001): 183, doi.org/10.1023/A:1015744304749. Traducción del autor.

⁹⁶ Jeffrey Ian Ross, “Controlling state crime: Toward and integrated structural model”, en *Controlling state crime* (2ª. ed.), Jeffrey Ian Ross (New Jersey: Transaction publishes, 2000), 3. Traducción del autor.

⁹⁷ *Ibíd*; traducción del autor.

favorecer la comisión de un crimen de estado o su impunidad, existen casos en los que una persona que no ostenta funciones estatales también participa de este tipo de criminalidad y puede hacerlo de manera conjunta con agentes estatales o de forma autónoma, pero siempre con la aquiescencia o connivencia de agentes estatales que dominan o acompañan su voluntad.

Algunos autores como William Chambliss han señalado que los crímenes de estado (*state organized-crimes*) constituyen por su complejidad crímenes organizados que están descritos por la ley penal como infracciones, pero con la característica particular de que son cometidos por agentes estatales.⁹⁸ Aunque aquí podemos encontrar el primer avance para definir qué acciones pueden llegar a constituirse como crímenes de estado, en líneas posteriores, Chambliss restringe esta delimitación y señala que “[n]o incluyen su definición aquellos actos que solo crean un beneficio individual a los funcionarios que participan en él, por el contrario, se refiere a la violación de las normas penales como parte de una política oficial”,⁹⁹ como, por ejemplo, en la comisión de crímenes en masa como lo son el genocidio o los crímenes de lesa humanidad.

Contrario esta idea, Jeffrey Ross señala que el crimen de estado también puede ser cometido por parte de funcionarios gubernamentales de cualquier nivel con la finalidad de obtener un beneficio personal, y no necesariamente en nombre de un Estado.¹⁰⁰ Aun así, existe una infinidad de conductas que pueden calzar dentro de estas delimitaciones, como, por ejemplo, los delitos contra la administración pública u otros delitos de corrupción, más conocidos como delitos de cuello blanco. Es por esta razón que se añade que, en este caso, estos crímenes se encuentran prohibidos por las legislaciones nacionales y por normas internacionales, ya que constituyen casos de violaciones a los derechos humanos.¹⁰¹

Ahora bien, ¿cómo diferenciar cuando un agente estatal y/o una persona que actúe con su aquiescencia cometen un crimen de estado y no un delito común, como, por ejemplo, un asesinato o un acto de corrupción? En primer lugar, en el caso de un particular que comete cualquier delito por su propia cuenta sin hacer un abuso del poder punitivo del estado por no representarlo a través de sus órganos coercitivos, este no comete un

⁹⁸ William Chambliss, “State Organized Crime The American Society of Criminology, 1988 Presidential Address”, *Criminology* 27 n.º 2 (1989): 184, doi.org/10.1111/j.1745-9125.1989.tb01028.x: traducción del autor.

⁹⁹ *Ibíd.*; traducción del autor.

¹⁰⁰ Jeffrey Ian Ross, “Controlling state crime: Toward and integrated structural model”, 4-5; traducción del autor.

¹⁰¹ *Ibíd.*, 5; traducción del autor.

delito de estado, sino un delito común por su calidad de sujeto activo no calificado. En segundo lugar, una persona que no represente a un órgano coercitivo no tiene la competencia para aplicar la fuerza en nombre del estado como funcionario encargado de hacer cumplir la ley, y si no tiene el medio (potestad) que puede ser mal empleado, no podría cometer un abuso que derive en un crimen de estado.

Del otro lado, una persona que represente a una agencia estatal como un funcionario encargado de hacer cumplir la ley sí puede ser considerado como un sujeto activo calificado, es decir, una persona que puede cometer una infracción penal sólo en el caso de cumplir con determinadas características calificadas por la norma. Es así que, para que un agente estatal cometa un delito de estado debe existir la posibilidad de ejercer la coacción física de manera directa o indirecta.¹⁰² Al referir la posibilidad de actuar de forma indirecta se hace referencia a quienes no son funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, pero en razón de sus funciones dominan el curso causal de las infracciones cometidas.

En este caso es indistinto que estos se encuentren en cumplimiento de sus funciones o fuera de su horario laboral, ya que han existido casos en los que se ha ejecutado este tipo de actos luego de pedir vacaciones o licencias con la finalidad de evitar ser sancionados por el cometimiento de crímenes de estado o para preparar su coartada en caso de un posible juzgamiento.¹⁰³ No obstante, lo más importante es que dicho agente de estado actúe haciendo uso de sus prerrogativas estatales que le permiten hacer uso arbitrario del poder punitivo del estado y de la coacción, es decir, hacer uso de la fuerza o de las armas de fuego fuera de los límites establecidos para el efecto.

Ahora bien, si un agente del estado comete un delito actuando fuera de su horario laboral y sin hacer uso del poder de coacción estatal, como, por ejemplo, en caso de una riña o de un caso de violencia intrafamiliar, no se puede considerar a tales hechos como un acto de abuso de poder. Así mismo, un caso de violencia intrafamiliar o de género en horario laboral no puede constituirse como un crimen de Estado. En este caso dichas acciones corresponderían a delitos comunes desde el punto de vista del derecho penal

¹⁰² La coacción directa es ejercida a través de las agencias ejecutivas y de sus representantes, los denominados funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; en cambio, la coacción indirecta es ejercida por parte de autoridades que sólo emiten disposiciones o resoluciones. En algunos casos, estos niveles pueden confluír, ya que ciertas autoridades sí tienen poder de aplicar el poder coercitivo de forma directa, pero por su rango jerárquico no acostumbran a hacerlo, como en el caso de los altos oficiales de la Fuerza Pública.

¹⁰³ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Acta de audiencia de juzgamiento”, en *Juicio n.º: 17141-2013-01631*, 26 de septiembre de 2013, 57.

internacional y del derecho internacional de los derechos humanos. En contraposición, los crímenes de estado son aquellos que se cometen por parte de sujetos activos calificados relacionados con el estado que realizan un uso ilegítimo de la fuerza y cuyo resultado es la violación de derechos humanos.

Dado el nivel de trascendencia de estos actos en la verticalización de poder estatal, se ha creado a su alrededor un discurso oficial de negación/justificación de la existencia de violaciones a los derechos humanos de parte de los estados, el cual adopta por lo general la siguiente estructura: a) Negación literal (las violaciones a los derechos humanos no ocurrieron); b) Negación interpretativa (los hechos que ocurrieron no son violaciones a los derechos humanos, sino otras cosa); y, c) Negación implícita (las violaciones a los derechos humanos se encuentran justificadas).¹⁰⁴ En este último punto, se aprecia un paralelismo con la denominada teoría de los dos demonios.

3.4. Los derechos humanos, la seguridad jurídica y el uso de la fuerza

A nivel internacional, el primer freno a los graves abusos de poder dentro de los estados contemporáneos fue el establecimiento de la Organización de las Naciones Unidas creada en el año de 1945 y la expedición de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Así mismo, son trascendentales, los juicios de Núremberg y la normativa internacional originada a partir de la Segunda Guerra Mundial, como, por ejemplo, los Convenios de Ginebra de 1949. Es en este punto cuando se inaugura el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario contemporáneo. Antes de esto, ya existían varias normas constantes en acuerdos, declaraciones de buena fe o normas internas, pero las normas generadas en esta época son las que se han mantenido, han inspirado nuevos instrumentos internacionales y que, hasta hoy en día, rigen el accionar de la mayoría de los estados.

De la mano con estos esfuerzos mundiales, se consideró que también era necesario fortalecer los derechos humanos a nivel regional, pero con la incorporación de mecanismos efectivos de exigibilidad. Es así que en el año de 1949 se crea el Consejo Europeo de Derechos Humanos que expidió el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en 1950, el cual creó la primera

¹⁰⁴ Stanley Cohen, "Government Responses to Human Rights Reports: Claims, Denials, and Counterclaims", *Human Rights Quarterly* (Published by The Johns Hopkins University) 18, n.º 3 (1996): 552, doi: 10.1353/hrq.1996.0028; traducción del autor.

corte internacional de derechos humanos, es decir, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En un espacio más cercano, en el año de 1948 se creó la Organización de Estados Americanos con la finalidad de fomentar principalmente la paz, la democracia y los derechos humanos, aunque no fue sino hasta el año de 1969 cuando se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con este nuevo instrumento internacional continental se estableció un sistema más novedoso, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el mismo que está conformado por dos órganos competentes en distintos niveles: a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y, b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia ha consolidado varios de los más importantes avances en la persecución de los delitos de abusos de poder. Estas garantías de orden internacional han racionalizado, de algún modo, la convivencia mundial y, pese a que, esto no ha impedido los casos de violaciones a los derechos humanos, sí ha establecido herramientas jurídicas válidas para evitar la impunidad de los mismos mediante su investigación, procesamiento y eventual juzgamiento.

A manera seguida, la Organización de las Naciones Unidas, con el consenso de varios estados a nivel mundial, promulgó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con lo cual quedarían configurados los principales instrumentos generales de derechos humanos. Los principales derechos protegidos en estos instrumentos fueron el derecho a la vida, pilar de todos los demás derechos, seguido de los derechos a la integridad física y a la libertad, cuyo respeto constituye la base de toda sociedad moderna civilizada. Dada la importancia de estas normas, las mismas no sólo han sido trasladadas paulatinamente al derecho constitucional de los estados, sino a las normas de derecho penal, en especial, respecto al establecimiento de los límites del poder punitivo del estado.

De esta forma, cuando los estados apliquen la coacción física deben respetar los derechos humanos establecidos en estos instrumentos internacionales, con lo que se proscribe la arbitrariedad y se establece un modelo racional para sus actuaciones en cuanto a la aplicación de sus facultades coercitivas. Para lograr este objetivo, en el transcurso de los años posteriores, la Organización de las Naciones Unidas ha creado varios mecanismos de supervisión basados en la Carta de las Naciones Unidas o en tratados específicos, como, por ejemplo, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Comité Contra la Tortura o el Comité sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas.

A nivel americano, en años recientes la Organización de Estados Americanos también ha creado este tipo de mecanismos de vigilancia, entre los que constan, la Relatoría sobre Memoria, Verdad y Justicia creada en el año 2019 y la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad creada en el año 2004. Ahora bien, aunque estos organismos de supervisión no emiten sanciones, sus observaciones son válidas como el camino hermenéutico más apropiado para una mejor aplicación de los derechos humanos. Así, pese a que estas normas no son vinculantes de forma directa, lo son a través de la remisión a las normas duras de derechos humanos en las que se fundamentan, creando así un modelo único de seguridad jurídica que no sólo está basado en los sistemas legales nacionales, sino en todas las normas convencionales aplicables.

Pese a la existencia de estas normas básicas, la Organización de las Naciones Unidas, a través de diferentes instancias, ha considerado pertinente establecer directrices prácticas sobre cómo debe limitarse el poder punitivo del estado para combatir la inseguridad en términos racionales. Para esto, se estableció la necesidad de que sólo aquellos funcionarios que cumplan funciones de policía sean quienes pueden hacer uso de la coacción física y/o de las armas de fuego. Así se creó el término funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, quienes deben utilizar la fuerza sólo en aquellos casos en los cuales se cumpla con tres requisitos *sine qua non*: 1) La legalidad que posibilite su actuación; 2) La estricta necesidad de sus actuaciones; y, 3) La proporcionalidad entre la amenaza que se pretenda combatir y la respuesta ejecutada¹⁰⁵.

Si las actuaciones de estos funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se desarrollan fuera de estos parámetros, se podría considerar que existe un uso arbitrario, irracional o desproporcional de la fuerza o de las armas de fuego utilizadas en su accionar. Esto podría conllevar, en primera instancia, a un abuso de poder y una consecuente violación a los derechos humanos en su calidad de representantes del estado y, por otro lado, podría configurarse como una infracción penal que alcance el grado de un crimen¹⁰⁶ internacional. La normativa relacionada con el uso de la fuerza también establece guías de actuación para casos concretos que deben ser evaluados con mayor atención, como, por ejemplo, los casos de fuga o los casos de protesta social.

¹⁰⁵ ONU Asamblea General, *Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, art. 3.

¹⁰⁶ Pese a que en el Ecuador existe una clasificación bipartita de las infracciones penales (delitos y contravenciones), en general, la doctrina ha planteado una clasificación tripartita que establece tres niveles de acuerdo a su gravedad que son: a) Crímenes; b) Delitos; y c) Contravenciones. Para hacer énfasis en la gravedad de las conductas analizadas, preferentemente se utilizará la expresión *crimen*.

En este punto, es necesario mencionar que no todas las violaciones a derechos humanos constituyen un crimen internacional de violaciones a los derechos humanos. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos ha considerado que no todas las violaciones a derechos humanos constituyen un delito, sino meras violaciones a los derechos humanos como cuando, por ejemplo, se afecta a la integridad física por falta de atención médica.¹⁰⁷ En este caso, puede que nos encontremos frente a una violación a los derechos humanos que no constituya delito, pero dependiendo de la legislación interna de los estados en algunas circunstancias esto sí pudiera configurarse. Sin embargo, pese a la gravedad de la acción o de la omisión, ciertas consecuencias jurídicas como la imprescriptibilidad no pueden ser aplicadas, sino que estas se encuentran reservadas exclusivamente para casos de graves violaciones a los derechos humanos.

4. Crímenes internacionales

Las infracciones penales de carácter internacional corresponden a lo que se denomina como *crímenes de derecho penal internacional*. Así que, antes de avanzar es necesario clarificar qué abarca el derecho penal internacional. Para Gerhard Werle, “el derecho penal internacional comprende todas las normas de derecho internacional que directamente fundamentan, excluyen o de cualquier otro modo regulan una responsabilidad penal”.¹⁰⁸ Como se puede apreciar, en esta definición se establece la pertenencia de estas normas a un conjunto mayor como el derecho internacional,¹⁰⁹ pero sin establecer mayores características representativas de los crímenes derivados de esta rama jurídica.

En el mismo sentido, relacionado con el ámbito de pertenencia, Kai Ambos señala que el derecho penal internacional corresponde al “[c]onjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales”¹¹⁰ y, más adelante señala que, “se trata de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional”.¹¹¹ Por otro lado, con relación al ámbito de regulación, según la definición

¹⁰⁷ Corte IDH, “Sentencia de 19 de mayo de 2011 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Vera Vera vs. Ecuador*, 19 de mayo de 2011, párr. 79, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_226_esp.pdf.

¹⁰⁸ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* 2ª. ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2001), 78.

¹⁰⁹ Cabe recalcar que específicamente en este punto se realiza una referencia al Derecho Internacional Público.

¹¹⁰ Kai Ambos, *La parte general del Derecho Penal Internacional Bases para una elaboración dogmática* (Berlín / Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005), 34.

¹¹¹ *Ibíd.*

oficial de la Cruz Roja Internacional, el derecho penal internacional es aquel que se encarga de la definición y de la persecución de los crímenes considerados más graves para la comunidad internacional.¹¹²

Sin embargo, el señalamiento sobre la gravedad de estas conductas no ayuda con una delimitación muy precisa si sólo se considera a la gravedad como elemento en común. Si sólo tomamos en cuenta el criterio de la gravedad, cada vez existen más conductas que reclaman ser consideradas parte de este derecho penal internacional en construcción, como, por ejemplo, la piratería marítima o los actos terroristas.¹¹³ De esta manera, pese a la idea general de que toda infracción grave debe ser considerada como un crimen internacional, *sólo se podría realizar esta calificación a aquellas conductas que compartan características comunes y que rebasen el subjetivismo de la gravedad*. En tal razón, *un concepto sobre derecho penal internacional debería abarcar las características comunes del tipo de infracciones que regula*.

Ahora bien, como se puede apreciar, aunque existen algunas definiciones sobre derecho penal internacional, estas son limitadas, ya que esta rama del derecho corresponde a un ámbito jurídico nuevo. Por esto, antes de establecer una definición apropiada, es necesario verificar el horizonte de proyección de esta rama jurídica, el cual corresponde a los crímenes internacionales de violaciones a los derechos humanos. En este punto se debe señalar que, aunque, el derecho penal es el responsable de establecer las conductas prohibidas a nivel de cada estado, también existen conductas que sobrepasan los límites de las jurisdicciones nacionales que han sido establecidas a nivel internacional, ya que atacan a la dignidad de toda la humanidad en su conjunto.

Si bien es cierto que, el grado de persecución penal de estas conductas es el más elevado que existe, esta idea tampoco satisface *per se* el fundamento de este procesamiento reforzado ni de la delimitación de los crímenes agrupados en el derecho penal internacional. Así es que, más allá de la defensa de la dignidad humana, las reglas de imprescriptibilidad o de jurisdicción universal, entre otras, estas deben ser entendidas como la consecuencia y no como el fundamento de esta rama del derecho. Esto se da en razón de que existen otros crímenes de connotación internacional que pudieran tener reglas más elevadas de perseguibilidad como lo son el terrorismo, el lavado de activos, la

¹¹² ICRC Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, *Principios generales del derecho penal internacional*, párr. 1, marzo de 2014, <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/2014/general-principles-of-criminal-icrc-spa.pdf>.

¹¹³ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 80.

trata de personas o el tráfico de migrantes, los cuales constituyen crímenes transnacionales.¹¹⁴

En este sentido, para diferenciar los crímenes transnacionales de los crímenes de derecho penal internacional, se puede señalar que los primeros corresponden al crimen organizado particular¹¹⁵ y los segundos son cometidos y/u organizados, generalmente, por agentes estatales mediante el abuso de la fuerza¹¹⁶ y/o el abuso del poder¹¹⁷ de los entes públicos con facultades coercitivas a los cuales representan. También existe la posibilidad de que sean cometidos por parte de organizaciones con una capacidad suficiente para equiparar el poder del estado. Los abusos de poder referidos constituyen violaciones flagrantes a los derechos humanos, puesto que existe una desviación de 180 grados de las funciones propias que los agentes estatales deben cumplir en representación de la entidad pública bajo la cual actúan. En tal virtud, los crímenes internacionales corresponden a aquellas conductas mediante las cuales uno o varios agentes estatales u otros sujetos con similar capacidad violan derechos humanos.

En cuanto a la noción de estas violaciones, cabe destacar que normativamente, desde el punto de vista de la falta del cumplimiento a compromisos internacionales, sólo los estados violan derechos humanos.¹¹⁸ Sin embargo, se debe aclarar que, en razón de que el estado es una ficción jurídica, quienes cometen estas violaciones son los agentes estatales encargados de cumplir de forma directa las obligaciones de derechos humanos ante los ciudadanos. De esta manera, en primer término, se evidencia que es válida la conclusión de que los crímenes internacionales constituyen violaciones a los derechos humanos. No obstante, cabe destacar que, también existen casos en los que las violaciones a los derechos no constituyen delitos, pues a algunas de estas violaciones no se las ha considerado como infracciones penales por su menor grado de lesividad.

¹¹⁴ ONU Asamblea General, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, 15 de noviembre de 2000, art. 1, A/RES/55/25.

¹¹⁵ De acuerdo con el literal a) del artículo 2 de la Convención de Palermo o la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el único requisito para constituir un grupo delictivo organizado es que este tenga tres o más personas, sin embargo, no se hace referencia a la calidad de los sujetos activos. Se entiende que por lo general estos grupos están constituidos por particulares, pero en el caso de que funcionarios estatales actúen en estos grupos, los mismos no realizan un abuso del poder punitivo del estado y, por lo tanto, sus actuaciones ilícitas en estos caso no podrían ser calificadas como crímenes de estado y menos como crímenes de derecho penal internacional.

¹¹⁶ Pedro Villanueva Bogani, *Empleo razonable de las armas de fuego en el control de la seguridad pública*, 88.

¹¹⁷ Amnistía Internacional, *Uso de la fuerza Directrices para la aplicación de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley* (Madrid: Amnistía Internacional, 2015), 69.

¹¹⁸ Rainer Huhle *La violación de los derechos humanos ¿Privilegio de los Estados?*, Koaga Roneeta, accedido el 27 de julio de 2021, párr. 14, <http://www.derechos.org/koaga/iv/1/huhle.html>.

Sobre este punto, Catalina Fernández señala que existe ciertos crímenes internacionales en los cuales no existen violaciones a los derechos humanos, ya que los mismos no sólo pueden ser cometidos por parte de agentes estatales, sino que en ocasiones son cometidos por grupos organizados generalmente de índole delictivo.¹¹⁹ Esta sería una excepción válida a esta regla, sin embargo, es necesario dejar constancia que las agrupaciones que cometen este tipo de ilícitos internacionales, pese a su falta a auto obligarse a nivel internacional a respetar derechos humanos, sí pueden ser sujetos activos de este tipo de infracciones, ya que han adquirido una capacidad suficiente para equiparar su poder con el del estado en la posibilidad de cometer estos delitos, como, por ejemplo, los grupos terroristas internacionales como *Estado Islámico*.

Luego de este recorrido se verifica que, doctrinariamente, no existe una definición estricta de lo que constituye el derecho penal internacional, sino que dado su estado de construcción emergente, en su mayoría, se ha teorizado sólo sobre el derecho positivo internacional existente. Por lo tanto, en atención a los antecedentes de la presente investigación, se considera que una aproximación a una definición más precisa consiste en que el derecho penal internacional es aquella rama del derecho que estudia los crímenes de violaciones a los derechos humanos cometidos en contextos de animadversión, sistematicidad, generalidad o conflicto armado, así como las regulaciones a la respuesta judicial que deben dar los estados y la comunidad internacional ante su comisión. En la mayoría de casos, quienes los cometen son agentes estatales haciendo un uso desproporcionado e inadecuado de la fuerza del estado al que representan.¹²⁰

Prosiguiendo con la idea central, los crímenes internacionales tienen un origen basado en el derecho consuetudinario, pues han existido a lo largo de la historia de toda la civilización, pero no es sino hasta entrado el siglo XX cuando empezaron a ser considerados como tales por parte de la comunidad internacional. Ahora, sobre el origen de los crímenes internacionales en el derecho consuetudinario, cabe recalcar que estos surgen en un área especial del mismo denominado como *ius cogens*. Estas son normas de derecho imperativo que consisten en todas aquellas normas consuetudinarias que por su trascendencia y aceptación a nivel internacional, no pueden ser derogadas por ningún

¹¹⁹ Catalina Fernández Carter, *Los límites de la fuerza Mitos y verdades sobre los derechos humanos* (Santiago: La pollera, 2021), 105.

¹²⁰ Esta es una definición general que puede tener excepciones para los casos de genocidio o para los casos de conflictos armados en los que no participen agentes estatales, las cuales serán abordadas en líneas posteriores. En este caso se hace referencia no sólo a la fuerza para el control del orden público, sino a la fuerza en sentido amplio, es decir, se incluye también la fuerza militar.

acuerdo,¹²¹ es decir, forman parte del núcleo duro del derecho internacional de los derechos humanos.

Estas normas de *ius cogens* tienen la característica de ser *erga omnes*, lo cual significa *con relación a todos* o *respecto a todos*, contrario a las normas *inter partes* que sólo vinculan a las partes contratantes. En tal virtud, este efecto implica que una norma de *ius cogens* se convierte en vinculante para todos los estados y para todas las organizaciones internacionales, incluso sobre cualquier otra norma jurídica, por lo tanto, su aplicación es obligatoria y sin excusas de ninguna naturaleza. Esta súper normatividad y sus principios juegan un papel similar al de las normas constitucionales en los sistemas jurídicos de cada estado, en donde ninguna norma puede estar por sobre las normas constitucionales, y de acuerdo a nuestro sistema, ninguna norma puede estar en contra del ejercicio de los derechos.

Con el paso del tiempo y luego de un gran cúmulo de discusiones, varias de estas normas se instrumentalizaron, siendo la de mayor relevancia el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer órgano con jurisdicción universal. Esta corte constituye el primer órgano de jurisdicción supranacional, la cual tiene como función la investigación y el juzgamiento de los crímenes internacionales descritos en el Estatuto de Roma mediante la asignación de responsabilidades penales individuales. Sin embargo, la principal característica de este organismo es su naturaleza *subsidiaria* a las jurisdicciones nacionales.¹²² Esto quiere decir que su competencia se activa únicamente con relación a aquellos crímenes que no hayan sido investigados ni juzgados en los estados en donde se cometieron o cuando en dichos territorios no existan mecanismos legales eficaces para este fin, ya sea por motivos jurídicos o por motivos políticos.

Según la convención citada, se señala que los crímenes internacionales son aquellos que se consideran como los crímenes de más grave trascendencia para la comunidad internacional.¹²³ Con esto volvemos a una definición no muy específica. Sin embargo, la lectura integral de este instrumento internacional otorga un contexto más concreto al establecer cuáles son los crímenes considerados como los más graves, pero, además, señala la connotación de los mismos en razón a su masividad y a su lesividad por atender contra la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.¹²⁴ Por esta razón se

¹²¹ ONU Asamblea General, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, num. 53.

¹²² Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 141.

¹²³ ONU Asamblea General, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 17 de julio de 1998, art. 5, A/CONF.183/9.

¹²⁴ *Ibíd.*, preámbulo, inc. 3.

señala que, “los crímenes contra el derecho internacional se dirigen contra la intereses de la comunidad internacional en su conjunto”.¹²⁵

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 5 del Estatuto de Roma, se establece la existencia de cuatro crímenes internacionales sobre los cuales la Corte Penal Internacional tiene competencia. Como se ha señalado, tuvieron que pasar varios años e incluso décadas para que los estados acuerden qué conductas podrían ser calificadas como crímenes internacionales. De acuerdo al instrumento jurídico referido, estos son los siguientes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; y, d) El crimen de agresión.¹²⁶ Pese al señalamiento de sólo cuatro crímenes, cada uno de estos puede expresarse de diversas maneras y a través de varias sub - conductas, las cuales tienen varios elementos en común mediante los que se expresan los abusos de poder.

Sin embargo, el desarrollo del derecho penal internacional no ha llegado sólo hasta este punto, puesto que los crímenes provenientes del derecho penal internacional deben ser juzgados en primera instancia en los estados en los cuales fueron cometidos. Así, la Corte Penal Internacional “[...] no está concebida como una corte penal mundial con competencia universal, sino como un tribunal emergente y de reserva”.¹²⁷ En tal virtud, la obligación de juzgar no la posee únicamente la Corte Penal Internacional, sino que son los estados, a través de los tribunales nacionales los que tienen la obligación de aplicar este derecho penal internacional a nivel interno cuando se presenten estas conductas.

En algunos de estos casos, este juzgamiento se lo realiza “[...] mediante la aplicación del derecho penal nacional”,¹²⁸ es decir, mediante la aplicación de normas sustantivas con tipos penales locales que contengan los mismos elementos objetivos que los descritos en el Estatuto de Roma. Esto se da cuando no se ha producido un proceso de adecuación de la normativa internacional a la normativa local. Sin embargo, con relación a las normas procesales que permiten su persecución penal, se procede a aplicar normativa internacional en conjunto con los procedimientos locales. Este ejercicio también se lo realiza con relación a la limitación de los beneficios penitenciarios que pudiesen aplicarse con la finalidad de dejar estos crímenes en la impunidad.

Finalmente, pese a su falta de inclusión en el Estatuto de Roma, se puede señalar la existencia otro tipo de crímenes que comparten características comunes de esta familia penal, empero estas conductas no se expresan de forma masiva o contextual, sino que lo

¹²⁵ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 135.

¹²⁶ ONU Asamblea General, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, art. 5.

¹²⁷ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 161.

¹²⁸ *Ibíd.*, 220.

hacen de forma aislada y sin ningún elemento político directo de por medio, pero a través de la misma dinámica de abuso de poder y de violación a los derechos humanos. Para una mejor comprensión, a continuación se procederá a analizar cada uno de estos crímenes para posteriormente establecer las semejanzas y las diferencias con los casos de graves violaciones a los derechos humanos con la particularidad de que para realizar una mejor agrupación, de ahora en adelante, se denominará a todos estos crímenes como *crímenes provenientes del derecho penal internacional*.

4.1. El genocidio

Este término constituye un neologismo que fue creado por el jurista polaco de origen judío, Raphael Lemkin. Esta palabra se estructura con el prefijo griego *genos*¹²⁹ que se entiende como pueblo, raza o tribu y el subfijo latino *cidio* (aniquilamiento). Así el crimen de genocidio consiste en “el exterminio planificado y sistemático de grupos enteros de personas [...]”.¹³⁰ Este crimen constituye la primera conducta proveniente de derecho penal internacional sobre el cual hubo acuerdo por parte de la comunidad mundial para determinar su prohibición y sanción, pues fue considerado como un hecho criminal a partir de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio del 9 de diciembre de 1948.

Según el artículo 2 de la convención citada, en concordancia con el artículo 6 del Estatuto de Roma, son punibles los actos realizados con la intención de aniquilar total o parcialmente a un grupo que comparta características en común, como, por ejemplo, ser parte de un mismo grupo nacional, un mismo grupo étnico, un mismo grupo racial o un mismo grupo religioso. Estos actos se expresan a través de: a) La matanza de los miembros del grupo; b) La lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) El sometimiento a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física; d) Las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno de dichos grupos; y, e) El traslado por la fuerza de niños fuera del grupo.¹³¹

El crimen de genocidio “[e]s el que cuenta con el reconocimiento y la condena quizás más universales, pues, además de ser objeto de una prohibición de *ius cogens*, está

¹²⁹ Daniel Feierstein, *El genocidio como práctica social*, 33.

¹³⁰ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 410.

¹³¹ ONU Asamblea General, *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, 09 de diciembre de 1948, art. 2, 260 A (III); ONU Asamblea General, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, art. 6.

previsto prácticamente por todos los ordenamientos jurídicos del mundo.¹³² A nivel nacional, antes del año 2014, este delito no se encontraba tipificado en la legislación interna, pero en atención al proceso de adaptación de la normativa local a las normas convencionales, este delito se tipificó en el artículo 79 del Código Orgánico Integral Penal. Sin embargo, podemos apreciar algunas diferencias sustanciales, entre estas, la principal se refiere al asimilar este delito al delito de lesa humanidad, en especial, al introducir el término generalizado, lo cual podría tener inconvenientes al momento de valorar el elemento de parcialidad en casos en los que exista una sola víctima.¹³³

Otra crítica que se puede señalar es que, aunque la comisión de este delito implica un cierto grado de sistematicidad en ciertos casos, no se ha incorporado los casos de instigación ni los casos de organización criminal como una infracción autónoma. Así mismo, en la redacción del tipo se elimina la categoría de protección racial como tal, pues posiblemente se la asimiló con la de categoría étnica. Respecto de los sujetos pasivos calificados, se aprecia la incorporación de una nueva categoría protegida como los grupos políticos. Y si bien es cierto que, nada impide que los estados amplíen el ámbito de protección de las normas al momento de incorporarlas directamente a la esfera local, se debe tener cuidado de no restringir la protección de las normas internacionales en su conjunto.

4.2. Los crímenes de lesa humanidad

En relación con el concepto de lesa humanidad, se puede señalar que esta figura jurídica también es relativamente nueva dentro de la historia del derecho, puesto que nació a mediados del siglo XX, pese a que su origen se remontaría a varios siglos atrás como una forma de abuso del poder coercitivo ejercida con objetivos políticos de dominación y control. A nivel internacional, los orígenes de los crímenes de lesa humanidad datan de la Carta del Londres del 6 de octubre de 1945, mediante la cual se expidió el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg.¹³⁴ En este documento legal se incorporó por primera vez el término de crímenes contra la

¹³² Elena Maculan, “La contribución iberoamericana al debate sobre la ampliación de los grupos protegidos en el delito de genocidio”, en *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, coords. Héctor Olasolo y Pilar Eirene de Prada (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 225.

¹³³ ONU Asamblea General de los Estados parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes*, 10 de septiembre de 2002, art. 6, ICC-ASP/1/3.

¹³⁴ Este documento fue ratificado 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.

humanidad,¹³⁵ los cuales agrupaban varias de las conductas que hoy se denominan como crímenes de lesa humanidad.

Según Gerhard Werle, los crímenes de lesa humanidad “[s]on delitos masa que se cometen contra una población civil”,¹³⁶ es decir, que según esta perspectiva se toma en cuenta la masividad o la cantidad de víctimas para catalogar a una o varias conductas como un crimen de lesa humanidad. Esto se produce debido a la connotación especial de este tipo penal, ya que tiene varias formas de expresarse y, si se cometen dentro del contexto señalado, estas conductas pasan a considerarse como delitos de lesa humanidad. Excepcionalmente, pueden existir casos en los que no exista esta masividad, pero por la lesividad de los hechos y el mensaje emitido con el crimen, se pueda configurar un delito de lesa humanidad por la trascendencia del acto.¹³⁷

El establecimiento del término lesa humanidad se dio de forma vinculante por primera vez en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad del 26 de noviembre de 1968. Lo trascendental de esta convención, como su nombre lo indica, es el establecimiento de la imprescriptibilidad de estas conductas en cualquier tiempo que hayan sido cometidos, incluso en aquellos casos que no fuesen considerados como antijurídicos en el Estado donde se cometieron.¹³⁸ Esto quiere decir que no es necesaria la existencia de un tipo penal interno con la misma denominación para sancionar estos hechos y perseguirlos judicialmente sin los límites de la prescripción, sino que se pueden utilizar tipos penales internos con los mismos elementos objetivos para sancionarlos.

Finalmente, luego de largas discusiones, tras tres décadas se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, el cual tipificó el crimen de lesa humanidad en su artículo 7. Según la norma citada, se señala que los crímenes de lesa humanidad son aquellos actos que se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.¹³⁹ Lo

¹³⁵ ONU Asamblea General, *Estatuto del tribunal militar internacional de Núremberg (Carta de Londres)*, art. 6.

¹³⁶ Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 462.

¹³⁷ Así por ejemplo, han existido casos que por su trascendencia y por formar parte de un plan estatal han sido considerados como crímenes de lesa humanidad. Entre estos tenemos el caso del sacerdote Oscar Romero, quien fue ejecutado en El Salvador en el año de 1980 por parte del gobierno de la Junta Revolucionaria de Gobierno. - Ecuador Comisión de la Verdad, *Informe de la Comisión de la Verdad Sin verdad, no hay Justicia*, t. 2 Crímenes de lesa humanidad, 338.

¹³⁸ ONU Asamblea General, *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, 26 de noviembre de 1968, art. 1, A/RES/2391.

¹³⁹ ONU, *Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional*, art. 7.

particular de este crimen es que puede expresarse a través de diversas conductas establecidas en los once literales de este artículo, las cuales son las siguientes:

a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género [...]; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; y, k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.¹⁴⁰

En el Ecuador, antes del 10 de agosto de 2014, únicamente se aplicaba lo establecido por el artículo 2 de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad en concordancia con otras convenciones de derechos humanos, el derecho internacional consuetudinario y los tipos penales con los mismos elementos objetivos de las subconductas a través de los cuales se los había cometido. A partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, se procedió a incorporar este tipo penal de la siguiente forma:

Son delitos de lesa humanidad aquellos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil por parte del Estado o una organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia: 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.¹⁴¹

Con relación a los elementos primarios de esta conducta, tanto a nivel internacional como a nivel local, se ha establecido que los delitos de lesa humanidad consisten en ataques sistemáticos y/o generalizados cometidos en contra de una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Antes de desglosar estos elementos, se debe señalar que, pese a que se puede realizar un análisis individual de los mismos, estos guardan una profunda interrelación. En el primer elemento que se refiere al ataque “[s]e presenta una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos violatorios a

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 89, reformado.

las leyes de la humanidad [...]”.¹⁴² Como se aprecia desde el inicio existe una referencia a las conductas subyacentes como base para el delito de lesa humanidad, pero con una naturaleza colectiva contextual.

Esta naturaleza se expresa a través de dos posibilidades que son la generalidad y la sistematicidad. La generalidad corresponde al elemento cuantitativo del delito, por lo que, “este término se refiere a la cantidad de víctimas que implica la realización del ataque”.¹⁴³ En cuanto al término sistematicidad, este hace referencia a la planificación del ataque, la cual deberá entenderse como una determinada “[l]ínea de conducta”¹⁴⁴ establecida mediante “[l]a política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque”.¹⁴⁵ Así, “[l]a característica de sistemático se refiere a la naturaleza organizada de un patrón evidente, es decir, la repetición no accidental de una conducta delictiva similar y la improbabilidad de su acaecimiento fortuito”.¹⁴⁶

En cuanto al tercer elemento, este se refiere al sujeto pasivo del delito, la sociedad civil. Este concepto proviene del derecho internacional humanitario que señala que son civiles todas aquellas personas que no forman parte de una fuerza armada y que no participan de hostilidades.¹⁴⁷ En este caso, sólo se señala la procedencia del término sin señalar de ninguna manera que deba existir un contexto de conflicto armado como requisito para la configuración de un crimen de lesa humanidad, ya que en este caso lo importante es que este crimen puede cometerse contra la población civil, en general, sin necesidad de agruparla en una categoría protegida más específica como en el caso del crimen de genocidio. Sin embargo, cabe destacar que los crímenes de lesa humanidad pueden cometerse tanto en casos de conflicto armado como en tiempos de paz.

El último elemento es el conocimiento de dicho ataque de parte del sujeto activo, tanto de quienes ejecutan el ataque como quienes lo planifican. Este elemento es conocido

¹⁴² Ecuador Comisión de la Verdad, *Informe de la Comisión de la Verdad: Sin verdad no hay justicia*, t. 2, *Crímenes de lesa humanidad*, 328.

¹⁴³ *Ibíd.*, t. 2, 332.

¹⁴⁴ ONU Asamblea General de los Estados parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes*, art. 7.3.

¹⁴⁵ *Ibíd.*

¹⁴⁶ Ecuador, *Informe de la Comisión de la Verdad Sin verdad, no hay Justicia*, t. 2, *Crímenes de lesa humanidad*, 337.

¹⁴⁷ ONU Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados, *Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales*, 8 de junio de 1977, arts. 43, 44 y 50; ONU Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados, *Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales*, 8 de junio de 1977, art. 13.

dentro del sistema anglosajón como *mens rea*, es decir, el elemento subjetivo del tipo penal, el cual en nuestro sistema penal se expresa como dolo. En este caso únicamente se aborda los aspectos de la intención y de la voluntariedad que deben manifestarse de forma directa y no en forma accidental. No obstante, en este caso nos encontramos ante un elemento *sui generis*, puesto que no es necesario que el sujeto activo conozca a detalle todos los componentes de dicho ataque.¹⁴⁸ Esto se da por la participación compleja que pueden llegar a tener estos crímenes en los cuales, los autores mediatos conocen del plan común y los autores fungibles conocen de las acciones en concreto a ejecutarse.

Luego de abordar los elementos generales, se puede apreciar hay algunas diferencias importantes entre ambos instrumentos. En primer lugar, en la legislación local existe una ampliación directa de las personas que pueden clasificarse como sujetos activos calificados, al señalarse la posibilidad de que este delito sea cometido por los miembros de una organización política. En segundo lugar, existe una referencia de habilitación directa para la participación del *extra neus*,¹⁴⁹ quien también participa como un sujeto activo calificado por aquiescencia. Por último, se puede apreciar que el tipo interno recoge menos manifestaciones de este delito, pues de once se baja a sólo ocho posibilidades de manifestación de la conducta con lo que se aprecia un erróneo proceso de adaptación de las obligaciones internacionales a la normativa nacional.

4.3. Los crímenes contra el derecho internacional humanitario

Los crímenes de guerra constituyen aquellos crímenes que se cometen en contra de las personas o de los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario durante un conflicto armado. Esta rama del derecho es de las más antiguas, ya que la guerra ha sido propia a la historia de la humanidad y fue necesario el establecimiento de reglas de respeto aceptadas de manera recíproca que pasaron a conformar el derecho consuetudinario sobre los conflictos armados. Este derecho también denominado como “[i]us in bello no prohíbe ni permite los conflictos armados –tanto internacionales como

¹⁴⁸ ONU Asamblea General de los Estados parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes*, art. 7.2.

¹⁴⁹ En los delitos que exigen la presencia de un sujeto activo calificado, el *extra neus* es la persona que no cumple con los requisitos para cometer dicho delito de forma inicial, pero participa del cometimiento de la infracción junto a un sujeto activo calificado que le extiende dicha calificación por extensión.- María Soledad Ramírez Morales, La responsabilidad del *extra neus* en el marco de los delitos especiales. Una visión del principio de unidad de título de imputación, *Ciencia Jurídica* 9, n.º 17: 57-8.

internos– sino que, frente a su desencadenamiento, se aboca al fin de humanizarlos y limitar sus efectos a los estrictamente necesarios”.¹⁵⁰

Con el objetivo de alcanzar la finalidad señalada, estas normas establecen la diferencia entre las personas combatientes, quienes se rigen bajo el *ius ad bellum* o derecho de guerra, y aquellas personas que no participan en las hostilidades. También se establecen restricciones a los medios de combate que se pueden aplicar en caso de un conflicto armado. A su vez, los conflictos armados se diferencian entre conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales. Luego de una larga evolución, este derecho se positivizó con amplia aceptación a través de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus tres protocolos adicionales. Sin embargo, en atención a la denominada cláusula Martens, en relación con cualquier aspecto que no esté reglado, se aplicarán siempre las normas de humanidad provenientes del derecho consuetudinario.

Este derecho alcanzó su máxima expresión cuando fue incorporado al Estatuto de Roma para que su investigación y juzgamiento sea competencia de la Corte Penal Internacional como un crimen internacional. De acuerdo con el artículo 8 de la norma citada, son considerados como crímenes de guerra aquellas infracciones graves a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y, las infracciones graves de las leyes y costumbres aplicadas en los conflictos armados independientemente de que los conflictos armados sean internacionales o no internacionales, es decir, locales. Estas infracciones son competencia del órgano internacional referido, en especial, cuando sean sistemáticas y generalizadas.

En este punto, cabe destacar que no todo hecho de grave conmoción interna en el cual existan enfrentamientos armados constituye un conflicto armado, ya que el uso de armas no es la única característica distintiva de una guerra en términos jurídicos, sino que es necesario la conjunción de varias características, como la temporalidad sostenida de los enfrentamientos, los participantes, el control territorial, el grado de la fuerza o violencia utilizada y, sobre todo, la organización jerárquica de los combatientes. Esto se debe a que, las normas del Derecho Internacional Humanitario “no se aplicará[n] a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos que no son conflictos armados”.¹⁵¹

¹⁵⁰ Elizabeth Salmón, *Introducción al derecho internacional humanitario*, 3ª. ed. (Lima: IDEHPUEP / CICR, 2012), 27.

¹⁵¹ ONU, *Protocolo Adicional II a los convenios de ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales*, art. 1.2.

A nivel interno, los crímenes contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario se encuentran tipificados en el Código Orgánico Integral Penal de los artículos 111 al 139. Estos tipos penales se encuentran vigentes desde el 10 de agosto de 2014 y fueron incorporados como parte del proceso de implementación de la normativa internacional a las normas locales. Si bien es cierto que, no han existido conflictos armados en el Ecuador desde el año de 1995, la naturaleza no auto ejecutiva de las normas del derecho internacional humanitario obliga a realizar la incorporación de estas normas en las legislaciones nacionales en tiempos de paz con la finalidad de poder adelantar los procesos educativos relacionados.¹⁵²

4.4. El crimen de agresión ilegítima

En un principio, el crimen de agresión fue considerado como parte de las conductas que serían competencia de la Corte Penal Internacional desde su inicio. No obstante, esto no fue posible, ya que este crimen no fue definido al momento de suscribir el Estatuto de Roma por la falta de acuerdo de los estados suscriptores, tal como lo señalaba el numeral 2) del artículo 5 de la norma citada. No fue hasta 12 años después, en la conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional llevada a cabo en Kampala – Uganda del 31 de mayo al 11 de junio de 2010, a través de la resolución RC/Res.6 que se acordó que por agresión se entenderá a “[e]l 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”,¹⁵³ dando así contenido a este tipo penal internacional.

Este crimen también puede cometerse a través de siete subconductas que fueron establecidas en la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1974. Estas conductas se expresan a través de actos de ocupación, bombardeo o bloqueo de puertos, independientemente de la existencia de una declaratoria de guerra, por lo que se entiende que son reglas que se han desarrollado como parte del *ius ad bellum*. El crimen de agresión se encuentra tipificado a nivel nacional en el artículo 88 del Código Orgánico Integral Penal, pero sólo con el establecimiento de la conducta general sin señalar ninguna de sus manifestaciones.

¹⁵² Salmón, *Introducción al derecho internacional humanitario*, 43-4.

¹⁵³ ONU, *Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional*, art. 5.2 reformado.

4.5. Las graves violaciones a los derechos humanos

Para empezar con la discusión, en primer lugar, se debe señalar que no existe ningún documento jurídico ni doctrinario que establezca una definición de lo que constituye una grave violación a los derechos humanos. Así, en uno de los pocos documentos especializados de investigación sobre esta temática se ha señalado que este término no cuenta con una definición oficial ni uniforme y que tampoco se ha establecido un método determinado para caracterizarlas de acuerdo con el rol que juegan los distintos factores relacionados.¹⁵⁴ En tal virtud, es necesario realizar un análisis deductivo que permita establecer la existencia de esta categoría jurídica y su ubicación en el ordenamiento jurídico.

Según como ya se ha señalado previamente, existen ocasiones en las cuales, algunos de los abusos de poder que se configuran como crímenes provenientes del derecho penal internacional se producen de forma aislada. Es decir, que estos crímenes no forman parte de un ataque generalizado y/o sistemático a la sociedad civil o un ataque a una categoría protegida con la finalidad de exterminarla, así como tampoco trasciende el uso de la fuerza militar entre estados o grupos armados no estatales para determinar su existencia pero, que violan gravemente derechos humanos. Estas conductas no corresponden *per se* al ejercicio de políticas públicas o planes oficiales de parte de las fuerzas de seguridad de los estados como líneas de conducta, sino que se presentan como el uso irracional e ilegítimo de la fuerza y/o de las armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y/ o de otras personas que actúen con su aquiescencia con lo cual se produce una violación de derechos humanos pertenecientes al *ius cogens*.

Estos casos son conocidos como *graves violaciones a los derechos humanos*¹⁵⁵ y corresponden a una nueva categoría de crímenes provenientes del derecho penal internacional en sentido amplio, puesto que comparten características comunes con las conductas previamente analizadas. Generalmente, este término es utilizado para referirse a los casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas o torturas. Entonces, si comparten características comunes, si tienen un mismo origen¹⁵⁶ y si las normas para

¹⁵⁴ Takhmina Karimova, "What amounts to 'a serious violation of international human rights law'? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty", *Academy Briefing*, n.º 6 (2014): 11, <https://www.geneva-academy.ch/search?search=what+amount>.

¹⁵⁵ Denominación acuñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁵⁶ En sentido amplio, este origen se refiere a la necesidad de frenar los abusos estatales y la necesidad de evitar la impunidad a través de todo el sistema jurídico estructurado a partir de la Segunda Guerra Mundial.

su persecución penal primaria¹⁵⁷ son las mismas, se puede afirmar que también forman parte del derecho penal internacional. Sin embargo, por lo novísimo de este derecho que aún se encuentra en pleno desarrollo, no ha existido un análisis profundo sobre el tema que sustente esta tesis. Sin embargo, se considera pertinente esta agrupación, ya que, incluso las conductas sancionadas por el derecho penal internacional positivo tomaron un tiempo considerable en acordarse, pese que las normas de *ius cogens* las prohibían desde hace varias décadas.

El problema con esta categoría jurídica, más allá de su falta de inclusión en un instrumento internacional que incorpore dicha denominación y los crímenes que se desprenden de la misma, se relaciona con la libre utilización de este término, el cual es usado para referirse a varios ámbitos. Así, se puede encontrar su uso tanto para referirse a esta nueva categoría jurídica, como para referirse a todos los crímenes provenientes del derecho penal internacional y, en algunos casos, inclusive, a otras violaciones a los derechos humanos.¹⁵⁸ Así como no existe una definición oficial, “[s]u contenido no ha sido formalmente determinado (como en un catálogo de derechos)”¹⁵⁹ en una fuente positiva. De lo anterior, se desprende que no se haya favorecido una sistematización metodológica, sino que sólo se siga tomando como punto central el mayor impacto que generan ciertas violaciones a los derechos humanos para agruparlas en este conjunto.

Con la finalidad de establecer el origen de este término y una mejor aproximación a su significado jurídico es necesario señalar que, adicional al término *graves* también se han utilizado los términos *flagrantes*, *serias* o *manifiestas* para identificar a esta categoría jurídica.¹⁶⁰ En tal virtud, pese a la utilización preferencial del término *graves*, todos estos

¹⁵⁷ Al referir el término persecución penal primaria se hace referencia a las normas penales internas de cada estado, los cuales de acuerdo con el principio de complementariedad no deben esperar la intervención de órganos internacionales cuando se produce este tipo de crímenes, sino que deben proceder con su persecución penal al interno en primera instancia y solo cuando el estado no quiera o no pueda, se debe acudir ante organismos internacionales.

¹⁵⁸ Adrián Lengua Parra y Victor Ostolaza Seminario, “Enemistad Aparente: La Tensión Entre el Concepto de Graves Violaciones de Derechos Humanos de la Corte Interamericana con el Derecho Penal”, *Derecho PUCP*, n.º 84 (mayo 2020): 237 - 8, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.008>. - En este sentido los autores citan como graves violaciones a los derechos humanos a la esclavitud basados en la sentencia del caso *Trabajadores de la hacienda Brasil Verde vs.*, sin embargo, en este caso, este delito no es cometido por un exceso del poder punitivo del estado y la imprescriptibilidad a la que se refiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se da en atención a su pertenencia al Derecho Penal Internacional. Corte IDH, “Sentencia de 20 de octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Trabajadores de Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, 20 de octubre de 2016, párr. 412, [seriec_318_esp.pdf\(corteidh.or.cr\)](http://seriec_318_esp.pdf(corteidh.or.cr)).

¹⁵⁹ Takhmina Karimova, “What amounts to ‘a serious violation of international human rights law’?”, 11; traducción del autor.

¹⁶⁰ Juan Pablo Albán, “Las graves violaciones a los derechos humanos como categoría jurídica”, *Pro Homine*, 3 de noviembre de 2013, párr. 6, <https://prohomine.wordpress.com/2013/11/03/las-graves-violaciones-a-los-derechos-humanos-como-categoria-juridica/>.

términos pueden utilizarse como sinónimos. Sin embargo, el término *graves* en español y el término *gross* en inglés han sido los términos preponderantes en varios instrumentos internacionales y en los pocos documentos doctrinarios que se han dedicado a analizar el uso de esta denominación y sus implicaciones. De esta manera, se puede señalar que durante el desarrollo histórico del término, este ha tenido una utilización basada en señalar la gravedad de las violaciones para establecer un rango superior de lesividad con relación a otras violaciones a los derechos humanos.

El primer registro del término *graves* en un instrumento internacional se remonta a los Convenios de Ginebra de 1949 al referirse a la obligación de las partes suscriptoras de establecer sanciones, investigar y procesar a los responsables de casos de graves infracciones cometidas en contra de las personas y bienes protegidos por estos instrumentos internacionales. Esta disposición es común a los cuatro Convenios de Ginebra, las cuales se ubican en el artículo 49 del primer convenio, en el artículo 50 del segundo convenio, en el artículo 129 del tercer convenio y en el artículo 146 del cuarto convenio.¹⁶¹ En este caso, dichas normas corresponden al derecho internacional humanitario, las cuales deben respetarse en todos los conflictos armados de orden internacional o de orden no internacional.

Por su parte, el término de *graves violaciones a los derechos humanos* es un término con escasos años de creación, el cual empezó a utilizarse en documentos oficiales de la Organización de Naciones Unidas desde el año de 1967 con la denominación de *gross violations*¹⁶² por su referencia en inglés o más específicamente *consistent pattern of gross violations of human rights*, es decir, un patrón consistente de graves violaciones a los derechos humanos.¹⁶³ Sin embargo, no se estableció ningún tipo de definición sobre las mismas, sino que este término sólo fue utilizado de manera explicativa para autorizar a la Comisión de Derechos Humanos¹⁶⁴ y a su Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías¹⁶⁵ a analizar los casos de violaciones a

¹⁶¹ El artículo 50 del Primer Convenio de Ginebra de 1949, el artículo 51 del Segundo Convenio de Ginebra de 1949, el artículo 130 del Tercer Convenio de Ginebra de 1949 y el artículo 147 del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 establecen las conductas a las que se refieren estas graves infracciones.

¹⁶² ONU Consejo Económico y Social, *Informe de la situación de las violaciones a los derechos humanos y las libertades fundamentales; incluidas las políticas de discriminación, segregación racial y de apartheid, en todos los países, con especial referencia a las colonias, países y territorios dependientes*, 06 de junio de 1967, num. 2, Resolución 1235 (XLII).

¹⁶³ Resolución 8 (marzo 1967) Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

¹⁶⁴ La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fue extinta y actualmente ha sido reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos con fecha 15 de marzo de 2006.

¹⁶⁵ La Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías fue una comisión de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Esta instancia

derechos humanos relacionados con procesos masivos de discriminación que no habían sido atendidos en la Secretaría General de las Naciones Unidas a esas fechas.¹⁶⁶

Entre estas violaciones se encontraban los actos provenientes de la aplicación de la política de apartheid en Sudáfrica y la discriminación racial sistemática que se practicaba en la ex Rodesia del Sur.¹⁶⁷ De esta manera, se aprecia que, en este momento no existía ninguna referencia a una categoría jurídica específica, sino que, sólo se había dado una respuesta a un grupo de violaciones a los derechos humanos que coyunturalmente se consideraban graves en ese momento histórico. Sin embargo, como sugirió Cecilia Medina Quiroga en una primera aproximación, estas violaciones a los derechos humanos corresponden al ejercicio de políticas gubernamentales que favorecen el ejercicio del poder, pero que afectan a los sectores más vulnerables de una sociedad en forma amplia y consistente,¹⁶⁸ aunque no necesariamente se refieran a crímenes provenientes del derecho penal internacional.

Este trabajo de análisis continuó por parte de varios estamentos de la Organización de las Naciones Unidas por varias décadas en las que se emitieron algunos instrumentos y algunas propuestas relacionadas. En el año de 1985, en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abusos de Poder, el término gravedad fue utilizado para referirse a crímenes de estado, crímenes políticos u otros abusos de poder.¹⁶⁹ En este documento se señala la existencia de estos abusos de poder, principalmente, cuando los mismos violen a su vez normas de derecho penal y de derecho internacional de los derechos humanos. Además, se incorpora la obligación de una indemnización de parte del estado cuando sean funcionarios estatales en su representación directa o indirecta quienes sean los responsables de estos actos.

Entre otros documentos de trascendencia, se puede citar la Declaración y el Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 en la que se acordó que:

se encuentra extinta a la presente fecha como otros estamentos, pero su trabajo ha sido asumido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

¹⁶⁶ Juan Pablo Albán, “Las graves violaciones a los derechos humanos como categoría jurídica”, párr. 6.

¹⁶⁷ Rodesia del Sur se independizó del Reino Unido en 1980 y pasó a denominarse República de Zimbabue.

¹⁶⁸ Cecilia Medina, *The battle of human rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System* (Utrecht: Martinus Nijhoff, 1988): 2; traducción del autor.

¹⁶⁹ ONU Asamblea General, *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abusos de Poder*, 29 de noviembre de 1985, num. 1, RES40/34.

La Declaración de Viena condenó las *graves* y *sistemáticas* violaciones de los derechos humanos que seguían ocurriendo en muchas partes del mundo. Puso de relieve violaciones como la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, las ejecuciones sumarias y arbitrarias, las desapariciones y las detenciones arbitrarias. Señaló en especial todas las formas de racismo, discriminación racial y apartheid, ocupación y dominio extranjeros y xenofobia. Subrayó la pobreza, el hambre, la intolerancia religiosa, el terrorismo y la incapacidad de mantener el imperio de la ley.¹⁷⁰

En este documento se puede apreciar un catálogo mayor de violaciones a derechos humanos responsabilidad de los estados que fueron señaladas como *graves*, pero adicional a dicha calificación, se incorporó de forma expresa el término *sistemático*, es decir, que ambos calificativos debían confluír a estas violaciones para poder ser contempladas dentro de esta agrupación según el acuerdo de esta conferencia. Pese a que, es indiscutible la gravedad de estas conductas, a dicha fecha no existía una mayor discusión sobre que las graves violaciones a los derechos humanos necesariamente también deben pertenecer al ámbito del derecho penal, sino que sólo se las abordaba desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos. Además, aunque existían varios proyectos en análisis, no se había definido con claridad las conductas que pasarían a formar parte de un código penal internacional en proyecto a esta fecha y los elementos de las mismas eran utilizados de forma indiscriminada.

Paralelamente, el 02 de julio de 1993, Theo van Boven, Relator Especial de la extinta Comisión de Derechos Humanos presentó su Estudio Relativo al Derecho de Restitución, Indemnización y Rehabilitación a las Víctimas de Violaciones Flagrantes a los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Este informe tomaba en cuenta, en primer lugar, el derecho de “[r]estitución, indemnización y reparación de la víctimas de violaciones flagrantes a los derechos humanos y las libertades fundamentales”¹⁷¹ y, en segundo lugar, la necesidad de establecer un recurso efectivo¹⁷² que evite la impunidad de este tipo de conductas.¹⁷³ Algunas de las fuentes para este trabajo fue el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, los Convenios de

¹⁷⁰ ONU Conferencia Mundial de Derechos Humanos, “Introducción”, en *Declaración y el Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, 25 de junio de 1993, párr. 6.

¹⁷¹ ONU Comisión de Derechos Humanos, *Estudio Relativo al Derecho de Restitución, Indemnización y Rehabilitación a las Víctimas de Violaciones Flagrantes a los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, 2 de julio de 1993, num. 6, E/CN.4/Sub.2/1993/8.

¹⁷² *Ibíd.*, num. 26.

¹⁷³ *Ibíd.*, num. 126.

Ginebra y la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.

Este trabajo sirvió para que, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005 dictará los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones. Este instrumento internacional recoge a los tratados internacionales, al derecho internacional consuetudinario y al derecho interno de cada estado como fuente conjunta y ponderada de obligaciones. Además, establece entre sus principales conceptos el derecho a la reparación integral y la obligación de investigar y, de ser pertinente, juzgar y sancionar a los perpetradores de este tipo de casos, así como herramientas para la investigación penal de este tipo de violaciones a los derechos humanos, entre las que consta principalmente la imprescriptibilidad de dichas conductas.

Finalmente, la denominación de la categoría jurídica de *graves violaciones a los derechos humanos*, acompañada de efectos jurídicos propios en el ámbito internacional y en el ámbito penal, fue utilizada por primera vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el párrafo 41 de la sentencia del caso Barrios Altos vs. Perú (Fondo) de fecha 14 de marzo de 2001, el cual señala lo siguiente:

Esta Corte considera que *son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas*, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹⁷⁴

Esta sentencia marcó un hito en el derecho internacional de los derechos humanos al reconocer el mismo nivel de protección para los todos los casos de graves violaciones a derechos humanos cometidos por el uso excesivo y/o arbitrario de la fuerza por parte de agentes estatales que violen derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional. De esta forma, no sólo los casos de torturas, ejecuciones sumarias y las desapariciones forzadas cometidas como parte de crímenes de guerra o de crímenes de

¹⁷⁴ Corte IDH, “Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo)”, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, 14 de marzo de 2001, párr. 41, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf; énfasis añadido.

lesa humanidad podrían ser investigados y juzgados como parte de una categoría especial, sino también aquellos que hayan sido cometidos fuera de estos contextos, en atención a que también revisten responsabilidad estatal por la obligación de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley o de terceras personas que actúen con su aquiescencia de no atentar contra los derechos humanos.¹⁷⁵ A partir de este momento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos empezó a utilizar esta terminología para otros casos similares e incluso creó toda una línea jurisprudencial al respecto.¹⁷⁶

Pese a esto, las referencias a estas conductas denominadas como graves violaciones a los derechos humanos son, en realidad, insipientes y tienen un casi nulo desarrollo doctrinario, a tal punto que, en algunas ocasiones son utilizadas como un concepto genérico y en otras ocasiones como un particular. En contraposición de lo expuesto hasta aquí, se ha señalado que la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derecho Humanos no es totalmente clara e incluso puede llegar a ser confusa.¹⁷⁷ Esto se debería a que en un momento determinado dicho organismo apostó por calificar determinadas conductas como casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma generalizada y/o sistemática, como, por ejemplo, los crímenes de lesa humanidad tal como pasó en el caso Almonacid Arellano. No obstante, con la finalidad evitar controversias políticas y en atención a que a dicho organismo no es un tribunal penal, se habría optado por la utilización de un término genérico.¹⁷⁸ Así, en la actualidad

¹⁷⁵ Corte IDH, “Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Bulacio vs. Argentina*, 18 de septiembre de 2003, párr. 111, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf.

¹⁷⁶ Corte IDH, “Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Bulacio vs. Argentina*, 18 de septiembre de 2003, párr. 116, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf; Corte IDH, “Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Bueno Alves vs. Argentina*, 11 de mayo de 2007, párr. 90, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf; Corte IDH, “Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, párr. 274, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf; Corte IDH, “Sentencia de 22 de noviembre de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Albán Cornejo vs. Ecuador*, 22 de noviembre de 2007, párr. 111, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf; Corte IDH, “Sentencia de 19 de mayo de 2011 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Vera Vera vs. Ecuador*, 19 de mayo de 2011, párr. 118, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_226_esp.pdf; Corte IDH, “Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, 24 de octubre de 2012, párr. 249, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf; Corte IDH, “Sentencia de 27 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas)”, *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*, 27 de febrero de 2002, párr. 106, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf.

¹⁷⁷ Carlos María Pelayo Moller, “El acceso a la información pública en casos de graves violaciones a los derechos humanos en México”, *Estudios en derecho a la información* (Publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México) 18, n.º 5 (2018): 6, <https://doi.org/10.22201/ij.25940082e.2018.5>.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, 10-1.

cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos condena a un estado ya no se suele señalar si una grave violación a los derechos humanos es generalizada o sistemática o no.

Aunque esta pudiese ser una de las razones para la utilización del término, la redacción del párrafo 41 del párrafo transcrito es diáfana y no exige ningún contexto para dichas conductas, por lo que se entiende que dichas excepciones son aplicables para todos los casos. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye el máximo intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de cualquier otro instrumento de derechos humanos en los estados americanos.¹⁷⁹ En este sentido, incluso, cuando sus consideraciones no correspondan a la parte resolutive, sino a la motivación de sus sentencias, estas adquieren de manera indirecta el carácter de *erga omnes*, ya que marcan el norte o la forma en la que deben ser interpretadas las disposiciones de la convención y el resto de normativa aplicable en estos casos.

Llegado a este punto, se puede apreciar con claridad que entre las más graves expresiones del desborde del poder punitivo del estado se encuentran las graves violaciones a los derechos humanos cometidas fuera de los contextos de generalidad y/o sistematicidad. Esta conclusión evidencia la necesidad de fortalecer los mecanismos de contención del poder punitivo directo, principalmente a través de la capacitación especializada de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en estándares internacionales sobre uso legítimo de la fuerza y el respeto a los derechos humanos. Esta formación debe ir más allá de lo meramente técnico e incluir una sensibilización sobre el impacto de los abusos de poder en la sociedad y las víctimas.

Para contrarrestar la normalización de los casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma aislada se debe implementar sistemas de rendición de cuentas más efectivos y transparentes. Esto incluye un cambio no sólo en el discurso oficial de los cuerpos de seguridad del Estado y de las más altas autoridades estatales, sino en sus pronunciamientos y actuaciones frente a la comisión de este tipo de casos. Así mismo, el estado debe establecer como política pública la transparencia de la información de casos de graves violaciones a los derechos y no permitir que el estado de medidas que se despliega de forma oficial o de manera encubierta aplaste los derechos de las víctimas y de la sociedad.

¹⁷⁹ OEA Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art. 62.3, (B-32).

Capítulo segundo

Las graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma

En el presente capítulo se desarrollarán los fundamentos para categorizar a las graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma, estableciéndolas como independiente dentro del derecho penal. Se debe destacar que dada la confluencia de fuentes de origen, la misma también se expresa de forma independiente dentro del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional en un sentido amplio. Esta clasificación identifica los patrones de su comisión, examinando las semejanzas y las diferencias con otros delitos provenientes del derecho penal internacional, lo cual permite establecer sus características distintivas y su ámbito propio de aplicación. Además, por primera vez se ensaya una definición justificada para esta nueva categoría jurídica y se establece tanto sus características generales como especiales, diferenciando aspectos sustantivos y procesales que determinan su tratamiento diferenciado.

Una vez sustentada la existencia de nueva categoría jurídica se procederá con el análisis de los tipos penales que forman parte de la misma. Para esto se utilizará al derecho penal continental transversalizando las principales instituciones de la teoría del delito. Se considera que este es un trabajo inédito, ya que no han existido esfuerzos académicos especializados en este sentido y que reúnan todos los enfoques aplicados. Finalmente, se presta especial atención al tipo penal de extralimitación en la ejecución de un acto de servicio, evidenciando cómo este tipo penal ha sido utilizado para ocultar graves violaciones a los derechos humanos y favorecer la impunidad de estos casos en el Ecuador.

1. Fundamentos para la justificación de la existencia de una categoría jurídica independiente

El Derecho, al igual que otras ciencias, requiere de lógica y sistematización para facilitar su estudio, desarrollo y aplicación. Este proceso metodológico analiza las instituciones jurídicas, sus características y sus relaciones con el objetivo de establecer

conjuntos o subconjuntos de elementos similares, trazando así un horizonte de proyección específico para cada uno de ellos. Mediante este análisis, se aprecia como los elementos particulares pasan a formar parte de un conjunto en el que comparten características en común que justifican su incorporación en el mismo.¹⁸⁰ Estas agrupaciones se conocen como categorías jurídicas y su clasificación se la realiza con la finalidad de tratar los casos iguales de forma similar y los casos diferentes en forma diferente,¹⁸¹ aunque esto no implique que dichos elementos no puedan formar parte de otros conjuntos o pertenecer a una categoría jurídica mayor.

En el caso de las graves violaciones a los derechos humanos, estas se han configurado como una nueva área del derecho. Sin embargo, la denominación graves violaciones a los derechos humanos como tal, sin ninguna otra referencia o calificativo, no denota la presencia de una categoría jurídica, sino que de la lectura del término se arriba a la idea de que simplemente se ha realizado una referencia o una clasificación de aquellas violaciones a los derechos humanos que se consideran de mayor gravedad. En este caso, más allá de lo que se pudiese entender como grave, la connotación de esta categoría jurídica rebasa los límites de la subjetividad y se centra en elementos objetivos en común que permiten apreciar las siguientes características:

- a) En primer término, de acuerdo con sus orígenes, se puede considerar a las graves violaciones a los derechos humanos como un conjunto perteneciente al derecho internacional de los derechos humanos que tiene como característica principal que dichas conductas también pertenecen al ámbito del derecho penal, pues estas constituyen delitos;
- b) En segundo lugar, debido a su estrecho vínculo con el derecho penal internacional, se aprecia que, todas conductas consideradas como graves violaciones a los derechos humanos utilizan los mismos estándares provenientes del derecho penal internacional;
- c) En tercer lugar, se debe señalar que los casos de graves violaciones a los derechos humanos generan violaciones flagrantes a normas *ius cogens*, es decir, a normas inderogables de derechos humanos que no puede limitarse en ningún contexto y bajo ninguna excusa;

¹⁸⁰ Frank Stanton, “La categorización, en el Derecho y en el mundo”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28, n.º 1 (2005): 309, doi: 10.14198/DOXA2005.28.01.

¹⁸¹ Herbert Hart, *The concept of law*, 2.ª ed. (Oxford: Nueva York, 1994), 159.

- d) En cuarto lugar, se hace énfasis en que todos los casos de graves violaciones a los derechos humanos generan una potencial responsabilidad internacional del Estado, ya sea por acción u omisión; y,
- e) En quinto lugar, se considera que en todos los casos de graves violaciones a los derechos humanos, sus víctimas deben recibir una reparación integral no sólo de sus victimarios, sino también de parte del Estado.

No obstante, hasta este momento, pese a que una conducta supere este test inicial, aun así, nos seguimos enfrentando a una generalidad, puesto que, tanto una grave violación a los derechos humanos cometida de forma masiva y/o sistemática o una grave violación a los derechos humanos cometida de forma aislada admiten estas características generales. Por lo tanto, es necesario referirnos al punto clave que marca la diferencia e identifica de forma clara a las graves violaciones a los derechos humanos que se cometen fuera de un contexto específico. Este fundamento es el uso ilegítimo de la fuerza por parte de los agentes estatales encargados de hacer cumplir la ley que violan normas de *ius cogens*, pero, que no se encuentran acompañados por la masividad o la sistematicidad que rodea a otros crímenes internacionales.

Adicionalmente, se debe destacar que, en muchos casos, estos hechos ilícitos o abusos de poder tratan de ser legitimados de parte de sus perpetradores, de parte de otros agentes estatales y/o de parte de la sociedad que reclama seguridad y justicia, llegando incluso a oponerse a su investigación, procesamiento y sanción. Este es el resultado de que las agencias ejecutivas enmascaran la falta de respuesta ante la inseguridad y se presentan como proveedoras de soluciones simbólicas a través de la contundencia de sus acciones.¹⁸² Así mismo, determinados actores políticos utilizan este discurso de *mano dura* señalando que los derechos humanos atan de manos a las fuerzas de seguridad y que quienes delinquen no deberían tener derechos humanos, pues los perdieron al momento en el que decidieron delinquir.

Esta concepción deriva en la aplicación de penas ilícitas¹⁸³ que en algunos casos se presentan como el ejercicio de un derecho penal subterráneo¹⁸⁴ que puede desembocar

¹⁸² Pedro Villanueva Bogani, *Empleo razonable de las armas de fuego en el control de la seguridad pública*, 72.

¹⁸³ Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 5.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, 26.

en un terrorismo de estado¹⁸⁵ y la comisión de crímenes de estado¹⁸⁶ ante la presencia de una presunta amenaza¹⁸⁷ que deba ser combatida con un estado de medidas.¹⁸⁸ Esta verticalización del poder punitivo lleva al límite la doctrina de la seguridad nacional¹⁸⁹ y convierte a la delincuencia, a la oposición, a los activistas de derechos humanos y de la naturaleza o cualquier sujeto incomodo en el enemigo interno¹⁹⁰ al que hay que combatir a cualquier costo, llegando incluso a la militarización de la seguridad ciudadana.¹⁹¹ El camino a estos extremos se allana mediante la implementación de políticas basadas únicamente en una estrategia de la aplicación estricta de la ley y el orden¹⁹² aduciendo un mensaje de dos vías: “a) reclaman mayor represión; b) para ello afirman que no se reprime”,¹⁹³ es decir, un círculo vicioso de auto justificación ilegítima.

De esta manera, las conductas que en algún momento pertenecían sólo al derecho penal subterráneo ahora salen a la luz y se defienden mediante un discurso justificante¹⁹⁴ con el que se pretenden normalizar los abusos de poder¹⁹⁵ cometidos por un uso irracional y/o arbitrario de la fuerza por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Por consiguiente, se puede señalar que, aunque no concurren la generalidad o la sistematicidad en los casos aislados, sí se evidencia la existencia de un patrón estructural que favorece su comisión. Este patrón se aprecia, en mayor o en menor medida, en todo tipo de sociedades, por lo que, los casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidos en forma autónoma se han producido y se suscitan en todo tipo de estados, tanto en aquellos de ideología conservadora como en aquellos de izquierda.

También se puede señalar que, estos casos se producen en todo tipo de gobiernos alrededor del mundo, sea que existan regímenes dictatoriales, democracias represivas o

¹⁸⁵ Danilo Caicedo Tapia, “El reto de los estados latinoamericanos ante las graves violaciones a los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad”, 184.

¹⁸⁶ Ian Ross, “Controlling state crime: Toward and integrated structural model”, 4-5; traducción del autor.

¹⁸⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *La cuestión criminal* (Bogotá: Ibáñez, 2013), 28.

¹⁸⁸ Paladines. *Derecho Penal de Auschwitz*, 39.

¹⁸⁹ Chile, *Informe Nacional de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, t. 1, 53.

¹⁹⁰ Carlos Alberto Rincón Oñate, “La construcción del enemigo interno: Una política pública del odio”, *Desde el jardín de Freud* n.º 19 (2019): 252-3, <https://doi.org/10.15446/djf.n19.76722>.

¹⁹¹ Jenny Pontón Cevallos, “La militarización de la seguridad ciudadana: una tendencia regional. Entrevista con Marcos Pablo Moloeznik Gruer”, *URVIO: Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, n.º 12 (2012): 144-5, <https://doi.org/10.17141/urvio.12.2012.1173>.

¹⁹² David Garland, *La cultura del control Crimen y orden en la sociedad contemporánea* (Gedisa: Barcelona, 2005), 209.

¹⁹³ Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 21.

¹⁹⁴ Jelin, “Militantes y combatientes en la historia de las memorias: silencios, denuncias y reivindicaciones”, 89.

¹⁹⁵ Esteban Coronel Ojeda, “La investigación de los crímenes del poder en el Ecuador: La cosa juzgada fraudulenta, una herramienta contra la impunidad” (tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2022), 169, <https://mobiroderic.uv.es/handle/10550/83117>.

inclusive en casos de gobiernos con altos grados de democracia. Según Eugenio Zaffaroni, esto depende de cuán bien el estado de derecho pueda contener al estado de policía que emerge desde su interior.¹⁹⁶ Esto quiere decir que siempre se pueden producir abusos de poder en sus diferentes manifestaciones, incluso, cuando estos no sean cometidos de forma generalizada y/o como el cumplimiento de una línea de conducta oficial. Es así que si sólo se revisa las estadísticas en el Ecuador del 10 de agosto de 2014 al 09 de agosto de 2024 se aprecia un número equivalente a 1305 casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma aislada.¹⁹⁷

En este punto, se puede apreciar que el argumento de Daniel Feierstein al considerar a las matanzas generalizadas como una práctica social¹⁹⁸ también es válido para los casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidas en forma autónoma, puesto que las torturas, las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y las detenciones ilegales y arbitrarias siempre se han cometido desde la existencia de los aparatos coercitivos. Así, estas prácticas no sólo han tenido lugar en contextos sistemáticos y/o generalizados, sino que también se han llevado a cabo de forma aislada, pero siempre como un desborde del poder de punitivo y disfrazadas, hoy en día, sobre todo, como acciones legítimas de seguridad. En tal virtud, nos encontramos frente a una práctica social ilegítima identificada con un subconjunto o con un conjunto de menor dimensión, pero que existe dentro del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, al hablar de *graves violaciones a los derechos humanos*, como ya se ha demostrado, se aprecia que dicha denominación posee una naturaleza polisémica, es decir, que tiene varios significados o usos. En este caso, dicho término se desenvuelve en dos niveles, uno general y otro particular. Cuando se hace referencia a las graves violaciones a los derechos humanos como concepto general, se toma en cuenta a todos los delitos provenientes del derecho penal internacional en sentido estricto, por lo que se aprecia la existencia de una categoría superior; por otro lado, en sentido particular o específico, el término graves violaciones a los derechos humanos cuando se cometen de

¹⁹⁶ Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 6.

¹⁹⁷ Ecuador Fiscalía General del Estado, Oficio Nro. FGE-CGAJP-DDHPC-2024-00925-O de fecha 25 de septiembre de 2024. Mediante este documento se remite la Información proporcionada por la Dirección de Estadística y Sistemas de la Información a través de la Dirección de Derechos Humanos y Participación Ciudadana de la Fiscalía General del Estado. Se deja constancia que en este caso se ha hecho constar a las privaciones ilegales de la libertad en atención al fundamento de páginas posteriores. Además, se debe tomar en cuenta que con relación a los casos de tortura, las cifras no se encuentran desglosadas, es decir, que no se establece si el sujeto activo es un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, si es otro tipo de agente estatal o si el delito fue cometido por un particular.

¹⁹⁸ Feierstein, *El genocidio como práctica social*, 35.

forma aislada se refieren a una categoría jurídica menor que forma parte del concepto general.

Esto no es apreciado por la legislación nacional, puesto que el Código Orgánico Integral Penal en el título IV de su libro II que se refiere a las infracciones en particular, utiliza la denominación de *graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario*.¹⁹⁹ Sin embargo, en ninguna parte de la norma penal se establece la diferencia entre este concepto general y el concepto particular. Además, de forma totalmente arbitraria, se incluyen delitos no relacionados con el derecho penal internacional. Esta noción errónea ha generado una desacertada agrupación de las familias penales incorporadas en el capítulo referido, como se puede apreciar de sus cuatro secciones: a) Delitos contra la humanidad; b) Trata de personas; c) Diversas formas de explotación; y, d) Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

Al analizar las actas de discusión legislativa del Código Orgánico Integral Penal se aprecia que no hubo discusión profunda sobre el tema, sino que sólo se optó por acoger la estructura propuesta por las subcomisiones de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional que propusieron la estructura de dicho cuerpo legal.²⁰⁰ En el debate realizado se aprecia el interés por señalar la gravedad de los tipos penales incorporados en este capítulo y la necesidad de adaptar la legislación local a los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero no se realiza un análisis especializado ni detallado como se evidencia de las actas correspondientes.²⁰¹

El resultado que se puede apreciar es una estructura anti técnica e injustificada ya que ni siquiera se sigue de forma apropiada la división realizada por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sino que se considera que existen sólo dos categorías: 1) La primera denominada como graves violaciones a los derechos humanos;²⁰² y, 2) La segunda como delitos contra el derecho internacional humanitario.²⁰³ De esta manera, se entendería erróneamente que todos los denominados delitos contra la humanidad, todos

¹⁹⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*.

²⁰⁰ Ecuador Asamblea Nacional *Acta 257 Segundo debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal*, 9 de octubre de 2013, 5.

²⁰¹ Ecuador Asamblea Nacional, *Acta 257-A Segundo debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal*, 10 de octubre de 2013, 5-6.

²⁰² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*.

²⁰³ *Ibíd.*

los delitos de trata de personas y todos los delitos relacionados con otras formas de explotación constituyen los casos de graves violaciones a los derechos humanos.

Para empezar con el análisis de esta curiosa pero defectuosa clasificación en la normativa ecuatoriana se debe señalar que, aquí se puede encontrar dos familias jurídicas que definitivamente no pertenecen al ámbito del derecho penal internacional, las cuales se refieren a la trata de personas y a otras formas de explotación sexual o física. Si bien es cierto que, los grupos de delitos contenidos en las secciones segunda y tercera del capítulo I del título I del libro II del Código Orgánico Integral Penal también poseen una protección internacional adicional a la establecida por las normas nacionales, su protección se restringe al derecho internacional de los derechos humanos y la lucha contra la criminalidad organizada nacional y transnacional, pero no pertenecen al ámbito del derecho penal internacional.

Estos delitos no son cometidos como un desborde del poder punitivo del estado en el cual se haya realizado un uso desproporcionado del poder de coacción a través de la fuerza o de las armas de fuego y que viole normas de *ius cogens* al mismo tiempo. Esta confusión pudo haberse dado por la consideración de gravedad de los hechos. Sin embargo, como ya se ha señalado, la mera gravedad no puede constituir el fundamento para construir familias penales. Ahora bien, fuera de la exclusión de los delitos de trata de personas y de los delitos de otras formas de explotación, se podría entender que sí nos encontramos ante una categoría correctamente definida y razonada si sólo tomamos el concepto de graves violaciones a los derechos humanos en un sentido amplio o genérico, pero sin tomar en cuenta al delito de etnocidio.²⁰⁴

Con relación a los delitos que sí pertenecen a esta categoría, podemos apreciar que el legislador ha utilizado la denominación de *delitos contra la humanidad*, de forma general, para referirse a los delitos constantes en la sección primera del capítulo I del título I del libro II del Código Orgánico Integral Penal. En esta sección se agrupan el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidos sin un contexto específico como las ejecuciones extrajudiciales o las desapariciones forzadas. Sin embargo, el proceso de adecuación de la legislación internacional a la legislación interna tampoco es del todo claro. Así, conductas como el exterminio, la persecución, el apartheid u otros actos inhumanos de carácter similar no podrían ser considerados como crímenes de lesa humanidad de

²⁰⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 80; con relación a este delito, el mismo sólo se encuentra tipificado como tal en el Ecuador.

acuerdo a la legislación local, ya que no forman parte del tipo penal de lesa humanidad establecido en el artículo 89.²⁰⁵

Adicionalmente, en esta sección tampoco se incluyen conductas como las torturas o las detenciones ilegales y arbitrarias,²⁰⁶ las cuales pese a constar como una sub conducta perteneciente a los delitos de lesa humanidad, fueron incorporadas en los capítulos relacionados con los delitos contra la integridad y contra la libertad personal, respectivamente. De esta manera, se aprecia que este proceso de adaptación de las obligaciones internacionales al ordenamiento jurídico local no fue realizado de forma apropiada, lo cual puede generar confusión entre los operadores de justicia. Con relación a la sección cuarta,²⁰⁷ se puede señalar que en este caso no existiría mayor complicación en cuanto a su conceptualización dentro de la estructura penal nacional.

Ahora bien, para comprender de mejor manera, los niveles en los cuales opera el término graves violaciones a los derechos humanos, se ha creado un gráfico dividido en dos partes. La primera parte con un conjunto que contiene todos los crímenes de derecho penal internacional en sentido amplio, y otra parte con una proyección de la sección correspondiente a la categoría analizada en particular, las cuales se cometen sin ningún contexto en específico, lo cual la diferencia del resto de subconjuntos de la siguiente manera:

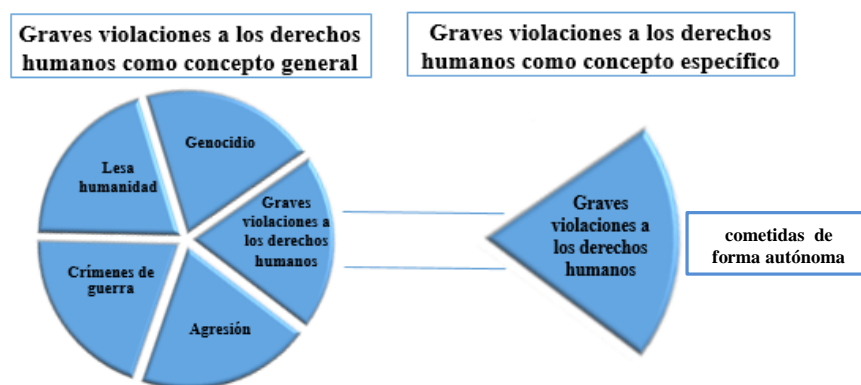


Figura 1. Graves violaciones a los derechos humanos como concepto general y como concepto específico

Elaboración propia

En tal virtud, de acuerdo con los antecedentes jurídicos desarrollados, en términos estrictos, las graves violaciones a los derechos humanos cuando se producen de forma

²⁰⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art 89.

²⁰⁶ Con relación a las detenciones ilegales, se procederá a justificar su incorporación en esta categoría jurídica en líneas posteriores.

²⁰⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*.

aislada también se configuran como una categoría jurídica autónoma del resto de delitos provenientes del derecho penal internacional en sentido amplio. Esta categoría jurídica también pertenece, al derecho internacional de los derechos humanos como al derecho penal interno de cada estado. Esta interrelación nace de la línea jurisprudencial establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrollada a partir del caso *Barrios Altos vs. Perú*, la cual genera consecuencias jurídicas para este tipo de crímenes internacionales, incluso en los casos en los que no exista un contexto específico que acompañe a estas conductas.

Esta categorización tiene plena validez, puesto que, la comisión de graves violaciones a los derechos humanos cometidas sin un contexto general que las cobije produce efectos jurídicos similares a los del derecho penal internacional, aunque ni el Estatuto de Roma ni la doctrina las hayan considerado. Sin embargo, los crímenes pertenecientes a esta novel categoría podrían definirse también como crímenes internacionales autónomos de violaciones a los derechos humanos o como crímenes provenientes de tratados internacionales que violen los derechos humanos producidos por un irracional y/o desproporcionado uso de la fuerza en sentido amplio. Su falta de reconocimiento en un instrumento jurídico internacional se debe a su novedad, pero en algún momento la coyuntura internacional los podría definir en un instrumento normativo si se generan las condiciones pertinentes.

No obstante, dentro del ámbito internacional, de momento, además, de las normas prohibitivas generales del derecho internacional de los derechos humanos y de las normas sancionadoras del derecho penal internacional, sí existen normas específicas que de forma individual proscriben algunas de las conductas pertenecientes a las graves violaciones a los derechos humanos y señalan la reprochabilidad de su comisión en cualquier contexto. Entre estas tenemos normas relacionadas con la prohibición de las torturas (la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura) y normas relacionadas con la prohibición de la desaparición forzada de personas (la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas y la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas).

Por este motivo, se puede apreciar que, incluso ante la falta de un instrumento jurídico específico que recoja todas las denominaciones criminales agrupadas dentro de una misma categoría jurídica, sus efectos son inmanentes a la existencia de otros instrumentos jurídicos internacionales de obligatorio cumplimiento por parte de los

estados, en especial, a nivel interamericano, además de varias normas de *ius cogens*. No obstante, en cuanto a la existencia de esta categoría jurídica, se ha generado algo de inquietud por parte de académicos como Kai Ambos y María Böhm, quienes tomaron en cuenta una ponencia presentada por Armin von Bogdandy, quien planteó que la Corte Interamericana de Derecho Humanos pudiese ser considerada como un tribunal audaz en comparación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.²⁰⁸

Se arriba a esta conclusión preliminar señalando que las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos habrían adquirido un carácter casatorio,²⁰⁹ ya que podrían afectar al principio de legalidad²¹⁰ y a la soberanía de los estados.²¹¹ Sin embargo, la interpretación de los instrumentos legales siempre debe ir acompañada del desarrollo histórico de las sociedades y aplicarse una interpretación dinámica de las normas. Así, “la afirmación de que se trata de un tribunal audaz presupondría que la Corte ha tenido que ir más allá de lo que [*sic*, de] ella se esperaba, en contra de las voluntades de los Estados Partes, y esto no ha sucedido [...]”.²¹² Por el contrario, las resoluciones de este organismo internacional desarrollan la voluntad de los estados que suscribieron la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Otra cosa pudiese ser que ciertos gobiernos o autoridades renieguen de dichas resoluciones cuando estas son dictadas en contra de sus estados.

Aquí se debe recordar que, al momento de adherirse a un tratado internacional, son los propios estados los que deciden suscribirlo y ratificarlo, para que sus normas entren en vigencia en consonancia con cada una de las legislaciones nacionales. Ahora bien, de acuerdo con las reglas del derecho internacional sobre la interpretación de los tratados, se entiende que en todos los casos, estos tienen primacía, al menos, de carácter constitucional y son de inexorable cumplimiento. De acuerdo lo establecido por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados taxativamente se señala que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado”.²¹³

²⁰⁸ Kai Ambos y María Laura Böhm, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?”, en *Digesto Jurisprudencial en Derechos Humanos Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, coords. Eduardo Ferrer Mac Gregor y Alfonso Herrera García (Tirant lo Blanch: México D.F, 2013), 1058.

²⁰⁹ *Ibíd.*, 1062.

²¹⁰ *Ibíd.*, 1060.

²¹¹ *Ibíd.*, 1083.

²¹² *Ibíd.*, 1060.

²¹³ ONU Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969, art. 27, A/CONF.39/27.

Esto quiere decir que, este tipo de resoluciones al ser expedidas por el órgano autorizado a establecer el alcance de sus normas,²¹⁴ son obligatorias por vía directa (*inter partes*) o por establecer el norte de interpretación que, en el caso de no ser acatado, podría acarrear sanciones a su incumplimiento. En este caso, se dota de contenido a los derechos y se establece consecuencias (medidas de reparación) que son aplicadas a todos los casos que sean catalogados como graves violaciones a los derechos humanos. Empero no se ha establecido una definición expedita, sino que lo que se hace es calificar a un caso determinado como una grave violación a los derechos humanos, pero, como ya se señaló, sin establecer en todos los casos si nos encontramos, por ejemplo, ante crímenes de lesa humanidad o frente a crímenes aislados.

Para subsanar este vacío teórico, algunos autores como Kevin Jon Heller y Antonio Casesse han propuesto la denominación de *crímenes internacionales autónomos* para referirse a conductas como la tortura, tomando en cuenta que la misma proviene de una prohibición de *ius cogens*²¹⁵. Es decir, que en este caso se ha propuesto ampliar los límites de trascendencia internacional, pero en atención a que la impunidad de los casos aislados no constituiría un problema del norte global, este planteamiento no ha tenido mayor acogida, llegando incluso a tener oposición de parte del mismo Kai Ambos, quien ha señalado que ningún tribunal internacional ejerce jurisdicción sobre las mismas y que tampoco existiría una real vulneración de valores universales en los casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma aislada.²¹⁶

Esta visión puede corresponder a que, en Europa de donde son la mayoría de tratadistas de derecho penal internacional, los principales problemas que han encontrado se refieren a la impunidad de los crímenes en masa y la impunidad de casos aislados de violaciones a los derechos humanos no sería una preocupación. Por su parte, Alicia Gil Gil matizando la discusión señala a estas conductas como pertenecientes a una *categoría dudosa*.²¹⁷ Esta constituye una inquietud válida, pero, más que nada, abre la puerta a la consideración de que los crímenes de violaciones a derechos humanos cometidos de forma autónoma y violatorios de normas internacionales inderogables de derechos

²¹⁴ OEA Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art. 62.3, (B-32).

²¹⁵ Alicia Gil Gil y Elena Maculán, “¿Qué es el Derecho Penal Internacional?”, en *Derecho Penal Internacional*, dirs. Alicia Gil Gil y Elena Maculán, 2.ª ed. (Madrid: Dykinson, 2019), 49.

²¹⁶ *Ibíd.*

²¹⁷ *Ibíd.*

humanos sí forman parte de una categoría independiente que no ha sido desarrollada a profundidad por la doctrina.

En Latinoamérica, esta preocupación es de mayor relevancia, dado que, la impunidad en esta región no sólo es un problema para los casos de violaciones masivas a los derechos humanos, sino, también, en los casos de crímenes de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma aislada. Por lo que, una vez arribado a este punto, en el cual, se ha sustentado la existencia de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en forma aislada como una categoría autónoma, pero vinculada estrechamente a las normas del derecho internacional de los derechos humanos y al derecho penal internacional, es necesario transversalizar al derecho penal en esta nueva categoría jurídico-penal o familia penal y a cada una de las conductas que la componen, así como las excepciones que se aplican a este tipo de casos.

Esta constituye una tarea compleja, ya que nunca ha sido realizada y los pocos estudios que existen sólo se han realizado de forma aislada o sólo para los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma y, mayoritariamente, desde el punto de vista del derecho penal anglosajón,²¹⁸ pero no desde el punto de vista del derecho penal continental.

1.1. Semejanzas con otros delitos provenientes del Derecho Penal Internacional (Fundamentos para sustentar la pertenencia al derecho penal internacional)

Una vez superada la discusión sobre la existencia de esta nueva categoría jurídica como autónoma de otros crímenes provenientes del derecho penal internacional y la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para haberla establecido derivada de las normas internacionales pertinentes, es necesario entender mejor cuáles podrían ser los límites de dicha categoría. Para esto se procederá a analizar las semejanzas que los casos de crímenes de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma autónoma puedan tener con el resto de los crímenes provenientes del derecho penal internacional que se encuentran tipificados en el Estatuto de Roma, es decir, con los crímenes de genocidio, con los crímenes de guerra²¹⁹ y con los crímenes de lesa humanidad.

²¹⁸ Ambos, *La parte general del Derecho Penal Internacional*, 41.

²¹⁹ En este punto se ha incorporado a los crímenes contra el derecho internacional humanitario y al crimen de agresión, ya que ambos se presentan dentro del marco de hostilidades bélicas.

Primera.- Tanto los crímenes de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma aislada, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes contra el derecho internacional humanitario y el crimen de agresión son cometidos por sujetos activos calificados especiales²²⁰. Estos, de manera preferente, se refieren a agentes estatales con la capacidad de aplicar el poder punitivo del estado o la fuerza de manera directa por varias circunstancias, es decir, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. A continuación, se debe tomar en cuenta a aquellas altas autoridades del estado que tiene poder de mando sobre estas fuerzas de seguridad. En los delitos contemplados en el Estatuto de Roma se puede presentar una participación compleja a través de una autoría mediata que, sin ser la norma única, no es extraña a ciertos casos de graves violaciones a los derechos humanos en los que existe un autor intelectual que domina la dirección del curso causal realizado por los autores materiales.

En cuanto al crimen de genocidio, actualmente, no se requiere cumplir con este elemento en todos los casos. Esto se debe a que, en su génesis este concepto se había construido para referirse a los planes de exterminio de la raza judía y del pueblo gitano por parte de las fuerzas alemanas.²²¹ Así, en este caso se aprecia que este término se había construido para referirse a dichas acciones nunca antes contempladas por una legislación, pero cuya comisión era eminentemente un ilícito estatal. Posteriormente, el consenso internacional determinó no requerir la participación de un sujeto activo calificado en este crimen como elemento *sin qua non*. Aquí apreciamos una de las primeras formas de evolución del derecho penal internacional. *A posteriori*, esto serviría para sancionar actos de genocidio cometidos tanto por agentes estatales como por particulares tal como ocurrió en el caso de los genocidios de Ruanda y Yugoslavia.

Un segundo matiz a la existencia de sujetos activos calificados tiene que ver con la existencia de conflictos armados, ya que especialmente en el caso de conflictos armados no internacionales, en algunos casos, sólo uno de los bandos puede estar conformado por agentes estatales y el otro bando está relacionado con fuerzas armadas que no representan de forma oficial al Estado. Además, dada la naturaleza del origen del conflicto, pudiese darse una configuración en la que ambos grupos armados no

²²⁰ Se ha incluido este calificativo para diferenciar aún más a los sujetos activos calificados, ya que en este caso, los autores de este tipo de delitos son los únicos que tienen la capacidad de utilizar la fuerza en nombre del estado.

²²¹ Raphael Lemkin, *Axis rule in occupied Europe: Laws of occupation, analysis of government, proposals for redress* (Washington DC: Carnegie Endowment for International Peace, 1944), 81; traducción del autor.

representen a las fuerzas estatales y actúen de manera totalmente independiente, aunque también es necesario tomar en consideración que, si pese a que estas fuerzas no están conformadas por agentes estatales, pudiese darse el caso de que alguna de ellas sí actúe con aquiescencia del estado.

Segunda.- A continuación, se puede señalar que en todos los crímenes provenientes del derecho penal internacional existe un uso no autorizado de la fuerza por parte del derecho internacional. Para comprender mejor esta idea, cabe recordar que el estado como titular del monopolio de la fuerza, no sólo ha autorizado aplicarla para controlar el orden público, sino que también existen otros escenarios en los cuales se autoriza el uso de la fuerza. Aquí se pueden apreciar dos matices adicionales sobre el uso de la fuerza: a) La fuerza que corresponde a los combatientes en un conflicto armado, la cual no puede utilizarse en contra de aquellas personas ni los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario; y, b) La fuerza que, excepcionalmente, se autoriza para personas que no representan al estado para repeler una agresión, es decir, los casos de legítima defensa.

En tal virtud, este tipo de crímenes se cometen por un uso no autorizado de la fuerza o por un uso de la fuerza que sobrepasa la proporcionalidad pertinente para el control del orden público o para la defensa de la soberanía nacional. Si bien es cierto que, existen delitos como las detenciones ilegales o, incluso, el apartheid, en los que se pensaría que en dichas conductas no se aplica la fuerza y, que, por lo tanto, ni siquiera se generan lesiones, esta concepción es errónea, ya que en la sola presencia de agentes estatales con capacidad para utilizar el poder de coacción implica ya el uso de la fuerza en su escala más esencial. Lo mismo sucede en el caso de grupo armados no estatales o políticos que pueden cometer este tipo de crímenes según el derecho nacional.

Tercera.- Ahora bien, se debe señalar que, tanto en lo crímenes contenidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional como en los casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma aislada, el uso no autorizado de la fuerza por parte del derecho internacional genera dos tipos de responsabilidades: a) Una responsabilidad penal de parte de los perpetradores; y, b) Una responsabilidad internacional por el incumplimiento de la obligación de proteger derechos humanos, en este caso, principalmente los derechos a la vida, a la integridad, a la libertad y a la dignidad humana, es decir, derechos inderogables protegidos por el derecho internacional

En el primer caso, la responsabilidad personal se genera por la comisión de los tipos penales relacionados por parte de una o varias personas; y, en el caso de la

responsabilidad internacional, esta genera por el incumplimiento de la posición de garante del estado,²²² es decir, por incumplir con la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos. Cabe destacar, que esta obligación “[n]o se agota con la existencia de un orden normativo [...]”,²²³ sino que, “[l]os Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.²²⁴

Cuarta.- También se puede señalar que, tanto en los crímenes internacionales constantes en el Estatuto de Roma como en los crímenes de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma aislada, se puede presentar la existencia de un *extra neus*, es decir, de un sujeto activo calificado por alcance. En este caso, el *extra neus* no es un agente estatal, pero es una persona que participa de la infracción por la aquiescencia de los sujetos activos calificados por antonomasia. Por lo tanto, esta persona siempre será alguien que no representa al estado. Cabe señalar que, en este caso, cuando un crimen de genocidio sea organizado o instigado por agentes estatales, los civiles que intervengan adquirirán esta categoría, contrario a un genocidio o un conflicto armado no internacional en el cual sólo intervengan actores no estatales.

Pese a esta clasificación teórica, la estructura adoptada por el sistema jurídico penal ecuatoriano, al menos en los casos de desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales o delitos de lesa humanidad, los ha incluido como sujetos activos calificados directos.²²⁵ Sin embargo, cabe destacar que su participación no puede desarrollarse de forma autónoma, sino, que, de forma imprescindible, debe existir una participación compleja en este tipo de casos. Así siempre deberá existir un sujeto activo calificado especial que habilite mediante su aquiescencia, tolerancia o connivencia, la participación de sujetos activos que no representen de forma directa al estado.

Quinta.- En último lugar, se puede señalar que ambos suelen tener serias dificultades para su investigación, procesamiento y sanción, por lo que, en muchos casos se mantienen impunes, principalmente, por cuestiones políticas o por el espíritu de cuerpo

²²² OEA Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art. 1.1, (B-32).

²²³ Corte IDH, “Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo)”, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 167, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

²²⁴ *Ibíd.*

²²⁵ En este caso, la calificación la da el hecho de actuar con la tolerancia de agentes estatales que participen únicamente como autores mediatos, dejando para los autores por alcance la autoría material.

de las fuerzas de seguridad.²²⁶ Por esta razón se han desarrollado varias respuestas para evitar la impunidad de estos crímenes, en las cuales se encuentran la justicia transicional, la jurisdicción universal, el establecimiento de herramientas jurídicas especiales de persecución penal y la existencia de organismos internacionales que realicen exámenes generales o analicen casos concretos de violaciones a los derechos humanos cometidos en cualquiera de las modalidades señaladas.

1.2. Diferencias con otros delitos provenientes del Derecho Penal Internacional (Límites de las graves violaciones a los derechos humanos con otros delitos internacionales)

Para establecer el terreno específico de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma aislada es necesario analizar cuáles son sus diferencias sustanciales para posteriormente poder establecer una definición y dotar de contenido a cada una de ellas. En este ejercicio, se verificará la existencia de diferencias en dos niveles, un nivel general y un nivel específico.

1.2.1. Diferencias generales

Primera.- Entre las diferencias que existen entre los crímenes del derecho penal internacional y los crímenes de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma encontramos que sólo los primeros tienen un instrumento internacional que los define como tales, es decir, el Estatuto de Roma; mientras que en el caso de los segundos, no existe una convención específica que los defina como tales, sino que su construcción como categoría jurídica provino del trabajo deductivo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, por la naturaleza de este organismo internacional, al no ser un tribunal penal, sólo ha realizado un pequeño esbozo de los límites de esta categoría jurídica y es necesario que los estados a través de sus normas y de sus resoluciones judiciales, así como de la doctrina, continúen fundamentando estas características de acuerdo con las reglas jurídicas propias en el ámbito del derecho penal.

Aquí, cabe destacar que, el hecho de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya señalado determinadas consecuencias jurídicas ante su cometimiento, no implica que los mismos constituyan un invento de dicho tribunal internacional, sino que

²²⁶ Carlos García-Guiu López, “Cohesión grupal y espíritu de cuerpo en las unidades de Seguridad y Defensa”, *Revista de Pensamiento Estratégico y Seguridad CISDE* (2017), 2, n.º 1 (2017): 69; Omar Eduardo Rojas Bolaños, “Deshumanización del enemigo como estrategia operacional: Del espíritu de cuerpo y la cohesión institucional al etnocentrismo militar”, *Ravista Kavilando* 12, n.º 1 (2020): 7.

su análisis deductivo deviene de las prohibiciones de su comisión al referirse a violaciones a derechos humanos inderogables del derecho internacional. En tal virtud, ha dotado de herramientas a los estados para evitar la impunidad de este tipo de casos. Además, se debe señalar que, los crímenes pertenecientes a esta categoría son antijurídicos y se encuentran prohibidos de acuerdo con una amplia y variada normativa internacional, como los convenios generales de derechos humanos y los convenios específicos de derechos humanos sobre prohibición de la tortura y de las desapariciones forzadas. Además, se encuentran prohibidos por las legislaciones penales internas con los mismos elementos, aunque con otros nombres.

Segunda.- Por otro lado, contrario a los crímenes de derecho penal internacional constantes en el Estatuto de Roma, se aprecia con claridad que los casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma autónoma no se configuran como un crimen complejo o estructurado en dos niveles. Esto quiere decir, que estos casos no requieren de la existencia de elementos objetivos generales y de elementos objetivos particulares que conforman las sub conductas a través de las que se expresan los elementos generales; al contrario, los crímenes que pertenecen a la categoría de graves violaciones a los derechos humanos cometidos en forma aislada se configuran en un solo nivel, es decir, que estos no requieren de elementos contextuales generales, sino de un solo nivel en el que se desarrollan las conductas pertenecientes a esta categoría jurídica.



Figura 2. Diferencia de los crímenes de graves violaciones a los derechos humanos con los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma
Elaboración propia

Así, se puede ver por ejemplo que si nos referimos a los casos de lesa humanidad, como ya se señaló, estos deben cumplir con la existencia de un ataque generalizado y/o sistemático en contra de una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Este sería el primer peldaño correspondiente a los elementos objetivos generales. No obstante, este ataque debe expresarse a través de sub conductas, las cuales también deben contener elementos objetivos particulares como, por ejemplo, en el delito de desaparición forzada los correspondientes a la privación de la libertad cometida por un agente estatal seguido

de la negativa tácita o expresa de revelar su suerte o su paradero. En cambio, en el caso de los crímenes de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma aislada no es necesaria la existencia de varios casos de desapariciones forzadas o de un plan estatal, así como de la existencia elementos contextuales generales.

1.2.2. Diferencias específicas

Ahora bien, para establecer estos contextos de forma individual, se procederá a verificar las diferencias en concreto con cada uno de los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma:

Primera.- En primer lugar, con relación al crimen de genocidio, se puede señalar que este es un crimen de intención²²⁷ general y específica que se basa en el odio y el desprecio a un grupo protegido por el derecho internacional de los derechos humanos y su intención de eliminarlos de forma total o de forma parcial a través de varias posibilidades, contrario a lo que ocurre con los crímenes de graves violaciones a los derechos humanos, que no requieren de un móvil general contextual. En este caso, los actos cometidos en casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma aislada no tienen la intención de aniquilar total ni parcialmente a uno de los grupos protegidos por una categoría internacional.

Esto no quiere decir que una víctima de graves violaciones a los derechos humanos no pueda tener alguna de las características comunes a los grupos protegidos. Incluso pudiese darse el caso de que uno de estos hechos se dé por odio o intolerancia a uno de los grupos protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos, pero su intención no será la de aniquilar total o parcialmente al grupo al que pertenece la víctima, sino que su objetivo es el de atacar únicamente a una o varias víctimas, pero en ningún caso con la masividad y/o la intención que requiere el crimen de genocidio.

Así, se puede apreciar la autonomía de estas conductas mediante un gráfico con dos círculos en los que se aprecia el papel del contexto para diferenciar su comisión. En el primer círculo el contexto de odio con la intención de aniquilar totalmente o parcialmente a un grupo protegido por el derecho internacional de los derechos humanos es el ámbito en el que se producen estos crímenes. Aquí por ejemplo pueden haber muertes producidas por agentes estatales, pero si se acompañan el contexto referido se

²²⁷ Los crímenes de intención o tendencia interna trascendente corresponden a aquellos en los que el autor es motivado por un móvil o por una intención al momento de la comisión de sus actos. Este tipo de delitos. Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 233.

puede apreciar la existencia de un crimen de genocidio. Por otro lado, sin este contexto específico una muerte arbitraria producida por agentes estatales encargados de ejecutar el poder punitivo del estado de forma directa sólo denotaría la existencia de una ejecución extrajudicial, incluso cuando existan varias víctimas.

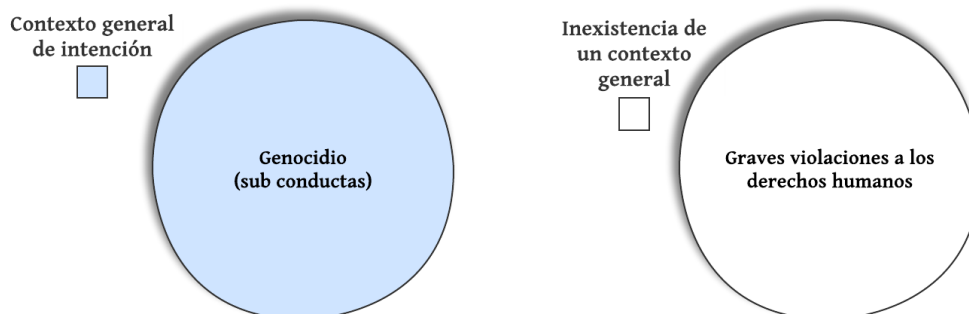


Figura 3. Diferencia entre los crímenes de graves violaciones de DDHH y el crimen de genocidio
Elaboración propia

Segunda.- Respecto a la diferencia con los crímenes de guerra y al crimen de agresión se verifica que estos se refieren a conductas posibles únicamente en un contexto de confrontación o agresión armada catalogada como tal por el derecho internacional de los conflictos armados. Puede darse el caso de que una grave violación a los derechos humanos se cometa fuera de estos contextos, como también puede darse el caso de que se cometa paralelamente a estas situaciones, pero de forma autónoma a las mismas. En este caso lo que prima no es el contexto referido, sino la conducta prohibida por el derecho internacional de los derechos humanos. Igualmente, se deja constancia de que las categorías de bienes y de personas protegidas por el derecho internacional humanitario son indistintas a la comisión de casos de graves violaciones a los derechos humanos.

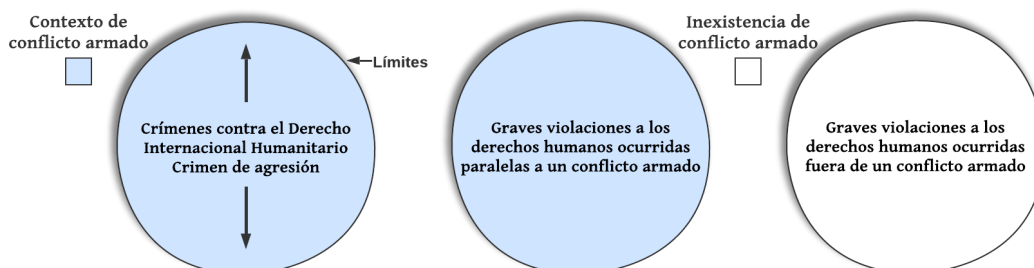


Figura 4. Diferencia de los crímenes de graves violaciones a los derechos humanos y los crímenes de confrontación o agresión armada
Elaboración propia

En el presente gráfico se puede apreciar dos posibilidades. La primera se refiere al desarrollo de un conflicto armado correspondiente al primer círculo. Este conflicto armado se representa pintado a para describir los límites del mismo y los crímenes que se cometen dentro de dicho contexto con violación a las normas de derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra. La segunda posibilidad se encuentra representada por los dos círculos siguientes. En este escenario se puede apreciar en el segundo círculo que pese a la existencia de un conflicto armado, la comisión de casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma aislada y fuera de este contexto, no hacen que por la unidad temporal dichos casos se transformen en crímenes relacionados con una agresión armada. Finalmente, en el círculo blanco se aprecia la comisión de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma aislada en momentos de paz.

Tercera.- Con relación a la diferencia que tienen los casos de lesa humanidad con los casos de graves violaciones a los derechos humanos, se aprecia con claridad que los primeros deben presentarse siempre como un ataque sistemático y/o generalizado, pero en los segundos no se requiere esta magnitud del ataque, sino que los casos bajo análisis del presente trabajo de investigación se cometen de forma aislada. Esto no impide que detrás de su comisión puedan existir otros contextos generales no requeridos en sus elementos objetivos, como el combate a la delincuencia, a la oposición, a la protesta social o a la libre comunicación, empero cuando no existe un alto número de víctimas o cuando no existe una línea de conducta expresa desarrollada como una política pública o un plan común, estas conductas no pueden alcanzar el umbral de lesa humanidad.

En los casos relacionados con crímenes de lesa humanidad se aprecia la existencia de una estructura piramidal que emite órdenes desde la punta superior donde se encuentran las máximas autoridades estatales hacia las bases inferiores de la misma en donde finalmente se encuentran ejecutores fungibles. Al contrario, en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, pese a la posibilidad de comisión a través de estructuras criminales, lo que podemos apreciar es una pirámide invertida, en la cual, las partes superiores no participan de la misma, pero en algunos casos tienden a favorecer su impunidad mediante procesos judiciales fraudulentos o mediante la obstaculización a las investigaciones.

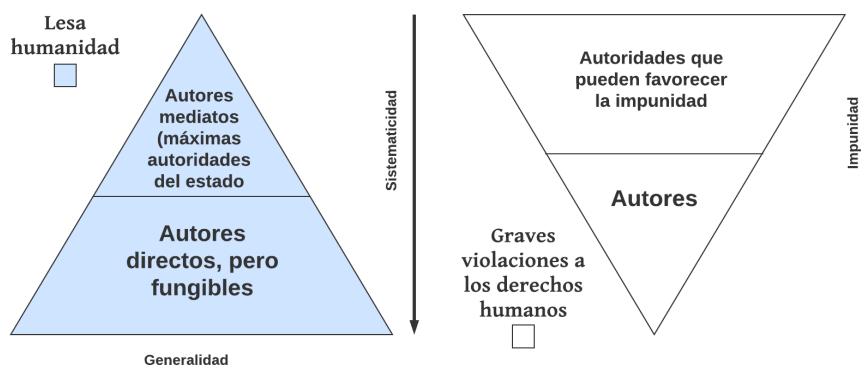


Figura 5. Diferencia entre los crímenes de graves violaciones a los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad
Elaboración propia

En la primera pirámide además se puede apreciar la existencia de dos líneas, la primera que se encuentra en la parte baja que representa a la generalidad, es decir, al número de víctimas. En esta línea no existe un límite o puntas de flecha debido a que este número de víctimas es indefinido. En la segunda línea se aprecia que esta descende desde las máximas autoridades del estado hasta los autores fungibles. En este caso, dicha referencia representa la sistematicidad la cual equivale a una política de estado expedida por las máximas autoridades o a una línea de conducta que también emana de las cabezas del estado. En este caso, no necesariamente puede estar involucrado el máximo representante del estado en todos los casos, ya que esto dependerá de la estructura de los aparatos organizados de poder, pero siempre la punta de la pirámide deberá referirse a autoridades con capacidad de mando, ya sea oficial o clandestino.

En la segunda pirámide que se encuentra invertida no existe una línea base, ya que aunque pueda existir una o varias víctimas, esto no varía la connotación de esta grave violación a los derechos humanos de orden delictivo. La línea que acompaña al gráfico se refiere a que en este tipo de casos, la impunidad es generada desde abajo hacia arriba. En este caso, puede ser que quienes cometieron las ejecuciones extrajudiciales o las desapariciones forzadas preparen el camino para su impunidad, pero en la mayoría de casos de forma directa o de forma indirecta existen otras autoridades de la misma entidad, de otras entidades del estado o de la sociedad en general que tiendan a encubrir los hechos y dejarlos en la impunidad. Esto se lo realiza mediante acciones en específico como al momento de no colaborar con las investigaciones, al momento de emitir un discurso justificante, al momento de no utilizar los tipos penales pertinentes, al momento de no

utilizar los estándares de investigación correspondientes o al momento de emitir sentencias o decisiones que dejen los hechos en la impunidad.

1.3. Definición

Previo a establecer una propuesta, se debe señalar que no existe ninguna definición sobre lo que constituye la categoría jurídica de graves violaciones a los derechos humanos ni en sentido amplio ni en sentido estricto. Aunque para algunos autores se ha señalado que no existe una definición uniforme,²²⁸ lo único que se puede apreciar en los pocos documentos al respecto son estudios sobre la existencia de esta categoría como tal o de verificar su contenido desde distintos criterios como la magnitud del derecho violado o la vulnerabilidad de las víctimas.²²⁹ Estos documentos no realizan un enfoque integral de todas las materias involucradas y excluyen al derecho penal de su análisis o lo abordan superficialmente.²³⁰ En muchos casos, estos análisis, no provienen de la doctrina, sino que son varios estamentos internacionales los que han los han expuesto en diferentes momentos dentro de sus facultades.

Para sugerir una definición, como ya se señaló previamente, se debe dejar constancia de la polifuncionalidad del término graves violaciones a los derechos humanos, ya que este término abarca dos significados. Por un lado engloba un conjunto general, y por otro lado se refiere a un conjunto menor el cual es el objeto del presente estudio. De esta manera, se puede señalar que las graves violaciones a los derechos humanos pueden referirse a todos los delitos provenientes del derecho penal internacional, pero a su vez también se refiere únicamente a las graves violaciones a los derechos humanos que no se cometen en contextos generalizados y/o sistemáticos.

Ahora bien, para proponer una definición válida es necesario contar con una denominación precisa que represente de la mejor manera al conjunto o categoría jurídica analizada. Dado el nivel de evolución de la presente categoría jurídica, si bien es cierto que la denominación de graves violaciones a los derechos humanos parece acertada, se ha considerado pertinente acompañarla del calificativo: *cometidas de forma autónoma*. Esto con la finalidad de no dar lugar a ninguna interpretación extensiva que tienda a

²²⁸ Lengua Parra y Victor Ostolaza Seminario, “Enemistad aparente: La tensión entre el concepto de graves violaciones de derechos humanos”, 246.

²²⁹ Karimova, “What amounts to ‘a serious violation of international human rights law?’”, 11; traducción propia.

²³⁰ ONU Consejo Económico y Social, *Informe de la situación de las violaciones a los derechos humanos y las libertades fundamentales*, num. 2.

confundirlas con otras violaciones a los derechos humanos que se caractericen socialmente por su gravedad. Esta idea, de ninguna manera, quiere decir que otros términos o denominaciones puedan ser considerados como erróneos, ya que al referirse a una institución jurídica que aún se la puede señalar como una categoría en construcción, podrían proponerse denominaciones que cuenten con una mejor aceptación a futuro.

En este sentido, una definición apropiada para esta categoría consiste en que, *las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en forma autónoma constituyen crímenes provenientes del derecho penal internacional, en sentido amplio, las cuales se producen por un uso arbitrario, irracional y/o desproporcionado de la fuerza por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y/o de personas que actúen con su aquiescencia y que tienen como consecuencia la violación de normas ius cogens*. La comisión de estas conductas es restrictiva a la configuración de determinados tipos penales como lo son las ejecuciones extrajudiciales, las torturas, las desapariciones forzadas y las detenciones ilegales y/o arbitrarias.²³¹ *Todas estas conductas que se expresan como un desborde del poder punitivo también se configuran como crímenes de estado y sólo pueden ser cometidas de forma estrictamente dolosa*.

Como se señaló en líneas anteriores, se ha utilizado la denominación teórica de *crimen* para mostrar el mayor grado de lesividad que conllevan estas infracciones penales, pero de acuerdo con las legislaciones penales de cada uno de los estados, se deberá atender a la denominación legal específica que ostenten estas conductas. En el caso específico del Ecuador, de acuerdo con el sistema bipartito vigente de clasificación de las infracciones penales se utiliza la denominación *delitos*. Así mismo, como ya se ha referido en líneas anteriores, los casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma autónoma o aislada, pese a su procedencia del derecho penal internacional, también pertenecen al derecho penal interno de cada estado. Y, en atención, al principio de subsidiariedad, estas infracciones deben ser investigadas, procesadas, juzgadas y sancionadas por los organismos judiciales competentes al interior de cada estado sin esperar una condena internacional que lo disponga.

1.4. Características generales

Como se puede apreciar, la presente categoría jurídica de crímenes de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma aislada posee determinadas características que devienen de su naturaleza jurídica, su ámbito de pertenencia y su

²³¹ Sobre la justificación de la inclusión de este tipo penal en esta categoría, se procederá en líneas posteriores.

horizonte de proyección. Estas características a su vez pueden servir como una lista de requisitos para verificar si, en realidad, nos encontramos ante un caso de graves violaciones a los derechos humanos que se diferencie de otros crímenes de derecho penal internacional. En tal virtud, a continuación se detallan las características generales de este tipo de delitos, las cuales se encuentran presentes en toda la categoría sustantiva, así como en cada uno de los tipos penales que componen esta categoría jurídica y las mismas han sido desglosadas de las semejanzas y las diferencias con los delitos pertenecientes al Derecho Penal Internacional. Estas características son las siguientes:

a) La presencia de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley como

actores directos de estas infracciones.— Por excelencia, quienes cometen estos delitos son miembros de la Fuerza Pública que actúan en ejercicio del poder punitivo del estado de forma directa. Así encontramos ejemplos como el caso Fybeca,²³² el caso Gilberto Tapia²³³ o el caso Zambrano Vélez²³⁴ en los cuales intervinieron miembros de la Policía Nacional o del Ejército Ecuatoriano. Aquí cabe destacar la existencia de una excepción que es que el delito sea cometido por un actor que no represente al Estado, es decir, un *extra neus*. En este caso, sólo se configuraría un caso de graves violaciones a los derechos humanos cometido de forma aislada cuando exista un funcionario encargado de hacer cumplir la ley que intente ocultar su participación y actúe bajo un tercero, pero siempre será un requisito *sine qua non* la existencia de este sujeto activo calificado.

Esta característica establece un límite firme al señalamiento de que cualquier agente estatal o funcionario público podría cometer este tipo de delito sin contar con la participación de un agente de la fuerza pública. Así, podemos señalar algunos ejemplos en los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido una frontera entre casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma aislada y meros casos de violaciones a los derechos humanos, en los que se ha violado la protección judicial y/o las garantías judiciales. Estos

²³² Ecuador Comisión de la Verdad, *Informe de la Comisión de la Verdad Sin verdad, no hay Justicia*, t. 4, 158-79.

²³³ Ecuador Comisión de la Verdad, *Informe de la Comisión de la Verdad Sin verdad, no hay Justicia*, t. 4, 73-4.

²³⁴ Ecuador Comisión de la Verdad, *Informe de la Comisión de la Verdad Sin verdad, no hay Justicia*, t. 4, 59-63.

son los casos Guzmán Albarracín y otra vs. Ecuador,²³⁵ Guachalá Chimbo y otra vs. Ecuador²³⁶ y Salvador Chiriboga vs. Ecuador.²³⁷ En estos tres casos, pese a la intervención de agentes estatales relacionados de forma directa con la violación a los derechos humanos, los cuales tienen una posición de garante a nivel internacional, no se amplió la posibilidad de que funcionarios que no apliquen el poder punitivo del estado sean generadores de casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma aislada.

- b) El uso arbitrario y/o irracional de la fuerza y/o de las armas de fuego relacionadas con el cumplimiento del deber.**— Esta segunda característica se deriva de la primera, pero tiene contenido propio. En este caso, este incumplimiento del deber de parte de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley constituye un abuso de poder. Una forma de poder diferenciar estos hechos de un delito común es a través de la identificación de un ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado, el cual puede ser utilizado a través de dos expresiones. La primera se refiere a los casos de excesos o desproporción en el uso de la fuerza; y, la segunda se refiere a los casos en los que pese a que no existe necesidad real de recurrir a la fuerza, se simula y/o argumenta la existencia de alguna necesidad. Por otro lado, los delitos que se producen fuera del contexto de aplicación del poder punitivo del estado, no deberían considerarse como casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma aislada, sino como delitos comunes desde el punto de vista de la materia de análisis. Por ejemplo, un femicidio cometido por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley en servicio activo que inclusive utilice su arma de fuego de dotación, pero no lo hace en el contexto de la aplicación del poder punitivo del estado, sino como parte de una relación inequitativa de poder basada en los roles de género.
- c) La generación de una violación directa de las normas internacionales inderogables de derechos humanos en atención al incumplimiento de obligaciones negativas.** – A nivel internacional, los estados deben acreditar dos

²³⁵ Corte IDH, “Sentencia de 24 de junio de 2020 (Fondo, Reparación y Costas)”, *Caso Guzmán Albarracín y otra vs. Ecuador*, 24 de junio de 2020, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf.

²³⁶ Corte IDH, “Sentencia de 26 de marzo de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*, 26 de marzo de 2021, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_423_esp.pdf.

²³⁷ Corte IDH, “Sentencia de 06 de mayo de 2008 (Excepción Preliminar y Fondo)”, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, 6 de mayo de 2008, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf.

tipos de obligaciones con relación a derechos humanos, las obligaciones de hacer y las obligaciones de no hacer.²³⁸ Las primeras son denominadas como obligaciones positivas y constituyen todas aquellas acciones materiales que debe realizar el estado para garantizar el pleno desarrollo de los derechos de todas las personas sujetas a la jurisdicción de un estado; y, en segundo lugar, nos encontramos con las denominadas obligaciones negativas, las cuales se acreditan mediante la abstención de cometer abusos de poder de parte de los agentes estatales. Este segundo tipo de obligaciones tiene mayor trascendencia en caso de su incumplimiento, pues el mismo puede configurarse como alguna de las distintas posibilidades de comisión de un caso de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma aislada.

Cuando agentes estatales cometen un abuso de poder, violan de forma voluntaria los límites de su facultad de actuar legítimamente, es decir, que no únicamente violan procedimiento o mucho menos el deber objetivo de cuidado, sino que lo hacen sabiendo de su accionar ilegítimo. En estos casos esta voluntariedad es mucho más evidente que en otro tipo de violaciones a los derechos humanos, pues no se trata sólo del incumplimiento de una acción que genera la violación de un derecho, sino de la ejecución de una acción lesiva, la cual se concibe como múltiplemente prohibida, tanto a nivel general como de forma específica. Por esta razón, este tipo de casos también son conocidos como violaciones flagrantes a los derechos humanos porque de forma reiterada se ha establecido la prohibición específica de actuar en este sentido. Esto genera de forma instantánea la responsabilidad del estado por violación de las normas internacionales inderogables de derechos humanos en atención al incumplimiento de estas obligaciones negativas. Esta responsabilidad es paralela a la responsabilidad penal de los actores de estos casos generada por la actuación voluntaria de los responsables de estas violaciones.

En este caso, el bien jurídico protegido adquiere una trascendencia fundamental, ya que en todos los casos existe una afectación a la dignidad humana y a los derechos a la vida, libertad e integridad a través de derechos con prohibiciones específicas como son el derecho a no ser víctima de ejecuciones extrajudiciales,

²³⁸ Corte IDH, “Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo)”, “*Niños de la calle*” (*Villagrán Morales*) y otros vs. *Guatemala*, 19 de noviembre de 1999, párr. 139, [https:// www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf).

el derecho a no ser víctimas de torturas, el derecho a no ser víctimas de desapariciones forzadas y el derecho a no ser víctimas de detenciones ilegales y/o arbitrarias. Todas estas normas pertenecen al ámbito de *ius cogens*, en razón de que no pueden derogadas en ningún momento y bajo ninguna justificación.

d) Se configuran en un solo nivel.— Esta característica implica que son delitos que no requieren de la configuración de elementos objetivos generales y de elementos objetivos específicos, sino que se presentan en un solo nivel. Esto significa que no requieren de un contexto general del cual se deriven, sino que se desarrollan fuera del abrigo de una conducta general, ya que su ejecución se presenta en un solo nivel, es decir, no son delitos que requieran dos tipos de elementos objetivos. En este caso, algunas de las formas de expresión de los delitos pertenecientes al derecho penal internacional han adquirido independencia y, sobre todo, protagonismo al no necesitar del abrigo de una conducta general. Esto no quiere decir que no puedan existir formas de participación complejas como casos en los cuales se presenten autorías mediatas o autorías de participación por roles en los que intervengan sujetos activos calificados y sujetos activos no calificados que actúen con la tolerancia de los primeros.

e) Se cometen en forma autónoma o aislada.— Esta es la principal característica que nos ayuda a diferenciar si nos encontramos ante la presencia de un caso de graves violaciones a los derechos humanos cometido de forma aislada y corresponde al grado de lesividad respecto al número de víctimas. En este tipo de casos, no se presentan contextos específicos de eliminar a un grupo protegido por el derecho penal internacional, del desarrollo de un conflicto bélico y sobre todo, que estos casos se ejecutan fuera de un contexto de lesa humanidad. En tal virtud, la comisión de estos casos no se da de forma generalizada por no existir un número considerable de víctimas ni se da en un contexto de sistematicidad porque no responden a la ejecución de una política pública o a un plan generado desde las más altas autoridades del Estado como una línea de conducta.

Estos casos corresponden a todos los casos en los que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en sentido amplio,²³⁹ hagan un uso arbitrario o

²³⁹ Al hacer referencia a este término más allá de lo establecido en el artículo 1 del Código de Conducta para Funcionarios Encargados en Hacer Cumplir la Ley, se hace referencia a todos los funcionarios estatales con capacidad para utilizar el poder de coacción en el Ecuador. Se realiza esta aclaración, ya que el artículo 1 de la Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza presenta un ámbito de competencia restringido al señalar como obligados por dicha normativa únicamente a miembros

desproporcionado de la fuerza violando derechos pertenecientes al *ius cogens*. Estos casos no forman parte de un plan estatal, ya que no son cometidos de forma sistemática y tampoco tienen un número considerablemente elevado de víctimas, sino que se dan por abusos individuales o por abusos que no se desprenden del ejercicio de una política pública o un plan que marque una línea de conducta. Estos casos pueden desarrollarse como graves afectaciones a los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad, y sobre los cuales existen prohibiciones negativas específicas que se abordarán más adelante.

1.5. Características especiales

Las características especiales de los crímenes de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma aislada son aquellas que no recaen directamente sobre la categoría sustantiva o más específicamente sobre los tipos penales que conforman la misma, sino que son aquellas que se desprenden de la necesidad de evitar la impunidad en atención a que son cometidos mediante el abuso del poder punitivo del estado. En tal virtud, estas características recaen en la forma de la respuesta estatal, es decir, en la persecución penal que se asigna a las mismas. En tal virtud, estas características especiales no tienen que ver con los fundamentos epistemológicos de la categoría, sino con las características de la perseguibilidad penal que deben impulsar los estados de acuerdo con su obligación de investigar los casos de graves violaciones a los derechos humanos.

Estas características especiales, en algunos casos, no son únicas de los casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma aislada, sino que también son propias de otros delitos por decisión propia de cada estado. En el Ecuador, por ejemplo, esto sucede en los casos de corrupción o en los casos de delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad. De esta manera, los estados determinan qué conductas penales deben tener esta particular forma de persecución penal. Empero, en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, son las fuentes internacionales, en este caso la jurisprudencia internacional la que ha interpretado los instrumentos

de la Policía Nacional, de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de Seguridad y Vigilancia Penitenciaria obviando a otros agentes que aplican la fuerza en el Ecuador y que sus abusos también se enmarcan en el tema de la presente investigación. Estos funcionarios son los agentes municipales o metropolitanos y el cuerpo de vigilancia aduanera que si bien es cierto no tiene autorización para hacer uso de las armas de fuego, utilizan la fuerza para cumplir con sus funciones legales y constitucionales.

internacionales y ha concluido esta obligatoriedad proveniente de otras obligaciones internacionales.

Dados los pocos estudios que existen sobre graves violaciones a los derechos humanos, se puede ratificar que existe una gran confusión en señalar que estas características especiales forman parte de la definición de esta categoría jurídica, lo cual evidentemente constituye un error. Esto puede deberse al poco desarrollo del tema a nivel doctrinario, ya que en realidad los elementos de las aparentes definiciones se constituyen como características especiales. De esta forma, características como la imprescriptibilidad de la acción y de la pena se encuentran en las fronteras entre el derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal. En otros casos, estas características se relacionan con la parte sustantiva general relacionada con la teoría del delito, en algunos casos se afecta la punibilidad y en otros sí existe una relación directa con la parte adjetiva correspondiente.

En este sentido, volviendo a lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los párrafos 41 de la sentencia del caso *Barrios Altos vs. Perú*²⁴⁰ y en el párrafo 116 de la sentencia del caso *Bulacio vs. Argentina*,²⁴¹ se aprecia la denominación de esta nueva categoría jurídica y se establece los efectos jurídicos de la comisión de este tipo de infracciones relacionados con la perseguibilidad penal o como se ha expuesto las características específicas de la forma de la persecución penal de este tipo de casos. Estas consecuencias establecen límites a ciertos derechos en el ámbito procesal para favorecer su investigación, procesamiento, juzgamiento y sanción de acuerdo a normas internacionales de derechos humanos, lo cual constituye el debido proceso reforzado que debe cumplir este tipo de casos.

A continuación, se realizará un breve repaso por las instituciones especiales, relacionadas al debido proceso especial que caracteriza a la persecución penal de este tipo de conductas. Algunas de estas han sido señaladas de forma expresa por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otras han sido deducidas de estos fallos en concordancia con lo establecido por nuestro sistema penal procesal. Estas características son las siguientes:

a) La imprescriptibilidad.— La imprescriptibilidad constituye la excepción a la regla general de la prescripción. Esta institución está conformada por el paso del tiempo más algún efecto jurídico habilitante o inhabilitante. Este segundo efecto es el que aplica

²⁴⁰ Corte IDH, “Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo)”, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, párr. 41.

²⁴¹ Corte IDH, “Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Bulacio vs. Argentina*, párr. 116.

para el caso del derecho penal, ya que limita la posibilidad de iniciar o continuar la persecución penal y/o limita la posibilidad de imponer una pena, es decir, que se afecta a la procedibilidad y a la punibilidad respectivamente.²⁴² En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: “La prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores”.²⁴³ Si bien es cierto que los “[p]lazos de prescripción no se consideran procesales sino materiales [...]”,²⁴⁴ estos influyen directamente en el procedimiento penal y/o, además, en el procedimiento de ejecución de la pena.

Por regla general, los estados tienen la potestad soberana de establecer uno o varios plazos de prescripción, de acuerdo a la lesividad de la conducta prohibida u otros aspectos supervinientes dentro del proceso penal, como, por ejemplo, la suspensión del proceso penal y los plazos de la prescripción en casos de fuga.²⁴⁵ En este sentido, para determinar la prescriptibilidad o la imprescriptibilidad de las infracciones penales existen dos fuentes: a) Las nacionales (normativas); y, b) Las internacionales (normativas, jurisprudenciales y de *ius cogens*). Así, en ciertos casos, pese a la existencia de normas nacionales generales que regulen la prescripción de todos los delitos, estas no son aplicables para casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma autónoma, ya que la perseguibilidad penal en estos casos es regida por las normas de derecho internacional para evitar su impunidad.

De esta manera, las normas procesales internas que establezcan el límite a la persecución penal son inválidas y, por lo tanto, inaplicables cuando se trate de casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma. Esto se da en primer lugar por la gravedad de estas acciones al ser cometidas por parte del propio estado a través de sus agentes, y porque su investigación, procesamiento, juzgamiento o sanción pueden ser impedidos por el propio aparato estatal por motivos mediáticos, políticos o personales que favorezcan el espíritu de cuerpo para dejar los hechos en la impunidad. La interposición y aplicación de normas impertinentes favorece la impunidad y genera una potencial responsabilidad internacional del estado.

²⁴² Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 759.

²⁴³ Corte IDH, “Sentencia de 22 de noviembre de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Albán Cornejo vs. Ecuador*, párr. 111.

²⁴⁴ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 8.^a ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 145.

²⁴⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 563.14.

En tal virtud, para garantizar el acceso a la justicia en este tipo de casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “[l]a prescripción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional”.²⁴⁶ Esta constituye una excepción válida para este tipo de casos y, de ninguna manera, se restringen derechos de forma ilegítima. Como se ha habido señalado previamente, existen ciertos derechos que admiten limitaciones plenamente fundamentadas, entre estos, la prescripción pasa a formar parte de los derechos consagrados en el debido proceso que admiten esta restricción.

b) El plazo de las investigaciones.— Esta no es una institución revisada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ningún caso, pero tiene relación directa con los plazos para culminar una investigación y con un posible resultado de impunidad. En muchos estados el límite para realizar una investigación corresponde al tiempo de la prescripción, pero en el caso ecuatoriano existe una limitante adicional. Este tiene el objetivo de no dejar en la incertidumbre a las personas sospechosas de haber cometido una infracción y de favorecer el cumplimiento de un plazo razonable. De esta manera, de acuerdo a lo establecido por los artículos 585 y 586 del Código Orgánico Integral Penal²⁴⁷ las investigaciones tienen un plazo de hasta un año en delitos sancionados con una pena de hasta cinco años y de hasta dos años en delitos sancionados con penas de más de cinco años, luego de lo cual dichas investigaciones deberían ser archivadas.

En el caso ecuatoriano, pese a la existencia de estas disposiciones, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las mismas son sólo normas referenciales, constituyéndose como “[u]n mero direccionamiento de la etapa pre procesal, sin que merme la capacidad de ésta institución (SIC la Fiscalía General del Estado) en el cumplimiento de sus competencias [...]”.²⁴⁸ No obstante, en una sentencia más reciente, se ha señalado que la limitación a las investigaciones penales en delitos de acción pública genera una “[e]xpectativa legítima sobre la duración de la etapa previa investigativa, evitando así una indeterminación temporal que genere una incertidumbre prolongada respecto a la situación jurídica de las personas investigadas”.²⁴⁹

²⁴⁶ Corte IDH, “Sentencia de 22 de noviembre de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Albán Cornejo vs. Ecuador*, párr. 111.

²⁴⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, arts. 585 y 586.

²⁴⁸ Ecuador Corte Constitucional, Sentencia n.º 031-10-SEP-CC, en *Caso n.º: 0649-09-EP*, 15 de julio de 2010.

²⁴⁹ Ecuador Corte Constitucional, Sentencia n.º 54-21-IN/24, en *Caso n.º: 54-21-IN*, 6 de junio de 2024, párr. 38.

Al revisar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se aprecia que las instituciones prohibidas no son *numeros clausus*, sino que se llama a la analogía *in bonam partem*, es decir, a la consideración de todas aquellas instituciones cuya aplicación deba restringirse para evitar la impunidad de casos de graves violaciones a los derechos humanos. Así, se ha señalado que no sólo son inadmisibles las normas sobre prescripción, sino “[c]ualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones a los derechos humanos”.²⁵⁰ Para dar un mejor contexto, pese a que no se señala de forma expresa el término graves violaciones a los derechos humanos, dicho texto forma parte del caso *Bulacio vs Argentina*, en el cual se sancionó una detención ilegal en concurso con una ejecución extrajudicial, lo que evidentemente forma parte de la categoría analizada.

En este caso, basados en el principio de *a maiori ad minus* o *el que puede lo más puede lo menos*, también se puede señalar que si está prohibida la mayor institución jurídica respecto a los límites temporales de la investigación, también se puede señalar que otras instituciones de menor jerarquía tampoco son aplicables a este tipo de casos. Por lo tanto, las investigaciones de casos de graves violaciones a los derechos humanos no pueden estar restringidas por plazos de ninguna naturaleza y la improcedencia del archivo por cumplimiento de plazos generales no viola el debido proceso. El no archivar una de estas investigaciones en los plazos referidos tampoco se podrá considerar como acción desvalorada para casos de procesos disciplinarios o de evaluación, ya que estos límites no aplican para este tipo de investigaciones.

c) Las amnistías.— Una amnistía es una figura jurídica especial que da fin a la posibilidad de iniciar una acción penal. El término amnistía proviene del griego *amnesis* que significa olvido.²⁵¹ En tal virtud, una amnistía constituye un “[a]cto de poder soberano para aplicar el principio *tabula rasa* a ofensas pasadas, [...], de manera que se dé fin a los procedimientos ya iniciados o que se estén por iniciar, o a veredictos que se hayan ya pronunciado”.²⁵² Según cada estado, pueden existir amnistías generales para eventos o periodos determinados o amnistías específicas concedidas por eventos, periodos o personas. De acuerdo con nuestro marco jurídico, las amnistías son concedidas por la Asamblea Nacional con la prohibición explícita de concederlas en casos de genocidio,

²⁵⁰ Corte IDH, “Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Bulacio vs. Argentina*, párr. 116.

²⁵¹ Faustin Z. Ntoubandi, *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law* (Leiden / Boston: Martinus Nijhoff, 2007), 9.

²⁵² *Ibíd.*

torturas, desapariciones forzadas, secuestros, homicidios por razones políticas o de conciencia.²⁵³

Como se puede apreciar, en nuestra normativa constitucional ya existe una incorporación parcial de algunos estándares internacionales al señalar varios tipos penales provenientes del derecho penal internacional que no pueden ser amnistiados en ninguna circunstancia. Sin embargo, en esta adecuación normativa encontramos un proceso incompleto e inexacto debido a que no se ha incorporado a todos los delitos provenientes del derecho penal internacional. Además, al incorporar a los secuestros y los homicidios por razones políticas o de conciencia, se ha incorporado dos delitos con elementos adicionales a los establecidos por la normativa jurídico – penal. En este caso, podría considerarse que se trata de señalar que dichas conductas tampoco podrían ser amnistiadas por constituirse como crímenes de estado.

Con relación a los casos de graves violaciones a los derechos humanos, sólo las torturas y las desapariciones forzadas tienen la prohibición expresa del otorgamiento de amnistías en la actualidad, pero por ejemplo no se toma en cuenta a las ejecuciones extrajudiciales, las cuales han sido incluidas en esta categoría por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Adicionalmente, por reunir las mismas características, los casos de detenciones ilegales y arbitrarias, así como los casos de extralimitación en la ejecución de acto de servicio también deberían tener esta prohibición, ya que ambos delitos son producidos por un uso innecesario y/o desproporcionado de la fuerza por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, lo cual genera una violación de normas *ius cogens*.

Aun así, se debe tomar en cuenta que esta prohibición no sólo aplica para los casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma autónoma en la actualidad, sino también para todos los casos, independientemente de su fecha de comisión. En tal virtud esta prohibición también aplica para los casos cometidos antes de la vigencia de la Constitución de 2008. Esta prohibición aplica para todas las formas en las que pueda ser concedida esta figura, ya sea a través de leyes de amnistía propiamente dichas, leyes de perdón y olvido, leyes de punto final o de resoluciones legislativas con rango de ley.

d) Los indultos.– La figura del indulto es otra forma de extinguir la acción penal, la cual sólo aplica de forma individual a aquellos casos que cuentan con una pena en

²⁵³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 120 num. 13.

firme. Esta figura aparece en el estado absolutista, cuando el monarca concedía el perdón individual o derecho de gracia a sus súbditos condenados.²⁵⁴ “Desde el punto de vista político-criminal, el derecho de gracia puede ser utilizado como medio para conseguir la rehabilitación del condenado, corregir errores judiciales o templar el excesivo rigor de penas legalmente impuestas”.²⁵⁵ Aun así, en la práctica esta figura ha sido utilizada en muchos casos por motivos coyunturales para sustraer del ámbito de la justicia a personas cercanas a los gobiernos²⁵⁶ o cuando se considera políticamente conveniente mostrar el respaldo a la aplicación del derecho penal simbólico, es decir, para favorecer los abusos de poder en desmedro de la falta de seguridad.

En el Ecuador, esta figura puede ser concedida sólo por el poder ejecutivo y, de acuerdo con las normas constitucionales y legales. En un inicio, cuando existió la primera referencia jurisprudencial a esta categoría jurídica en la sentencia del caso Barrios Altos vs. Perú no se había abordado la figura de los indultos de forma expresa, y no es sino hasta la sentencia del caso Molina Theisen vs. Guatemala, en la cual se señaló que “[e]l Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o *suprimir los efectos de la sentencia condenatoria*”.²⁵⁷

e) El fuero privativo.— Los fueros especiales nacieron con la finalidad de investigar y juzgar los delitos de función que pudiesen cometer los miembros de la fuerza pública. Los tipos penales de competencia de esta jurisdicción son aquellos que “[p]or su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”,²⁵⁸ es decir, “[l]a disciplina, la obediencia o la subordinación”.²⁵⁹ Así, “para que se configure un delito de función no basta con que la conducta prohibida sea realizada por efectivos militares en actividad y en acto del servicio o con ocasión de él, sino principalmente que tal conducta afecte bienes jurídicos estrictamente castrenses”.²⁶⁰ En este caso, se debe señalar que esta clasificación no abarca únicamente a miembros de las fuerzas armadas, sino a

²⁵⁴ Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 756-7.

²⁵⁵ Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 403.

²⁵⁶ *Ibíd.*

²⁵⁷ Corte IDH, “Sentencia de 03 de julio de 2004 (Reparaciones y Costas)”, *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*, 3 de julio de 2004, párr. 83, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_108_esp.pdf.

²⁵⁸ Corte IDH, “Sentencia de 16 de agosto de 2000 (Fondo)”, *Caso Durand Ugarte vs. Perú*, 16 de agosto de 2000, párr. 117, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf.

²⁵⁹ Villanueva Bogani, *Empleo razonable de las armas de fuego en el control de la seguridad pública*, 64.

²⁶⁰ Perú Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Expediente n.º: 0012-2006-PI/TC*, 15 de diciembre de 2006, párrafo 38b.

todos aquellos fueros especiales creados para mantener la disciplina en una institución castrense, como, por ejemplo, la Policía Nacional.

En virtud de estos antecedentes, todos aquellos actos en los cuales los miembros de la fuerza pública cometan faltas alejadas de estos límites, deben ser investigados y juzgados por el fuero común y ordinario. Mucho más cuando las infracciones cometidas constituyan casos de violaciones a los derechos humanos por abusos de poder y por un uso arbitrario y desproporcionado de la fuerza o de las armas de fuego, ya que los fueros privativos carecen de independencia e imparcialidad²⁶¹ al momento de investigar y juzgar a sus compañeros. Por esta razón los Estados se encuentran proscritos de considerar válidas las resoluciones de “[t]ribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”,²⁶² ya que los casos de graves violaciones a los derechos humanos no son delitos de función.

De esta manera, si se considera inválido el fuero privativo como sistema de justicia por afectar a la independencia e imparcialidad de las investigaciones, procesamientos y resoluciones, también son inválidos los tipos penales pertenecientes a dichas jurisdicciones cuando se refieran a violaciones a los derechos humanos. Y no sólo se debe considerar inválido su accionar, sino el uso de normas penales diseñadas para ser aplicadas en dicha jurisdicción privativa, puesto que los casos de violaciones a derechos humanos siempre pertenecen a la jurisdicción ordinaria. Ahora bien, una vez que se ha analizado el fuero funcional, también es necesario dejar constancia de que no sólo la jurisdicción privativa y las normas penales propias de la misma son consideradas inválidas para casos de violaciones a los derechos humanos, sino también las normas procesales relacionadas. En este sentido, los fueros que el personal de la fuerza pública mantenía al momento de cometer una infracción tampoco pueden ser considerados legales al momento de investigar y juzgar violaciones a derechos humanos que estén sancionados como hechos criminales. Así por ejemplo, si un funcionario de la fuerza pública ostentaba un fuero superior por una ley militar o policial, este fuero será reconocido por los

²⁶¹ Corte IDH, “Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, 23 de noviembre de 2009, párr. 267.

²⁶² Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

tribunales ordinarios únicamente si la ley ordinaria establece ese fuero para dicho funcionario en la jurisdicción ordinaria.

f) La cosa juzgada fraudulenta.— En materia penal, al igual que en toda materia jurídica sometida al conocimiento de un juez o tribunal, al final del proceso existe una sentencia que resuelve el punto controvertido. Esta sentencia está en firme y adquiere la característica de cosa juzgada luego de que no ha sido impugnada o luego de la resolución de todos los recursos procesales. En tal virtud, la institución jurídica de la cosa juzgada corresponde a la “[c]ualidad de inimpugnable e inmutable asignada por la ley a la decisión contenida en una sentencia firme dictada en un proceso contencioso con relación a todo proceso posterior entre las mismas partes (u otras personas afectadas) que verse sobre el mismo objeto y se funde sobre la misma causa”.²⁶³ Sin embargo, esta no es la única decisión inimpugnable especialmente en materia penal, sino que también existe la posibilidad de que sea un sobreseimiento aquel que dio término a un procesal penal, ya sea que se haya apelado o no.

De esta manera, las decisiones judiciales en firme dotan de seguridad jurídica a la ciudadanía en cumplimiento del principio *non bis in idem* que significa que una persona que ya ha sido juzgada o procesada y que su proceso culminó con una resolución favorable, no puede volver a ser juzgada nuevamente por los mismos hechos. Este derecho se encuentra garantizado a nivel nacional²⁶⁴ y a nivel internacional²⁶⁵ con la connotación de que no sólo se aplica la prohibición de juzgamiento, sino que implícitamente tampoco podría procesarse nuevamente a una persona por los mismos hechos cuando a los mismos concurra “[I]o que se denomina la triple identidad: la primera corresponde a la identidad de sujeto, la segunda de hecho y la tercera de fundamento o vulneración del mismo bien jurídico”.²⁶⁶

Ahora bien, el derecho internacional ha establecido que, pese a que una sentencia penal se encuentre en firme, cuando se ha dejado en la impunidad de forma deliberada casos de graves violaciones a los derechos humanos, puede aplicarse una figura

²⁶³ Ángel Landoni Sosa, “La cosa juzgada: valor absoluto o relativo”, *Revista Derecho PUCP*, n.º 56 (2003): 297, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200301.007>.

²⁶⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76.7.i.

²⁶⁵ OEA Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art. 8.4, (B-32); ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, art. 14.7, (RES 2200 A-XXI).

²⁶⁶ Liliana Hernández Mendoza, “El “non bis idem”, en *El ámbito sancionador: Estudio comparado de los sistemas español y mexicano*” (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2013), 4, <https://eprints.ucm.es/18106/1/T34239.pdf>.

proveniente del derecho penal internacional: la cosa juzgada fraudulenta.²⁶⁷ En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el *non bis in idem* no es un derecho absoluto²⁶⁸ cuando se producen los siguientes casos:

i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia.²⁶⁹

La explicación jurídica frente a estos casos es que, en realidad, no nos encontramos frente a una sentencia con el carácter de cosa juzgada, sino frente a una cosa juzgada aparente y, por lo tanto, si aparecen elementos que denotan dicha parcialidad ilícita o si un organismo internacional ha determinado su existencia, los estados tienen la obligación de reabrir la investigaciones y proceder con el procesamiento y juzgamiento de los responsables de casos de graves violaciones a los derechos humanos. Esto incluso cuando las legislaciones locales no prevean un mecanismo procesal expreso para el efecto. En el caso del Ecuador, se ha considerado que cuando existe una formulación de cargos por uno de estos delitos, la etapa pertinente para discutir las alegaciones de doble procesamiento es la etapa intermedia que tiene la misión de analizar si existen cuestiones de procedibilidad que pudieran impedir la sustanciación del proceso penal.

Así mismo, en nuestro país se han producido varios casos en los cuales se ha denunciado la existencia de cosa juzgada fraudulenta o aparente en las resoluciones judiciales que han puesto fin a dichos procesos, especialmente, en casos en los que la jurisdicción policial o militar ha sustraído a los responsables de casos de graves violaciones a los derechos humanos de su responsabilidad penal. Estos casos fueron denunciados por el Informe de la Comisión de la Verdad del Ecuador, “Sin Verdad, no hay justicia”,²⁷⁰ de los cuales a la presente fecha existen 6 casos que han sido procesados²⁷¹ y han vencido las alegaciones sobre la existencia de una sentencia

²⁶⁷ ONU Asamblea General, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, art. 20.3.

²⁶⁸ Corte IDH, “Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 156, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

²⁶⁹ *Ibíd.*

²⁷⁰ Ecuador Comisión de la Verdad, *Informe de la Comisión de la Verdad Sin verdad, no hay Justicia*.

²⁷¹ Caso Fybeca por ejecuciones extrajudiciales (sentencia condenatoria en firme con procesados prófugos); caso Fybeca por desaparición forzada de personas (sentencia condenatoria de primera instancia); caso Lema por detención ilegal y torturas (sentencia condenatoria en firme); caso Tapia por ejecución

inamovible. De estos casos, dos de ellos correspondientes a las ejecuciones extrajudiciales y a las desapariciones forzadas producidas en la farmacia “Fybeca” de la ciudadela “La Alborada” de la ciudad de Guayaquil el 19 de noviembre de 2003 que cuentan con sentencias condenatorias en las que también se ha declarado por primera vez en el Ecuador la existencia de este mecanismo que inicialmente dejó los hechos en la impunidad²⁷² y, que por lo tanto, la misma no debe ser tomada en cuenta como una barrera para no sancionar a los responsables.

g) Los excluyentes de responsabilidad que tiendan a dejar en la impunidad los hechos.— Al analizar el párrafo 41 de la sentencia del caso Barrios Altos vs. Perú (Fondo),²⁷³ se puede verificar que el mismo no se refiere a *numerus clausus*, sino que lo que hace es señalar la ineficacia de argumentar cualquier norma jurídica que tienda a dejar en la impunidad casos de graves violaciones a los derechos humanos. Dada la configuración de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, en especial, de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, se puede decir que sus sistemas jurídicos no se basan únicamente en el sistema continental, sino que tiene una fuerte influencia del derecho anglosajón. En este caso, el derecho penal del *common law* es diferente al sistema dogmático que se utiliza en la Europa continental y en Latinoamérica.

Así, por un lado, al establecer el término excluyentes de responsabilidad penal, no se refiere a lo que según la teoría del delito continental se configura como un eximente de la culpabilidad, sino que se refiere a lo que en derecho penal anglosajón se conoce como “excuses” o excusas en general (justificaciones) que aglutinan tanto las causas de exclusión de la antijuridicidad como los eximentes de responsabilidad penal que anulan la culpabilidad. Sin embargo, en el párrafo referido, que marca el inicio de toda una línea jurisprudencial, no se prohíbe la aplicación de estas figuras *per se*, sino que su objetivo es inaplicarlas a los casos en los que estas sean utilizadas como una forma de impunidad

extrajudicial (sentencia condenatoria de primer instancia); caso Cañola por detención ilegal y torturas (sentencia condenatoria en firme); caso Sabando Veliz por desaparición forzada de personas (sentencia ratificatoria de inocencia, que ha sido apelada); y, caso Ángel Macías (en atapa de juzgamiento). También existen otros casos que han superado la etapa preparatoria y la alegación de cosa juzgada, pues esta no fue independiente ni imparcial, que corresponden a casos de lesa humanidad o casos remitidos desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

²⁷² Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 17141-2013-01631*, 24 de noviembre de 2015, 135; Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 17721-2016-0003*, 24 de noviembre de 2015, sección 8.1; Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 17721-2016-0003*, 11 de septiembre de 2024.

²⁷³ Corte IDH, “Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo)”, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, párr. 41.

mediante la obstrucción de “[l]a investigación, procesamiento y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos [...]”.²⁷⁴

Dentro de este contexto, se llega a entender que lo que se prohíbe no es la aplicación de una institución jurídica como tal, sino que lo que se prohíbe es la aplicación de esas figuras cuando tienen el propósito de sustraer a los perpetradores de su responsabilidad penal. Sobre este punto, con una perspectiva diferente, es importante tomar en cuenta lo que concluyen Adrián Lengua Parra y Víctor Emilio Ostolaza Seminario al mencionar que este señalamiento se lo ha realizado de forma general y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no podría “[i]ncluir en estas limitaciones a las instituciones de la teoría del delito porque esto conllevaría una intromisión injustificada en el derecho que tienen los estados a determinar cómo se aplican las normas internas”.²⁷⁵ Así, este término se hubiera utilizado como una referencia general y no como un elemento del sistema penal anglosajón.

Sea cual sea la razón no explicada con más profundidad por parte de los jueces que dictaron esta sentencia y de quienes han seguido esta línea jurisprudencial, se debe establecer que desde el punto de vista del derecho penal continental sí son aplicables las instituciones de la teoría del delito a los casos relacionados cuando su aplicación no sea ilegal e ilegítima. Es decir, que estas instituciones jurídicas no hayan sido aplicadas con la finalidad de dejar los hechos en la impunidad, sino de favorecer adecuados procesos de rendición de cuentas. Así, por ejemplo, se puede apreciar que con relación al derecho a la vida, cuando se investigue una presunta ejecución extrajudicial es posible que la misma haya sido cometida en franca violación de los principios fundamentales sobre uso de la fuerza o que efectivamente haya existido la correspondiente legalidad, estricta necesidad y proporcionalidad en las actuaciones estatales y que, por lo tanto, no exista delito.

Ahora bien, basados en estos fundamentos, como se señaló previamente pueden existir otras normas jurídicas u otras prácticas ilegítimas de rendición de cuentas que tengan como objetivo dejar a la impunidad los casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma. Así, se puede señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos “[n]o ha propuesto una lista cerrada a estas restricciones”.²⁷⁶ Por esta razón, se considera que sí se ha fundamentado la prohibición

²⁷⁴ *Ibíd.*

²⁷⁵ Lengua Parra y Ostolaza Seminario, “Enemistad aparente: la tensión entre el concepto de graves violaciones de derechos humanos”: 263.

²⁷⁶ *Ibíd.*

de la aplicación de cualquier otra institución jurídica o cualquier práctica que trate de favorecer la impunidad.

Entre estas instituciones, en el Ecuador se ha podido identificar a un tipo penal que no existe en otras legislaciones del mundo con la configuración que ha establecido el legislador ecuatoriano y que ha generado confusión sobre si, en realidad, un uso ilegítimo de la fuerza constituye una grave violación a los derechos humanos o un delito común. Este tipo penal se encuentra en el artículo 293 del Código Orgánico Integral Penal y su texto reza de la siguiente manera:

La o el servidor de Policía Nacional, Fuerzas Armadas o del Cuerpo de Seguridad y Vigilancia Penitenciaria que, en la ejecución de un acto del servicio, haga uso excesivo de la fuerza sin observar los principios, niveles y disposiciones establecidas en la ley de la materia y que como consecuencia de ello, produzca lesiones a una persona, será sancionado con pena privativa de libertad que corresponda, según las penas de las lesiones.

Si como consecuencia de la inobservancia de los principios, niveles y disposiciones del uso legítimo de la fuerza, se produce la muerte de una persona, siempre y cuando no se incurra en delitos tipificados como graves violaciones a los derechos humanos, la servidora o servidor será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años.²⁷⁷

Pese a que este delito en primera instancia no tiene ningún elemento que aparente desconcierto, su aplicación en el Ecuador ha ocultado y ha dejado en la impunidad múltiples casos de ejecuciones extrajudiciales y torturas desde el 10 de agosto de 2014. Esto se debe principalmente a que al estar configurado como un delito común no entra en las estadísticas de graves violaciones a los derechos humanos. Si bien es cierto que en el inciso segundo se puede apreciar la existencia de una guía en cuanto a su aplicación subsidiaria, señalando que sólo sería pertinente para aquellos casos en los que no exista una grave violación a los derechos humanos, este tipo penal ha servido para garantizar la impunidad de los crímenes internacionales de violación a los derechos humanos referidos. Esto sucede porque no se utiliza estándares internacionales en su investigación o, inclusive, se ha llegado al extremo de que en aquellos casos en los cuales sí se han utilizado estos estándares, las autoridades judiciales los han rechazado.²⁷⁸

²⁷⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 193.

²⁷⁸ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia de casación”, en *Juicio n.º: 06282-2021-01091*, 31 de enero de 2024, párr. 6.75.

2. Tipos penales que forman parte de esta categoría jurídica

Una vez que se ha arribado a este punto, es necesario desarrollar las características principales que en el ámbito sustantivo presenta cada uno de los crímenes que forman parte de esta categoría jurídica, tanto aquellos que han sido señalados de forma expresa, como aquellos que se deduce de la interpretación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estos son los siguientes:

- Las ejecuciones extrajudiciales, extralegales, sumarias o arbitrarias;
- Las torturas;
- Las desapariciones forzadas;
- Las detenciones ilegales y arbitrarias; y,
- Otras posibilidades (la extralimitación en la ejecución de un acto de servicio).

2.1. Las ejecuciones extrajudiciales, extralegales, sumarias o arbitrarias

Entre los escasos conceptos existentes en la doctrina, Humberto Henderson establece conceptualmente como una ejecución extrajudicial a aquella en la que “[s]e consuma la privación arbitraria de la vida por parte de agentes del Estado, o con la complicidad, tolerancia o aquiescencia de éstos, sin un proceso judicial o legal que lo disponga”.²⁷⁹ En este caso podemos apreciar una definición restringida, ya que únicamente aplicaría para aquellos casos en los cuales, la pena de muerte sí conste en la legislación de un estado determinado, pero esta sea aplicada de forma arbitraria o hasta anticipada. Así mismo, la complicidad de un agente estatal no convertiría a un delito en contra la vida en una ejecución extrajudicial *per se*, puesto que el curso causal está dirigido por otra persona particular que no realiza un abuso del poder punitivo del estado para cometer el delito.

A nivel normativo, se deben revisar las normas que defienden el derecho a la vida y que prohíben las ejecuciones extrajudiciales o arbitrarias. Así, en primer término, nos remitimos a las normas internacionales, entre las que encontramos al artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁸⁰ y el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,²⁸¹ las cuales establecen la protección al derecho a

²⁷⁹ Humberto Henderson, *Las ejecuciones extrajudiciales o el homicidio en las legislaciones de América Latina*, Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos 43, n.º 1 (2006): 285, content (iidh-jurisprudencia.ac.cr).

²⁸⁰ ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 6.

²⁸¹ OEA Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 4.

la vida, la prohibición de la privación arbitraria de la vida y el establecimiento de varias restricciones relacionadas con la aplicación de la pena de muerte. Dentro de estas normas resalta aquella que se refiere a que los estados que han derogado la pena de muerte ya no pueden volver a imponerla bajo ningún motivo, entendiéndose la existencia de una prohibición absoluta de las ejecuciones extrajudiciales como también de la posibilidad de volver a aplicar aquellas consideradas como judiciales.

Tanto la protección al derecho a la vida, así como la prohibición de que los estados cometan privaciones arbitrarias de la vida son consideradas como normas *ius cogens*,²⁸² es decir, normas imperativas de derecho internacional consuetudinario que no pueden ser derogadas por ningún motivo. Estas máximas han sido recogidas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma que ha señalado que el derecho a la vida es fundamental porque su goce deviene en un pre requisito para el ejercicio del resto de derechos.²⁸³ De esta manera, los estados tienen el deber de garantizar que sus agentes no produzcan violaciones a este derecho, en especial, con relación a la obligación de que no existan privaciones arbitrarias de la vida.²⁸⁴ Además, se establece que siempre debe realizarse una interpretación restrictiva en cuanto a la posibilidad de privación del derecho a la vida,²⁸⁵ en especial, en los casos de ejecuciones extrajudiciales, por lo que:

No podrán invocarse para justificar esas ejecuciones circunstancias excepcionales, como por ejemplo el estado de guerra o de riesgo de guerra, la inestabilidad política interna ni ninguna otra emergencia pública. Esas ejecuciones no se llevarán a cabo en ninguna circunstancia ni siquiera en situaciones de conflicto armado interno, abuso o uso ilegal de la fuerza por parte de un funcionario o de otra persona que actúe con carácter oficial o de una persona que obre a instigación, o con el consentimiento o la aquiescencia de aquélla, ni tampoco en situaciones en las que la muerte se produzca en prisión.²⁸⁶

Como se puede apreciar, a nivel internacional, los estados deben acreditar dos tipos de obligaciones con relación a derechos humanos, las obligaciones de hacer y las obligaciones de no hacer.²⁸⁷ Las primeras son denominadas como obligaciones positivas y constituyen todas aquellas acciones materiales que debe realizar el estado para

²⁸² CIDH, “Informe de Fondo 47/96” de 16 de octubre de 1996”, *Caso Víctimas del barco Remolcador “13 de marzo” vs. Cuba*, 14 de marzo de 2001, párr. 79, Cuba 11.436 (oas.org).

²⁸³ Corte IDH, “Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo)”, “*Niños de la calle*” (*Villagrán Morales*) y otros vs. *Guatemala*, párr. 144.

²⁸⁴ *Ibíd.*

²⁸⁵ *Ibíd.*

²⁸⁶ ONU Consejo Económico y Social. Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias, Resolución 1989/65, 24 de mayo de 1989, párr. 1.

²⁸⁷ Corte IDH, “Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo)”, “*Niños de la calle*” (*Villagrán Morales*) y otros vs. *Guatemala*, párr. 139.

garantizar el pleno desarrollo de los derechos de todas las personas sujetas a su jurisdicción; y, en segundo lugar, nos encontramos con las denominadas obligaciones negativas, las cuales se acreditan mediante la abstención de cometer abusos de poder de parte de los agentes estatales. Este segundo tipo de obligaciones tiene mayor trascendencia en caso de su incumplimiento, pues su incumplimiento puede configurarse como alguna de las distintas posibilidades de comisión de un crimen de estado.

En un segundo grado de vinculatoriedad, a nivel interno, el numeral 1) del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce y garantiza el derecho a la vida.²⁸⁸ Además, señala de forma expresa que no existirá pena de muerte en ningún caso. Esta prohibición se encuentra en concordancia con lo prescrito por el artículo 85 del Código Orgánico Integral Penal que tipifica esta conducta, de la siguiente manera:

La funcionaria o el funcionario público, agente del Estado que, de manera deliberada, en el desempeño de su cargo o mediante la acción de terceras personas que actúen con su instigación y se apoye en la potestad del Estado para justificar sus actos, prive de la vida a otra persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.²⁸⁹

Ahora bien, previo a analizar el tipo penal como tal, sus elementos y las formas de su posible comisión, es necesario entender a qué se refiere el mismo, por lo que en un primer momento, se procederá a analizar su denominación. En este caso, al referirnos al término ejecución, nos encontramos ante una privación de la vida, es decir, la aplicación de la pena de muerte. En el caso de no tener sustento jurídico para realizarse, se configura como ilegal e ilegítima, por lo tanto, constituye una violación al derecho internacional de los derechos humanos, a la legislación local de cada estado y a la dignidad humana. Si bien es cierto que, el término *ejecución extrajudicial* es el más difundido, no es el único con el cual se conoce a esta conducta, ya que este crimen posee varias denominaciones, así se entiende que los calificativos de extrajudicial, extralegal, sumaria o arbitraria pueden utilizarse de forma indistinta.

Sin embargo, se puede señalar que el término mayormente difundido corresponde al *nomen iuris* de *ejecución extrajudicial* que será el único que se utilizará a partir de este momento. Para dar contenido a este crimen, es necesario remitirse a lo considerado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual lo ha relacionado con el uso desproporcionado de la fuerza, señalando que “[c]uando se usa fuerza excesiva toda

²⁸⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76.1.

²⁸⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 85.

privación de la vida resultante es arbitraria”.²⁹⁰ En este caso da igual si el uso de la fuerza fue necesario o no, también debe medirse el nivel apropiado de respuesta. Esto se da porque “[e]l estado no puede desbordar el uso de la fuerza con consecuencias letales [...]”²⁹¹ en ningún caso si sus agentes no se encuentran habilitados por una necesidad suficiente y sólo en el caso de que no exista ningún otro recurso disponible para contener una amenaza contra la vida o la integridad propia o de terceros.²⁹²

Llegado a este punto, se analizará las principales instituciones de la teoría del delito que pudieran presentar dudas. Sobre el tipo penal en sí, no hay que confundir, la acción que es realizada por el agente estatal, generalmente, un funcionario encargado de hacer cumplir la ley en sentido amplio, con la conducta generadora de responsabilidad estatal. Para este análisis dogmático nos apegaremos a concebir a la acción como el resultado dañino para la sociedad independientemente de la intención del sujeto. En primer lugar, este tipo penal se puede cometer de forma directa por la acción del funcionario encargado de hacer cumplir la ley; en segundo lugar, este tipo sí acepta la posibilidad omisiva, pero esta falta de acción inexcusablemente requiere un sujeto activo calificado que ejecute la acción y un segundo actor calificado que omita actuar pese a su obligación legal de hacerlo.

En el caso particular del Ecuador, nuestra legislación penal admite a la omisión propia y a la omisión impropia. Las primeras “son aquellas omisiones que están expresamente señaladas en la ley penal como delito, es decir, el no hacer está tipificado”.²⁹³ Sobre la omisión impropia o comisión por omisión, estas conductas “son aquellas que no están expresamente señaladas en la ley, sino que son construidas por el intérprete a partir de tipo de comisión”.²⁹⁴ Entonces, el delito de ejecución extrajudicial

²⁹⁰ Corte IDH, “Sentencia de 04 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*, 04 de julio de 2007, párr. 84, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf. Corte IDH, “Sentencia de 05 de julio de 2006 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, 05 de julio de 2006, párr. 68, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf. Corte IDH, “Sentencia de 27 de agosto de 2014 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Hermanos Landaeta Mejía y otros vs. Venezuela*, 27 de agosto de 2014, párrs. 142 y 259, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_281_esp.pdf.

²⁹¹ Corte IDH, “Sentencia de 05 de julio de 2006 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, párr. 70.

²⁹² Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, 07 de septiembre de 1990, num. 4 y 9.

²⁹³ Pablo Encalada Hidalgo, *Teoría constitucional del delito Análisis Aplicado al Código Orgánico Integral Penal*. (Quito: corporación de estudios y publicaciones, 2015), 32.

²⁹⁴ Juan Bustos Ramírez, *Derecho Penal Parte General, Obras completas*. (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2008), 879.

puede ser cometido por omisión impropia siempre que sea otro sujeto activo calificado el que realizó la conducta de modo activo. No obstante, cabe recalcar que la simple falta de acción no se puede asemejar al comportamiento activo, sino sólo en los casos en los que confluyan los siguientes requisitos: “a) Situación generadora del deber de actuar; b) La no realización de la acción mandada; c) La posibilidad real de cumplir con el mandato de auxilio; c) La posición de garantía del omitente; d) La imputación normativa del resultado a la omisión; y, e) El resultado”.²⁹⁵

Con relación a la tipicidad objetiva, como ya se lo ha analizado, la presencia de un sujeto activo calificado es indispensable, pero su sola presencia en un delito contra la vida no convierte al mismo en una ejecución extrajudicial. Para esto es necesario revisar lo que señaló la Comisión de la Verdad del Ecuador al establecer que una ejecución extrajudicial “[e]s toda acción arbitraria de los agentes del Estado que, en ejercicio de sus funciones, tenga como finalidad privar de la vida a una persona”.²⁹⁶ Este elemento es fundamental, puesto que, como ya se ha señalado previamente, las graves violaciones a derechos humanos cometidas de forma autónoma se producen por un abuso del poder punitivo del estado y por esa razón se señala que el delito se cometerá sólo cuando el sujeto activo calificado se encuentre en *ejercicio de su cargo*. Sin embargo, este ejercicio del cargo no se refiere a una unidad temporal en la cual el agente esté de servicio, sino al momento en el cual haga uso del poder punitivo de estado y que lo haga de forma ilegítima.

Se considera que los demás elementos objetivos del tipo penal no requieren de mayor análisis. Sin embargo, existe un elemento que podría generar dudas que se refiere al calificativo *de manera deliverada*. En este caso, se debe señalar que este elemento pertenece a la tipicidad subjetiva y no a un elemento objetivo, ya que se trata de un error de técnica legislativa que ha externalizado el dolo.²⁹⁷ En el Informe de la Comisión de la Verdad también se señaló que en los casos de ejecuciones extrajudiciales, “se incluyen las muertes intencionalmente producidas como aquellas debidas a negligencia o uso desproporcionado o excesivo de la fuerza”.²⁹⁸ En este caso, se considera un error el señalar que una ejecución extrajudicial puede cometerse por imprudencia, ya que en este

²⁹⁵ Maximiliano Rusconi y Mariano Kierzenbaum, *Elementos de la parte general del derecho penal* (Buenos Aires: Hamurabi, 2016), 133.

²⁹⁶ Ecuador Comisión de la Verdad, *Informe de la Comisión de la Verdad Sin verdad, no hay Justicia*, t. 2 Crímenes de lesa humanidad, 204.

²⁹⁷ Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 152.

²⁹⁸ Ecuador Comisión de la Verdad, *Informe de la Comisión de la Verdad: Sin verdad no hay justicia*, t. 2 Crímenes de lesa humanidad, 205.

caso nos encontraríamos frente a un homicidio culposo y no frente al delito analizado. Se considera que lo que pudo pasar es que se confundió a las ejecuciones extrajudiciales con el concepto de muerte potencialmente ilícita²⁹⁹ el cual es más amplio.

Con relación a la exclusión de la antijuridicidad, se debe señalar que cuando sí exista legalidad, necesidad estricta y proporcionalidad en el uso de la fuerza y/o de las armas de fuego que resulten en una privación a la vida, se descarta la contrariedad de la conducta al ordenamiento jurídico y nos encontraríamos frente al cumplimiento del deber legal de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley. Al respecto, Álvaro Román señala que en la categoría jurídico-penal de la antijuridicidad, adicional al análisis de la contrariedad al ordenamiento jurídico y a la lesividad causada al bien jurídico, debe encontrarse transversalizada por la Constitución de la República como fuente de sus construcciones teóricas.³⁰⁰ Es decir, que en este caso la antijuridicidad debe construirse a partir de una epistemología basada en el neoconstitucionalismo y en el derecho internacional de los derechos humanos como fundamento para admitir o restringir conductas sociales.

Por último, dentro del campo de la culpabilidad, se debe señalar que en este crimen el grado de reproche a un sujeto activo calificado es mucho mayor que el de un ciudadano común, ya que tiene un mayor grado de exigibilidad de otra conducta.³⁰¹ En este caso, los parámetros de la exigencia son mayores por el comportamiento exigido a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, quienes tienen capacitación y entrenamiento que les permite y obliga proteger los derechos de todos los ciudadanos sin incurrir en violaciones a los derechos humanos, ya que el estado no puede volverse delincuente para combatir a la delincuencia. Esta clase de infracciones se encuentra estrictamente relacionado con la posibilidad real de actuar de otra manera, pero haber decidido no acatar los principios sobre uso de la fuerza y, por lo tanto, violar derechos humanos, en este caso el derecho a no ser víctima de ejecuciones extrajudiciales.

Es necesario señalar que este tipo de conductas no sólo son sancionables en el Ecuador a partir del 10 de agosto de 2014, sino que en atención a que también han tenido lugar antes de esta fecha, tal como lo ha denunciado el informe de la Comisión de la

²⁹⁹ ONU Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas*, 31 de julio de 2016, art. 2.

³⁰⁰ Álvaro Román Márquez y Mauricio Enrique Pacheco, *Teoría del delito en el Ecuador* (Quito: Ed Fórum, 2015) 108.

³⁰¹ Claus Roxin, *Derecho Penal: Parte General*, t. 1, *Fundamentos La estructura de la teoría del delito*, 799-800.

Verdad. Para este tipo de casos, debido a la lesividad de la conducta y la necesidad de no dejar en la impunidad los hechos, se procede con la investigación, procesamiento, juzgamiento y sanción de acuerdo con el tipo penal vigente a la fecha de los hechos que contenga los mismos elementos objetivos. En este caso, el tipo penal es el contenido en el artículo 450 del Código Penal, derogado. Así, de ninguna manera, se viola el principio de legalidad, ya que el axioma para este tipo de casos rebasa el clásico aforismo del *nullum crimen sine lege*, sino que en su lugar aplica el principio de *nullum crime sine iure*.³⁰² En este caso, lo único que cambia es la perseguibilidad penal de la conducta en atención a la participación de agentes estatales.

Lamentablemente, hasta la presente fecha sólo existe una sentencia condenatoria ejecutoriada por un caso de ejecución extrajudicial en el Ecuador con la pena del tipo penal señalado, el cual corresponde al denominado caso “Fybeca”.³⁰³ En este caso, la Corte Nacional de Justicia aplicó principios de derecho penal internacional de como la cosa juzgada fraudulenta de todas las decisiones jurisdiccionales civil y policial que dejaron los hechos en la impunidad. En la actualidad, existe un total de 25 ejecuciones extrajudiciales que se investigan actualmente y deberían imputarse como asesinatos cometidos bajo la modalidad de ejecución extrajudicial y que constituyen casos de graves violaciones a los derechos humanos. Hasta aquí sólo el caso referido ha tenido un éxito definitivo en su judicialización. Estos corresponden a los casos denunciados por la Comisión de la Verdad del Ecuador con su informe presentado en el año 2010 que contiene casos de 1984 a 2008.³⁰⁴ Adicionalmente, existen 21 casos de ejecuciones extrajudiciales cometidas a partir del 10 de agosto de 2014 hasta el 09 de agosto de 2024. De estos casos ninguno ha obtenido una sentencia condenatoria en firme.

Finalmente, con relación al *iter criminis*, considerando que la tentativa consiste en aquel momento cuando el autor traspasa la frontera de los actos preparatorios, iniciando la fase ejecutiva del delito,³⁰⁵ se debe diferenciar entre aquellos delitos denominados

³⁰² Héctor Olasolo Alonso, “El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal* 1 (2013): 20.

³⁰³ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 17141-2013-01631*, 26 de septiembre de 2013; y, Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 17141-2013-01631*, 24 de noviembre de 2015. – En este caso existen dos sentencias condenatorias porque existieron personas prófugas, un grupo fue juzgado en dando como resultado la primera sentencia condenatoria y un segundo grupo de procesados prófugos fue juzgado dando como resultado la segunda sentencia. Aún existen cuatro personas prófugas por lo que pudieran existir una o más sentencias a futuro.

³⁰⁴ Ecuador Comisión de la Verdad, *Informe de la Comisión de la Verdad Sin verdad, no hay Justicia*.

³⁰⁵ Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 347.

como delitos de mera actividad y los delitos de resultado. En los primeros no es necesaria la producción de un resultado y, por lo tanto, no admiten tentativa;³⁰⁶ por otro lado, en los delitos de resultado los actos ejecutivos son realizados por parte del actor del delito para alcanzar su objetivo, pero pese a este esfuerzo pueden presentarse factores que impidan su consumación. De esta manera, se puede señalar que todos los delitos de resultado admiten tentativa acabada punible.³⁰⁷ Ahora bien el delito de ejecución extrajudicial al producir la muerte de una persona como la consecuencia de la acción es un delito de resultado, por lo tanto, este delito admite esta forma de tentativa.

2.2. Las torturas

Las torturas consisten en la mayor forma de afectación al derecho a la integridad personal, por lo tanto su prohibición constituye una norma de *ius cogens*.³⁰⁸ El derecho a la integridad se encuentra protegido por numeral 1) el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y clasifica a este derecho en integridad física, integridad psicológica e integridad moral.³⁰⁹ A continuación el numeral 2) de la norma *ibídem* establece la prohibición de la tortura, así como de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.³¹⁰ En el mismo sentido, el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos también establece dicha prohibición.³¹¹ En este sentido, se pueden encontrar dos formas graves de violación al derecho a la integridad: a) Los tratos crueles, inhumanos o degradantes; y, b) Las torturas.

Sobre este punto, Claudio Nash señala que los tratos crueles, inhumanos o degradantes constituyen un término genérico, mientras que la tortura se referiría a un concepto específico.³¹² Si bien es cierto que los tratos crueles, inhumanos o degradantes constituyen un concepto general que abarca múltiples posibilidades de violaciones al derecho a la integridad, a su vez, este también constituye un umbral menor que la tortura que sirve para diferenciar los casos que no constituyen tortura y los casos que sí se enmarcan en este crimen. Para delimitar de mejor manera las fronteras de la tortura, se

³⁰⁶ *Ibíd.*, 157.

³⁰⁷ Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 158.

³⁰⁸ Corte IDH, “Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004, párr. 23, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.

³⁰⁹ OEA Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 5.1.

³¹⁰ *Ibíd.*, art. 5.2.

³¹¹ ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 7.

³¹² Claudio Nash Rojas, “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Montevideo / Ciudad de México: Konrad Adenauer Stiftung, 2009), 3.

debe tomar en cuenta a las definiciones establecidas en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes y a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

De esta manera el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes prescribe lo siguiente:

Se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija 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 infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.³¹³

En el mismo sentido, la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura ha establecido en su artículo 2, lo siguiente:

Se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.³¹⁴

En relación con la tortura, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado la necesidad de que los actos de tortura deben estar constituidos por elementos *sine qua non* para ser considerada como tal. De esta manera, “(...) los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito”.³¹⁵ En este punto, se aprecia que debe existir un umbral de sufrimiento que rebase el de los tratos crueles, inhumanos o degradantes para considerar la existencia de un caso de

³¹³ ONU Asamblea General, *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, 10 de diciembre de 1984, art. 1, (RES 39-46).

³¹⁴ OEA Asamblea General, *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, 09 de diciembre de 1985, art. 2.

³¹⁵ Corte IDH, “Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Bueno Alves vs. Argentina*, párr. 79.

tortura. Sin embargo, hay que resaltar que “la distinción entre torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes no es rígida y podría evolucionar a la luz de las crecientes demandas de protección de derechos y libertades fundamentales”.³¹⁶

Con estos antecedentes, el Ecuador ha tipificado el delito de tortura siguiendo el estándar del sistema regional que es más alto que el del sistema universal. Así, el artículo 151 del Código Orgánico Integral Penal establece lo siguiente:

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 supuestos, 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 años 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.³¹⁷

En este caso, en primera instancia, se puede apreciar que este delito puede ser cometido por acción y que también puede ser cometido por omisión propia de acuerdo con lo establecido en el último inciso del artículo 151 del Código Orgánico Integral Penal. En cuanto a la imputación subjetiva, se debe señalar que este delito sólo se puede cometer en modalidad dolosa, tal como lo han establecido los instrumentos y la jurisprudencia internacional al señalar que las torturas deben ser cometidas de forma *intencional*. Si se hace referencia a la antijuridicidad, se debe señalar que, en primera instancia, nada justifica los actos de tortura. Sin embargo, en casos en los que se alegue que el sufrimiento de las víctimas es consecuencia de un uso legítimo de la fuerza, se deberá analizar los principios sobre uso de la fuerza para arribar a una conclusión.

En el ámbito de la culpabilidad, al igual que todos los casos de graves violaciones a los derechos humanos existe un mayor grado de exigibilidad por la expectativa de otra conducta de los agentes estatales. Respecto del *iter criminis*, se debe señalar que la tortura

³¹⁶ Corte IDH, “Sentencia de 08 de agosto de 2000 (Fondo)”, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, 08 de agosto de 2000, párr. 99-104, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf.

³¹⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 151.

no es un delito de mera actividad, sino que es un delito de resultado, pese a ello, se considera compleja la existencia del delito en grado de tentativa, ya que este es un delito instantáneo en el que el desarrollo de los actos ejecutivos produce el resultado automáticamente. Esto tiene relación con el delito de lesiones en el Ecuador, las cuales son punibles luego de haber verificado la lesividad material y determinar el tiempo de incapacidad o enfermedad. Por ende, el momento en el que se produce el primer acto de torturas, se genera de forma automática la lesividad sin la posibilidad de que factores externos impidan la consumación en atención a un resultado que genere una lesividad específica, por ejemplo, no se podría intentar lesionar a alguien para que se genere una incapacidad o enfermedad de menos de 30 días o por más que se quiera generar una incapacidad permanente es muy delgada la línea entre este resultado y el resultado de muerte.

En atención a los delitos cometidos a partir del 10 de agosto de 2014, pese a que el tipo de penal de tortura se encuentra en el capítulo relacionado con los delitos contra la integridad y no en la parte relacionada con graves violaciones a los derechos humanos, no existiría ningún problema en aplicarlo en la actualidad, pero tendría que sumarse los estándares internacionales de investigación. Ahora bien, con relación a los delitos de tortura cometidos previo a esta fecha, lo pertinente es la aplicación del tipo penal establecido en el artículo 187 y/o 205 del Código Penal, derogado. En este caso, se entiende que las torturas son cometidas mediante tormentos corporales, sin embargo, este tipo penal se encuentra restringido a que la víctima se haya encontrado privada de la libertad y también se encuentra restringido a las torturas físicas y no a las torturas psicológicas o a la anulación de la personalidad.

Con relación a los casos cometidos antes del 10 de agosto de 2014 existe un total de 37 casos de los cuales sólo dos casos tienen una sentencia condenatoria ejecutoriada; y, con relación a los casos cometidos del 10 de agosto de 2014 hasta el 09 de agosto de 2024 han existido un total de 773 investigaciones con un total de 6 casos con sentencia condenatoria.³¹⁸

³¹⁸ Ecuador Fiscalía General del Estado, Oficio Nro. FGE-CGAJP-DDHPC-2024-00925-O de fecha 25 de septiembre de 2024. Información proporcionada por la Dirección de Estadística y Sistemas de la Información a través de la Dirección de Derechos Humanos y Participación Ciudadana de la Fiscalía General del Estado. – Se debe señalar que no existe un desglose preciso para determinar qué casos de tortura han sido cometidos por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, qué casos han sido cometidos por otros funcionarios y qué casos han sido cometidos por particulares. Además, no se señala si estas condenas se encuentran en firme.

2.3. La desaparición forzada de personas

Según la Convención Internacional para la Protección de todas las Persona contra las Desapariciones Forzadas y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, esta figura está constituida por cualquier forma de privación de la libertad que sea ejecutada por agentes del estado y/o por personas que actúen con su aquiescencia seguida de la falta de información o la negativa a reconocer dicha privación de la libertad.³¹⁹ Este delito conlleva una afectación pluriofensiva de bienes jurídicos y, además, tiene el carácter de permanente, es decir, que sus efectos no cesan y, por lo tanto, el delito se sigue cometiendo hasta que las víctimas aparezcan o se demuestre de forma objetiva su suerte o su paradero final. Esta falta de información o negativa de revelar la detención y el paradero de la persona desaparecida de modo forzoso lo que hace es sustraer a la víctima de la protección estatal y de generar un mayor grado de sufrimiento por la incertidumbre generada a sus familiares y a la sociedad en general.

Este concepto ha sido adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha señalado que “la desaparición forzada de personas es una violación de derechos humanos constituida por tres elementos concurrentes: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada”.³²⁰ Estos requisitos siempre deben estar presentes para la configuración de esta figura jurídica. No obstante, existen casos en los que pueden concurrir requisitos accidentales no obligatorios, los cuales son los siguientes:

(a) la clasificación de los desaparecidos como sospechosos; (b) la separación y falta de registro de las personas consideradas sospechosas; (c) el traslado de sospechosos a instalaciones militares donde ocurrieron torturas y desapariciones; (d) la información recibida por los familiares sobre la salida con vida de los desaparecidos; (e) la negativa de la fuerza pública respecto de la detención de personas provenientes del Palacio de Justicia; (f) las alteraciones a la escena del crimen y las irregularidades en el levantamiento de cadáveres; (g) las amenazas a los familiares y conocidos; (h) los reconocimientos de imágenes en video por familiares y conocidos. Asimismo, este Tribunal analizará la hipótesis del Estado según la cual (i) es posible que las personas desaparecidas hubieren fallecido dentro del *Palacio de Justicia*, así como tomará en

³¹⁹ ONU Asamblea General, *Convención Internacional para la Protección de todas las Persona contra las Desapariciones Forzadas*, 23 de diciembre de 2010, art. 2; ONU Asamblea General, *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, 9 de junio de 1994, art. 2.

³²⁰ Corte IDH, “Sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, 14 de noviembre de 2014, párr. 226, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_287_esp.pdf.

cuenta (j) la falta de esclarecimiento de los hechos, para determinar lo sucedido a las referidas presuntas víctimas.³²¹

A nivel interno, el artículo 84 del Código Orgánico Integral Penal tipifica esta conducta de la siguiente manera:

La o el agente del Estado o quien actúe con su consentimiento; o los grupos armados organizados, que por cualquier medio, someta a privación de libertad a una persona, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero o destino de una persona, con lo cual se impida el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales o legales, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.³²²

En este caso, podemos apreciar que este delito está compuesto por dos momentos, el primero relacionado con la privación de la libertad y el segundo momento relacionado con la negativa tácita o expresa de reconocer dicha privación de la libertad. Este tipo de delitos son conocidos como delitos mutilados en dos actos, es decir, delitos en los que el resultado lesivo no se produce de forma automática, sino que es necesaria la ejecución de un segundo acto para completar la tipicidad objetiva.³²³ A estos se debe sumar que la privación de la libertad en este caso puede ser de cualquier naturaleza. No es necesario que una desaparición forzada inicie con una detención ilegal o arbitraria, sino que basta que se produzca cualquier forma de privación de la libertad. En este delito el elemento sustancial es la negativa tácita o expresa de reconocer dicha detención.

Esto genera que este delito compuesto admita una forma activa en cuanto al primer elemento, pero una doble posibilidad en el segundo acto, es decir, una forma activa en los casos de negativa expresa y una forma omisiva en la negativa tácita o falta de información. Con relación al tipo subjetivo este delito únicamente se puede cometer a través de la modalidad dolosa y no admite una forma imprudente. Este delito no tiene ninguna posibilidad de esgrimir una causa de justificación, sobre todo, cuando se cometen los dos momentos del delito. Su grado de reproche es mayor que un delito común, al igual que todos los casos de graves violaciones a los derechos humanos. Y con relación a la posibilidad de su comisión en grado de tentativa, se considera que esta no es posible, ya

³²¹ *Ibíd.*, párr. 236. Se ha hecho énfasis en el lugar donde ocurrieron dichos hechos, lo cual puede corresponder a cualquier lugar donde se haya producido la privación de la libertad como inicio de este delito.

³²² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, art. 84.

³²³ Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 223 y 159.

que incluso, por más que se demuestre un plan previo, estos actos ejecutivos tendrían que relacionarse a los dos momentos de la infracción, lo cual se considera complejo.

Con relación a los delitos cometidos a partir del 10 de agosto de 2014, el tipo penal aplicable es el establecido en el artículo 84 del Código Orgánico Integral Penal. Respecto a la forma de imputación de este delito por hechos cometidos antes del 10 de agosto de 2014 existen dos posibilidades de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³²⁴ Adecuadas a nuestra legislación, estas serían, las siguientes: a) La primera, que tiene relación con imputar por el tipo penal vigente a la fecha de los hechos con los mismos elementos objetivos, como, por ejemplo, el delito de plagio en su modalidad de agravada de impedir que la víctima haga algo o deje de hacer algo; y, b) La segunda forma que consiste en imputar por el delito de desaparición forzada de personas, ya que al configurarse como un delito permanente, este delito se continúa cometiendo hasta que las víctimas no aparezca o no se determine de forma objetiva su paradero o su suerte final.

En cuanto a los resultados de las investigaciones se puede señalar que a la presente fecha la Corte Nacional de Justicia ha dictado la primera sentencia condenatoria en el Ecuador por el delito de desaparición forzada de persona dentro del caso “Fybeca” con fecha 11 de septiembre de 2024, pero esta sentencia por ser de primer nivel no se encuentra en firme³²⁵. Aun así existen 15 casos anteriores al 10 de agosto de 2014 que continúan en investigación y un caso adicional que llegó a juicio y se emitió una sentencia ratificatoria del estado de inocencia, la cual ha sido apelada por la Fiscalía General del Estado sin que se haya realizado la audiencia correspondiente. Con relación a los casos ocurridos entre el 10 de agosto de 2024 y el 09 de agosto de 2024, no existe ni un solo caso con éxito y todos siguen en investigación previa, es decir, 124 casos.³²⁶

³²⁴ Corte IDH, “Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, 30 de noviembre de 2016, párr. 136, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_328_esp.pdf.

³²⁵ A la fecha de entrega de este trabajo de investigación, se han presentado varios recursos de apelación de parte de los sentenciados.

³²⁶ Ecuador Fiscalía General del Estado, Oficio Nro. FGE-CGAJP-DDHPC-2024-00925-O de fecha 25 de septiembre de 2024. Información proporcionada por la Dirección de Estadística y Sistemas de la Información a través de la Dirección de Derechos Humanos y Participación Ciudadana de la Fiscalía General del Estado.

2.4. Las detenciones ilegales y arbitrarias

Para comprender este tipo penal como parte de la categoría jurídica analizada es necesario contrastar la normativa interna con las normas convencionales. Así, en primer lugar se debe tomar en cuenta que el literal a) del numeral 29 del artículo 66 de la Constitución de la República garantizan el derecho a la libertad, pero lo hace de forma general. Es así que en este caso es imprescindible acudir a lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prohíben las detenciones ilegales y las detenciones arbitrarias. En este caso, analizaremos este crimen a través de lo señalado por el sistema regional de derechos humanos que tiene un contenido más amplio.

A nivel interamericano, el numeral 2) del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha establecido que: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.³²⁷ En el mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: “nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)”.³²⁸

Es decir, que en este caso, se deja en manos de los Estados la posibilidad de limitar el derecho a la libertad de acuerdo con causas legales que estén en concordancia con la adecuación formal de sus normas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “de este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal”.³²⁹

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha prohibido las detenciones arbitrarias, tal como se establece en el numeral 3) artículo 7 de dicho instrumento internacional, que establece que: “Nadie puede ser sometido a detención o

³²⁷ OEA Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 7.2.

³²⁸ Corte IDH, “Sentencia de 21 de enero de 1994 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Gangaray Pandam vs. Surinam*, 21 de enero de 1994, párr. 47, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf.

³²⁹ Corte IDH, “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, párr. 57, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf.

encarcelamiento arbitrarios”.³³⁰ Para comprender este concepto, se debe señalar que las detenciones arbitrarias consisten en toda aquella detención en la que pese a que existe un tipo penal que prevé como antijurídica una conducta determinada, esta conducta no ha sido cometida por la persona privada de la libertad, sino que las autoridades con poder de coerción de manera arbitraria y sin justificación de ninguna clase han procedido con su detención.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: “El artículo 7.3 de la Convención prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, o carentes de proporcionalidad. Además, la detención podrá tornarse arbitraria si en su curso se producen hechos atribuibles al Estado que sean incompatibles con el respeto a los derechos humanos del detenido”³³¹. Adicionalmente, cabe destacar que este tipo de casos suele desarrollarse mediante la práctica del denominado “*profiling*” o perfilamiento, el cual se constituye como una “una acción represora (SIC, que) se adopta por supuesta razones de seguridad o de protección pública y está motivada en estereotipos de raza, color, etnicidad, idioma, descendencia, ideología, nacionalidad o lugar de nacimiento, o una combinación de estos factores, y no en sospechas objetivas”.³³²

Ahora bien, si bien es cierto que esta figura no consta en los crímenes contemplados en el párrafo 41 de la sentencia del caso *Barrios Altos vs. Perú (Fondo)*, se considera que estas cumplen con las mismas características de otros casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma. De esta manera, los requisitos que también concurren en este caso son, principalmente, la intervención de sujetos activos calificados, el uso ilegítimo de la fuerza, puesto que una detención se produce mediante la aplicación de la fuerza. En tal virtud, al cumplir con el resto de las características, de forma teórica también amerita formar parte de la categoría analizada. Se debe señalar que existe un caso en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sancionó un caso de detención ilegal y arbitraria, pero este caso se produjo en concurso con una ejecución extrajudicial. Este estamento internacional ha concebido

³³⁰ OEA Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 7.3.

³³¹ Corte IDH, “Sentencia de 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López Álvarez vs. Honduras*, 01 de febrero de 2006, párr. 66, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf.

³³² CIDH. “Informe de admisibilidad y fondo 26/09”, de 20 de marzo de 2009”. *Caso, Wallace Almeida vs. Brasil*, 20 de marzo de 2009, párr. 143, <https://cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Brasil12440.sp.htm>.

como graves violaciones a los derechos humanos a aquellas que son cometidas por las fuerzas de seguridad de los Estados y/o por personas que actúen con su aquiescencia.³³³

En el artículo 161 del Código Orgánico Integral Penal, se tipifica el delito de privación ilegal de la libertad de la siguiente manera:

La o el servidor público que prive ilegalmente de libertad a una persona, será sancionado con pena privativa de la libertad de uno a tres años.

La o el servidor público que disponga la privación de libertad a una persona en lugares diferentes a los destinados para el efecto por la normativa vigente, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.³³⁴

Las características generales de este delito son que el mismo se comete de forma activa, pero por ser un delito contra la libertad acepta ser cometido por omisión impropia cuando exista un sujeto calificado que ejecute el delito y otro que no impida su ejecución, pero para ello deberá tener un conocimiento concreto de la ilicitud del acto. El elemento subjetivo de esta conducta es el dolo, ya que sólo se puede realizar con conciencia y voluntad. Cuando la detención sea justa y legal, es decir, que se enmarque dentro de los parámetros normativos, cabría una causa de justificación. Y respecto a la imputación para delitos cometidos antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, el tipo penal aplicable es el constante en el artículo 180 del Código Penal, derogado.

En este tipo penal en los casos anteriores al 10 de agosto de 2014 existe un total de 23 casos en investigación y ninguno que haya pasado de la fase investigativa. Desde el 10 de agosto de 2014 hasta el 09 de agosto de 2024 existen 501 casos y ningún caso con sentencia condenatoria.³³⁵

2.5. La extralimitación en la ejecución de un acto de servicio

Este delito como tal, no existe en ninguna otra legislación penal del mundo, sino que la existencia de figuras jurídicas similares opera únicamente en el ámbito de las infracciones administrativas. De esta forma, el delito de extralimitación en la ejecución de un acto de servicio es un rezago de la jurisdicción privativa y de los denominados delitos de función. La jurisdicción privativa es aquella jurisdicción especial encargada de

³³³ Corte IDH, “Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Bulacio vs. Argentina*, párr. 111.

³³⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 161.

³³⁵ Ecuador Fiscalía General del Estado, Oficio Nro. FGE-CGAJP-DDHPC-2024-00925-O de fecha 25 de septiembre de 2024. Información proporcionada por la Dirección de Estadística y Sistemas de la Información a través de la Dirección de Derechos Humanos y Participación Ciudadana de la Fiscalía General del Estado.

investigar, procesar y juzgar los delitos cometidos por miembros de las fuerzas castrenses. Sin embargo, estos delitos sólo pueden referirse al mantenimiento del orden y de la disciplina militar³³⁶ y de ninguna manera a casos de violaciones a los derechos humanos que deben ser perseguidos penalmente por la jurisdicción ordinaria.

Ahora, si bien es cierto que este nuevo delito no habilita *per se* a toda una estructura de justicia privativa, sí incorpora normas sustantivas pertenecientes a dicha jurisdicción que desvían el procesamiento de violaciones a los derechos humanos. En tal virtud, este es un delito creado con la finalidad de que, si bien las violaciones a derechos humanos cometidas por la fuerza pública ya no sean juzgadas por jurisdicciones especiales, que exista una pena menor por el cometimiento de estos hechos. Esto no tiene coherencia debido a que en los artículos del Código Orgánico Integral Penal citados anteriormente ya se tipificaron los delitos de ejecuciones extrajudiciales y de torturas. Así, este tipo penal lo que hace en realidad es sustraer a los responsables de estos hechos de una sanción equivalente a la lesividad causada, por lo tanto, su existencia en el catálogo nacional de infracciones es inconstitucional. Se señala este término en atención a que las normas inferiores deben guardar armonía con las normas constitucionales y esto no sucede. Si bien se podría decir que a nivel de los 444 artículos de la Constitución de la República no se encuentra ninguna norma en oposición expresa, esta inconstitucionalidad deviene de la anti-convencionalidad de la norma.

Como se ha señalado previamente, las prohibiciones establecidas en el párrafo 41 de la sentencia del caso *Barrios Altos vs. Perú* (Fondo), no son absolutas, sino que lo que proscriben es la aplicación de figuras jurídicas que aplicadas de forma indebida o impertinente propicien la impunidad. Sobre la terminología, también se ha señalado que lo que se prohíbe no son las excluyentes de responsabilidad como institución jurídica en materia penal, sino que dicho término es un término genérico y lo que se prohíbe es cualquier acción estatal que “[q]ue pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”.³³⁷ En este sentido, se aprecia que, aunque en inicio se prohibía solo la aplicación de amnistías a casos de graves

³³⁶ Corte IDH, “Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Castillo Pretruzzi vs. Perú*, 30 de mayo de 1999, párr. 126, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf. - Además, se debe señalar que esta prohibición también afecta a cualquier jurisdicción especial de tipo castrense que se encargue de investigar, procesar y juzgar delitos fuera de la esfera de la jurisdicción ordinaria.

³³⁷ Corte IDH, “Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo)”, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, párr. 41.

violaciones a los derechos humanos, posteriormente también se incorporó la prohibición de la aplicación de indultos generadores de impunidad.

Adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que cuando se cometen graves violaciones a los derechos humanos, el estado debe aplicar una pena suficiente que verdaderamente contribuyan a impedir la impunidad de casos de graves violaciones a los derechos humanos.³³⁸ Por lo tanto, para favorecer los derechos a verdad, justicia y reparación en casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma resulta impertinente la aplicación de figuras jurídicas que invisibilicen su comisión al tratarlas como un delito común y no como un delito proveniente de un uso innecesario y/o desproporcionado de la fuerza o de las armas de fuego. Así, por ejemplo, cuando existe una muerte generada por un uso arbitrario de la fuerza, la jurisprudencia interamericana ha señalado que nos encontramos frente a una ejecución arbitraria. Cuando existen tormentos corporales que generen un sufrimiento grave nos encontramos frente a un caso de torturas.

En este sentido, lo que ha generado la vigencia del tipo penal de extralimitación en la ejecución de un acto de servicio es ocultar al Ecuador y al mundo casos de graves violaciones a los derechos humanos, ya que desde el 10 de agosto de 2014 hasta el 09 de agosto de 2024 no existe una sola sentencia condenatoria en firme por estos hechos, sino que todos los 1047 casos que se han investigado en este periodo han quedado en la impunidad.³³⁹ Este pudiera ser tachado como un criterio extremista, pues es bien sabido que no toda denuncia implica *per se* la existencia de un delito o que incluso en determinados casos, pese a la existencia de una infracción, esta debe probarse siguiendo el debido proceso.

Pero esto va incluso más allá, ya que la configuración de su ubicación sistémica en el Código Orgánico Integral Penal ha situado a este delito en la sección tercera del capítulo quinto del título cuarto de su libro segundo, es decir, que este tipo penal se encuentra configurado como un delito en contra de la eficiencia de la administración pública y un delito contra la responsabilidad ciudadana, mas no como un delito de graves violaciones a los derechos humanos. Esto implica que las reglas de la teoría del delito se

³³⁸ Corte IDH, “Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, párr. 203.

³³⁹ Ecuador Fiscalía General del Estado, Oficio Nro. FGE-CGAJP-DDHPC-2024-00925-O de fecha 25 de septiembre de 2024. Información proporcionada por la Dirección de Estadística y Sistemas de la Información a través de la Dirección de Derechos Humanos y Participación Ciudadana de la Fiscalía General del Estado.

ven comprometidas ante esta extraña configuración jurídica, así que se procederá con el análisis de las principales instituciones que generan confusión en los operadores de justicia. Al referirnos a la conducta es evidente que este es un delito que se comete por una acción que puede generar una afectación a la vida o a la integridad de los ciudadanos. Sin embargo, pese a esto, dada su configuración, no permitiría la aplicación de las normas relacionadas con la omisión impropia, puesto a primera instancia no cumple con los requisitos del artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal³⁴⁰.

Para explicar esto, se continúa con el análisis de la tipicidad objetiva. En primer lugar, llama la atención la existencia de un sujeto activo calificado que es un funcionario estatal habilitado para el uso de la fuerza y/o de las armas de fuego que desborde el poder punitivo directo del estado y que el mismo se trate de un delito común. Sin embargo, aun así se considera que existe restricción en esta parte, ya no toma en cuenta a todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, sino sólo a tres de ellos. El segundo elemento objetivo del tipo penal se refiere a que esta infracción se cometa durante el desarrollo de un acto de servicio. De acuerdo a las reformas que incorporaron los artículos 30.1 y 30.2 al Código Orgánico Integral Penal, durante su servicio y durante el tiempo de traslado a su lugar de trabajo y viceversa, o inclusive “[f]uera del horario de trabajo, en cumplimiento de su misión constitucional, observando el riesgo latente, eficacia de la acción y urgencia de protección del bien jurídico”.³⁴¹

Ahora, si se realiza una referencia al elemento descriptivo normativo “[u]so excesivo de la fuerza [...]”³⁴² que formaba parte del verbo hacer uso excesivo de la fuerza, se podría concluir que este delito estaba diseñado sólo para los casos en los que existiendo legalidad y necesidad, se utilice la fuerza de forma desproporcionada. Sin embargo, esto no tiene coherencia con el siguiente elemento normativo condicional que se refiere a hacer uso de esta fuerza excesiva “[s] sin observar los principios, niveles y disposiciones establecidas en la ley de la materia”.³⁴³ Entonces se aprecia que no se realiza una referencia sólo a la violación del principio de proporcionalidad, sino también a los principios de legalidad y necesidad estricta, lo cual innegablemente se refiere a una grave violación a los derechos humanos cometida de forma autónoma.

Este tipo penal tuvo una reforma proveniente del 22 de agosto del 2022. Previo a esta fecha se señalaba que el verbo rector de esta conducta era el de extralimitarse en la

³⁴⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 28.

³⁴¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 30.1 y 30.2.

³⁴² *Ibíd.*, art. 293, vigente hasta el 21 de agosto de 2022.

³⁴³ *Ibíd.*

ejecución de un acto de servicio con el añadido como elemento descriptivo normativo de “[s]in observar el uso progresivo o racional de la fuerza”.³⁴⁴ Cabe destacar que esto de ninguna manera implicaba la atipicidad de la conducta, puesto que desde 1979³⁴⁵ y desde 1991³⁴⁶ se encuentran vigentes los principios internacionales especializados sobre uso de la fuerza y que, además, ya existían normas generales como la prohibición de la privación arbitraria de la vida y de la prohibición de la tortura en otros normas convencionales vinculantes.

Ahora bien, es evidente que de acuerdo a la ubicación sistémica del tipo penal el bien jurídico protegido es la administración pública dentro de un criterio estrictamente legalista. Sin embargo, es evidente que puede presentarse una afectación a los bienes jurídicos vida y libertad. Aunque como se va apreciando la falta de técnica legislativa para crear este tipo, se considera que sí lo utiliza sí debe considerar al mismo como un delito pluriofensivo basado en la aplicación de principios internacionales y de una interpretación *pro homine*.

Continuando con el análisis, se puede apreciar que la tipicidad objetiva contiene la antijuridicidad material exteriorizada y señala que esta conducta es punible cuando como consecuencia de los elementos objetivos precedentes, se produzca lesiones o la muerte de una persona. En tal virtud, se puede apreciar que lo que buscaba esta norma incluida en el Código Orgánico Integral Penal es no denotar la existencia de casos de ejecuciones extrajudiciales y de posibles torturas, ya que este delito, a primera instancia, no es imprescriptible ni en su acción ni en su pena y no tendría lugar la aplicación de reglas reforzadas de debido proceso como las normas del Protocolo de Minnesota y del Protocolo de Estambul. Así este sería un delito común que, además, como se puede apreciar no tiene una víctima que no sea la propia administración pública. Es decir, que la persona a quien se prive de la vida de forma arbitraria o la persona lesionada (torturada) por el uso ilegítimo de la fuerza no sería el sujeto pasivo de esta infracción penal, sino que la víctima sería el estado por ser un delito en contra de la administración pública.

Esto generaría el rechazo a una posible acusación particular de la víctima o de sus familiares, así como la imposibilidad de la generación de una reparación integral. Ahora

³⁴⁴ *Ibíd.*, art. 293.

³⁴⁵ ONU Asamblea General, *Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*.

³⁴⁶ ONU Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, *Principios Básicos sobre el Uso de la Fuerza y de las Armas de Fuego para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*.

bien, continuando con el análisis de la tipicidad subjetiva, tal como en el resto de delitos analizados, este tipo penal sólo acepta la modalidad dolosa. Esto se debe a que el artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal establece de manera absoluta que las infracciones culposas o imprudentes sólo serán punibles “[c]uando se encuentra tipificada como infracción en este código”.³⁴⁷ Esto quiere decir que no se puede alegar que en este tipo penal se ha violado el deber objetivo de cuidado, pues el abuso de poder se lo realiza de manera consiente. Además, una infracción sólo puede cometida en modo culposo si en la ley penal nacional existe un tipo que de forma expresa señale que existe la modalidad imprudente. Si esto no es así, por más que exista una configuración que pudiera hacer pensar que se trata de acto involuntario, nos encontramos frente a un delito eminentemente doloso como la mayoría de las infracciones de la ley nacional.

Con relación a la antijuridicidad, se debe señalar que esta, teóricamente, dependerá de si se han cumplido o no con los principios para el uso de la fuerza que se encuentran establecidos en la ley de la materia. Pero para verificar el cumplimiento de estos parámetros no se debería realizar una interpretación aislada de la norma de remisión, sino de todo el *corpus juris* internacional relacionado con el derecho de uso de la fuerza, el cual se encuentra establecido en convenios internacionales, normas de *soft law*, en opiniones consultivas, recomendaciones, informes, acuerdos amistosos y sentencias internacionales, así como con la teoría existente en relación a uso de la fuerza, derechos humanos y teoría del delito.

Al igual que todos los casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma autónoma, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que tienen capacitación y entrenamiento especializados. En tal virtud sus conocimientos se encuentran por sobre los ciudadanos que no tienen estos conocimientos específicos y el grado de reproche es mayor por la expectativa razonada de otra conducta que se adecúe al cumplimiento de las obligaciones negativas en materia de derechos humanos. En esta infracción, teóricamente, la modalidad de muerte sí admite tentativa acabada porque es un delito de resultado, sin embargo, lo preferente, sería realizar una imputación por el delito de ejecución extrajudicial en grado de tentativa, ya que si no se podría alegar que sólo se atentó contra la integridad de la víctima y no contra su vida. Con relación a la modalidad de resultado de lesiones, esta se ve comprometida en cuanto a demostrar la tentativa acabada, por ser un delito de consumación instantánea.

³⁴⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art 27.

Se considera que este delito debería ser expulsado de la legislación nacional mediante un procedimiento de reforma o mediante una acción de inconstitucionalidad del mismo. En su defecto, el mismo debería adaptarse con la finalidad de que sólo se tenga como objetivo proteger el derecho a la integridad en los casos que no se alcance el umbral de tortura, por lo que debería ser renombrado como tratos crueles, inhumanos o degradantes cometidos por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y aquí deberían considerarse todas las personas que en nombre del estado pueden hacer uso de la fuerza, aunque no puedan hacer uso de las armas de fuego, es decir, que también se debería incorporar a los agentes municipales o metropolitanos de control, así como a los agentes aduaneros.

Ahora bien, dado que el proceso de expulsión de las normas penales depende de un proceso legislativo de destipificación o de una decisión constitucional de inconstitucionalidad luego de la acción pertinente, se debe buscar estrategias para evitar la impunidad. La primera estrategia pertinente sería tratar de evitar su utilización con relación a los casos de ejecuciones extrajudiciales y de torturas. Como ya se señaló previamente, este delito sólo debería reservarse para casos de afectación grave al derecho a la integridad que no alcancen de umbral de las torturas. En segundo lugar, las autoridades deben considerar de forma inexorable que en todos los casos en los que se analice el uso de la fuerza por parte de cuerpos de seguridad estatales se debe que realizar un control de convencionalidad para su investigación, procesamiento, juzgamiento y sanción de este particular tipo penal, así como para cumplir con los derechos de reparación y no repetición.

Esto también implica que se debe aplicar la teoría del delito en concordancia con los instrumentos internacionales y considerar que en este tipo penal existen víctimas directas e indirectas que merecen una reparación integral. El no hacerlo constituye una violación adicional a los derechos de las víctimas y que inexorablemente genera la responsabilidad internacional del estado. Todo esto va de la mano con el acatamiento de los principios sobre la imposibilidad de aplicar cualquier figura jurídica que pretenda dejar estos hechos en la impunidad por parte de cualquier autoridad judicial o administrativa (se incluyen a las autoridades políticas). Esto quiere decir que este tipo penal también debe recibir los beneficios de la imprescriptibilidad y que no se puede ser indultado ni amnistiado como tampoco se puede utilizar cualquier figura jurídica que pretenda su impunidad.

Otro camino constituye la reforma legal del tipo penal dentro de un proceso de modificación del Código Orgánico Integral Penal en el que se agrupe apropiadamente todos los delitos provenientes del derecho penal internacional y en el que se catalogue también a las graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma. Sin embargo, esto sólo serviría para los casos cometidos en la actualidad, ya que la jurisprudencia también debe jugar un papel fundamental y tomar en cuenta que para los casos cometidos con anterioridad a la vigencia del actual catálogo de infracciones, se debe realizar un proceso de doble subsunción. Todo esto sólo se logrará a través de la creación de una política pública integral que tome en cuenta a la capacitación y a la dotación de recursos para una investigación y procesamiento especializado, así como una autonomía operativa que permita realizar este trabajo sin injerencias que corrompan las investigaciones y mediante las cuales se pueda proteger a todas las personas relacionadas con estos procesos.

Conclusiones

Primera. - El poder punitivo, como expresión del poder político, siempre se ha desbordado y se continúa desbordando, lo cual produce graves violaciones a los derechos humanos. Estas son cometidas mediante el abuso de la fuerza y/o de las armas de fuego en franca violación de derechos inderogables de los seres humanos. Estos abusos de poder no son restrictivos de determinado tipo de gobiernos, sino que su desencadenamiento se produce de acuerdo a cuán bien los sistemas jurídico - sociales puedan contener su producción. En determinados estadios históricos, los casos de violaciones a derechos humanos se han producido de forma masiva y/o sistemática, pero, en otras ocasiones el desborde del poder punitivo del estado se produce de forma aislada como una práctica socialmente avalada como una aparente medida imprescindible para garantizar la seguridad ciudadana.

Así, la aplicación constante de un estado de medidas de forma abierta favorece el terrorismo de estado y la comisión de crímenes de estado. Si bien es cierto que este es un concepto de orden político – sociológico, se considera necesario poder diferenciar su comisión de un delito común para poder aplicar las normas de debido proceso reforzado correspondiente. Este accionar estructural del estado genera abusos de poder que atentan a los derechos humanos de las personas que sean identificadas como el enemigo interno o como una amenaza a la institucionalidad del poder político. Si bien es cierto, que el estado debe aplicar la fuerza para favorecer la seguridad, este uso de la fuerza no puede ir en contra de derechos inderogables de las personas. Además, en algunos casos existen procesos de identificación errónea y en otros casos existen acciones criminales disfrazadas de seguridad. Estos crímenes de estado generan la responsabilidad internacional del estado.

Segunda. - Hasta hace algunos años, las graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma aislada se presentaban mayoritariamente de forma clandestina, es decir, como una especie de disciplinamiento ilegítimo, pero oculto. En la actualidad, este derecho penal subterráneo ha salido a la luz y su discurso justificante se ha incrementado llegando a señalar que las personas que cometen delitos no deberían tener derechos, por lo tanto, es válida la aplicación de penas directas por parte de los agentes estatales. Sin embargo, este discurso de restricción ilegítima de derechos es

peligroso, puesto que es una violación flagrante de normas inderogables de derechos humanos que también puede aplicarse a cualquier sujeto incómodo para el poder o en atención a un proceso de discriminación a aquellas personas identificadas con alguna categoría protegida por el derecho internacional de los derechos humanos.

Pese a que algunas de estas prácticas ilegítimas han dejado de realizarse de modo oculto, esto no implica que estas no sean parte de la aplicación de un derecho penal paralelo. Sin embargo, esta denominación no se refiere a una clasificación válida del derecho, sino a una forma de conceptualización del desborde del poder punitivo del estado, el cual no puede legitimarse como un medio de disciplinamiento directo, sino que su comisión debe ser evidenciada y sancionada. En este caso, se considera que si bien es cierto que el derecho penal no debe de expandirse, sino que debe reservarse únicamente para aquellas conductas con una lesividad mayor, de momento, esta es una de esas excepciones válidas para su aplicación por la gravedad de que sean agentes estatales quienes atenten a derechos inderogables de los seres humanos.

Tercera. - El término graves violaciones a los derechos humanos es relativamente nuevo en el ámbito del derecho y ha ido adquiriendo contenido diferenciado con el paso del tiempo y el desarrollo del derecho penal internacional. En un primer momento fue utilizado para referirse a crímenes de guerra y luego para señalar la gravedad de ciertas violaciones a los derechos humanos cometidas de modo generalizado y sistemático. En la actualidad, este concepto ha sido apropiado por el derecho internacional de los derechos humanos con la finalidad de aglutinar a los crímenes del derecho penal internacional. Sin embargo, debido al desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha aplicado esta denominación para todos los crímenes internacionales cometidos por agentes estatales en los que se violen normas de *ius cogens*.

En este sentido, esta categoría jurídica se expresa como un concepto general y a su vez como un concepto específico o particular. Las graves violaciones a los derechos humanos, en sentido general, están constituidas por todos los casos pertenecientes al derecho penal internacional en sentido amplio. Las graves violaciones a los derechos humanos como concepto específico se refieren a los casos cometidos por un uso ilegítimo de la fuerza que violen derechos inderogables de los seres humanos sin un contexto que las aglutine. En el primer caso, los crímenes pertenecientes a dicha categoría jurídica deben cumplir con elementos objetivos generales o contextuales y con elementos objetivos específicos; en el caso del objeto de estudio de la presente investigación, a nivel de la tipicidad objetiva, para su procesamiento, juzgamiento y sanción sólo se debe

cumplir con la verificación de elementos objetivos en un solo nivel, los cuales son derivados del apartamiento de los requisitos indispensables para el cumplimiento del deber de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Cuarta. - En el mismo contexto, se evidencia que las normas que favorezcan la impunidad, de acuerdo a normas del derecho internacional, son inválidas tanto para los casos de crímenes de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma generalizada y/o sistemática, tanto para los casos de crímenes de violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma. El desarrollo teórico de esta categoría jurídica contribuye a diferenciar apropiadamente la problemática y a aplicar las herramientas interpretativas pertinentes para combatir la impunidad de casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma aislada y, de esta manera, contribuir al derecho de verdad justicia y reparación de las víctimas y de la sociedad.

La novedad de esta categoría jurídica y su falta de sistematización han favorecido la impunidad de este tipo de abusos de poder, por lo tanto, en primer lugar, es imprescindible diferenciar a precisión cuando nos encontramos frente a una causa válida para el uso de la fuerza y/o de las armas de fuego y cuando nos encontramos frente a un caso de graves violaciones a los derechos humanos cometido de forma autónoma. Una vez que se considere que se ha cometido este tipo de infracciones penales, se debe realizar una apropiada imputación para luego aplicar las herramientas jurídicas pertinentes como la imprescriptibilidad o, en general, la prohibición de aplicar normas que favorezcan directa o indirectamente a la impunidad de sus perpetradores.

Quinta. - En todos los casos de graves violaciones a los derechos humanos, tanto en aquellos casos cometidos de forma sistemática y/o generalizada, como en aquellos casos cometidas de forma aislada, la justicia transicional ha sido el medio por antonomasia para favorecer procesos de verdad, justicia y reparación luego de periodos de gran convulsión político – social. Esto se debe a que en momentos históricos determinados las autoridades que favorecieron de manera directa o indirecta la comisión de estas infracciones impedían la investigación, procesamiento, juzgamiento y sanción de este tipo de crímenes internacionales de violaciones a los derechos humanos.

Sin embargo, si bien es cierto que, pueden darse casos en los que justicia llegue luego de varios años, dada la obligación de no dejar de cumplir con el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas, se considera que la denominación de justicia transicional no es lo suficientemente amplia. Y si bien es cierto que esta ha sido el puntal para el desarrollo jurisprudencial de esta categoría jurídica, en atención a la vigencia de un

sistema constitucional de derechos y justicia, no se puede esperar que deban pasar considerables periodos de tiempo para que las víctimas y la sociedad tengan acceso a verdad, justicia y reparación. De esta manera, se debe buscar nuevas denominaciones que no excluyan la posibilidad de que estos casos sí sean resueltos en un plazo razonable para evitar la pérdida de indicios y la posibilidad de disminuir el porcentaje de impunidad.

Sexta. - Las proscripciones internacionales para los casos de graves violaciones a los derechos humanos no son taxativas, sino que lo que hacen es prohibir la aplicación de cualquier figura jurídica que aplicada de forma ilegítima favorezca la impunidad de este tipo de casos. De tal manera, además de las figuras jurídicas establecidas por esta línea jurisprudencial internacional, cualquier otra figura jurídica que se utilice con la intención de dejar en la impunidad a casos de graves violaciones a los derechos humanos debe estar totalmente vedada y su aplicación es inválida, incluso cuando exista oposición a las normas jurídicas locales.

En tal virtud, pese a que no se encuentren señaladas de forma expresa, incluso aquellas figuras jurídicas que tengan apariencia de legalidad serían inconstitucionales, si ocultan la comisión de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma y e impiden un adecuado proceso de rendición de cuentas mediante la aplicación de los estándares internacionales de investigación. Aquí cabe recalcar que las normas inaplicables no sólo se refieren a las normas procesales, sino también incluso a cualquier norma de tipo sustantivo. Por esta razón, el confundir a un caso de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma autónoma con un delito común es el primer paso a la impunidad. Por ejemplo, esto sucede en el Ecuador con el delito de extralimitación en la ejecución de un acto de servicio

Séptima. - Siguiendo esta línea, las conductas establecidas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como casos de graves violaciones a los derechos humanos no deberían ser absolutas. Como se ha desarrollado en el presente trabajo de investigación, el fundamento que comparten las mismas es el uso ilegítimo de la fuerza que devenga en la violación de derechos humanos pertenecientes al *ius cogens*. En este caso, todas las conductas ilícitas delictivas que se generen en las mismas condiciones deberían formar parte de esta categoría. Así, se incluyen también dentro de esta categoría jurídica a las detenciones ilegales y arbitrarias. De momento, se ha considerado que al no haber sido tomadas en cuenta por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estas no deberían formar parte de esta categoría. Sin embargo, existen algunos casos en los que sí se las ha tomado en cuenta, pero

únicamente cuando se ha producido en concursos con torturas o con ejecuciones extrajudiciales.

Octava. - La teoría del delito se encuentra íntimamente relacionada con la categoría jurídica de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma aislada, puesto que esta categoría no sólo pertenece al Derecho Penal Internacional y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que también se encuentra transversalizada por el Derecho Penal. Así, es un imperativo el aplicar las normas jurídicas pertinentes siempre que estas no tengan como objetivo dejar estos hechos en la impunidad. Por lo tanto, la investigación sobre el uso de la fuerza de parte de agentes estatales sí puede concluir su análisis en cualquier categoría dogmática del delito, siempre que el análisis sea pertinente.

Ahora bien, en este mismo sentido, no se puede señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sólo ha prohibido, las ejecuciones extrajudiciales totalmente consumadas, sino que dicho tipo penal se encuentra transversalizado por todas y cada una de las instituciones de la teoría del delito. En este sentido, no se podría señalar que este organismo internacional no ha prohibido, por ejemplo, la tentativa de ejecución extrajudicial o que no ha dispuesto que se aplique un debido proceso reforzado a su investigación o que dicho delito también pueda cometerse por omisión impropia. Esto se da porque la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es una corte penal y son los estados a través del desarrollo normativo, de la jurisprudencia y de la doctrina los que deben favorecer el acceso a justicia para este tipo de casos. De esta manera, las instituciones de la teoría del delito se aplicarán de acuerdo a la forma de comisión de este tipo de crímenes.

Novena. - En el Ecuador, el delito de extralimitación en la ejecución de un acto de servicio esconde los casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma que debían haberse investigado, procesado y sancionado como ejecuciones extrajudiciales y como actos de torturas. Esto se debe a que dado su diseño normativo, pese a señalar que es un delito subsidiario, es el tipo penal mayoritariamente aplicado para realizar las investigaciones al momento de producirse una violación grave a los derechos humanos que ha sido cometida de forma autónoma.

Esto ha generado que del 10 de agosto de 2014 al 09 de agosto de 2024 no exista una sola sentencia condenatoria en firme por este delito. Esto se debe a que dicha conducta no exige *per se* el uso de estándares internacionales de investigación, y en los casos en los que se ha aplicado, las autoridades judiciales nacionales los han rechazado bajo el

argumento de que se trataría de un delito común que afecta a la eficiente administración pública y que no tiene una víctima como tal, lo cual es otra forma graves violar los derechos humanos de las víctimas.

Este delito debería ser expulsado del ordenamiento jurídico nacional por su anti convencionalidad, es decir, que su aplicación contribuye a la impunidad de casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidos de forma autónoma. En su defecto, se podría aplicar una reforma legal para cambiar su denominación y su ubicación en el catálogo de infracciones. Esta reforma tendría el sentido de tipificar los tratos, crueles, inhumanos y degradantes causados por un funcionario encargados de hacer cumplir la ley cuando los mismos no alcancen el umbral de las torturas.

Décima. Se considera que la transversalización de las principales instituciones de la teoría del delito a esta categoría jurídica realizado en este trabajo de investigación es recién el primer paso en el desarrollo teórico de esta categoría jurídica. No obstante, este constituye una herramienta válida, ya que el desarrollo de la misma se ha realizado utilizando herramientas jurisprudenciales, doctrinarias y normativas. De esta manera, este trabajo puede aportar los operadores de justicia para la resolución de casos reales, para favorecer los derechos de las víctimas de casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidas de forma autónoma y para evitar futuras sanciones locales o internacionales. No obstante, es imprescindible que la doctrina, desde el punto de vista del derecho penal continental y de un estado constitucional de derechos y de justicia, continúe con este trabajo a profundidad con la finalidad de favorecer el desarrollo del campo teórico - normativo para su eficaz investigación, procesamiento, juzgamiento y sanción.

Bibliografía

Doctrina

- Agamben, Giorgio. *Estado de excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo S.A., 2007.
- Aniyar de Castro, Lola. "Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo". En *Sistemas penales y derechos penales en América Latina*, coordinado por Eugenio Zaffaroni, 233-46. Buenos Aires: Depalma, 1984.
- Ambos, Kai. *La parte general del Derecho Penal Internacional Bases para una elaboración dogmática*. Berlín / Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- Ambos, Kai, y María Laura Böhn. "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?". En *Digesto jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac Gregor y Alfonso Herrera García, 1057-88. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2013.
- Ávila Santamaría, Ramiro. "Del estado legal de derecho al estado constitucional de derechos y justicia". En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 15* (2009): 775-93.
- . "Los principios de aplicación de los derechos". En *Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, 39-72. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . "Ecuador, estado constitucional de derechos y justicia". En *La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, 19-38. Quito: Ministerio de Justicia y derechos humanos, 2008.
- Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*, 2.^a ed. Barcelona: Orbis, 1985.
- Becker, Howard S. *Outsiders Hacia una sociología de la desviación*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2009.
- Boyadjian, Elizabeth Silvia y Rita Esther Salomón. "El etiquetamiento como forma de violencia simbólica" *Heterocromías: Feminismos y Epistemologías del Sur*, Facultad de Psicología, Universidad Nacional de Córdoba, (2020): 23- 32.
- Bustos Ramírez, Juan Derecho. *Penal Parte General, Obras completas*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2008.

- Caicedo Tapia, Danilo. “El reto de los estados latinoamericanos ante las graves violaciones a los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad”. En *Justicia transicional en la región andina*, coords. Gabriel Orosco et al., 163-97. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales / Fiscalía General del Estado, 2017.
- Chambliss, William. “State Organized Crime The American Society of Criminology, 1988 Presidential Address”. *Criminology* 27 n.º 2 (1989): 183-208. doi.org/10.1111/j.1745-9125.1989.tb01028.x.
- Cuesta Márquez, Lianet, y Ángel Andrés Sarie Añazco. “La pena de muerte como máximo castigo y su impacto en la sociedad contemporánea”. *Revista Cumbres Revista Científica de la Universidad Técnica de Machala* 6, n.º 2 (2021): 23-34. <https://investigacion.utmachala.edu.ec/revistas/index.php/Cumbres/issue/view/12>
- De Secondat, Charles - Barón de Montesquieu. *El espíritu de las leyes*, 2.ª ed. Barcelona: Orbis, 1985.
- Encalada Hidalgo, Pablo. *Teoría constitucional del delito Análisis Aplicado al Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015.
- Feierstein, Daniel. *El genocidio como práctica social: Entre el nazismo y la experiencia argentina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.
- Fernández Carter, Catalina. *Los límites de la fuerza: Mitos y verdades sobre los derechos humanos*. Santiago: La pollera, 2021.
- Franco, Marina. “La ‘teoría De Los Dos demonios’: Un símbolo De La Posdictadura En La Argentina”. *A Contracorriente: Una Revista De Estudios Latinoamericanos* 11 (2), (2014): 22 – 52.
- Garland, David. *La cultura del control: Crimen y orden en la sociedad contemporánea*. Gedisa: Barcelona, 2005.
- García Figueroa, Alfonso. “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”. En *Neconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell, 159-86, 4.ª ed. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México / Trotta, 2003.
- García-Guiu López, Carlos. “Cohesión grupal y espíritu de cuerpo en las unidades de Seguridad y Defensa”. *Revista de Pensamiento Estratégico y Seguridad CISDE*, 2, n.º 1 (2017): 65-77.
- Gracia Martín, Luis. *El horizonte del finalismo y el Derecho Penal del Enemigo*. Valencia, Tirant le Blanch, 2005.

- Gil Gil, Alicia, y Elena Maculán. “¿Qué es el Derecho Penal Internacional?”. En *Derecho Penal Internacional*, dirigido por Alicia Gil Gil y Elena Maculán, 39-52, 2.^a ed. Madrid: Dykinson, 2019.
- Hart, Herbert. *The concept of law*, 2.^a ed. Oxford: Nueva York, 1994.
- Henderson, Humberto. “Las ejecuciones extrajudiciales o el homicidio en las legislaciones de América Latina”. *Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 43, n.º 1 (2006): 281-98.
- Hobbes, Thomas. *El Leviatán: O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1980.
- Jakobs, Günter. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed. Traducido por Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano González. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- Jakobs, Günter, y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*. Traducido por Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.
- . “La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente” *Estudios de Derecho Judicial*, N° 20 (1999): 119 – 146.
- Jelin, Elizabeth. “Militantes y combatientes en la historia de las memorias: silencios, denuncias y reivindicaciones”. *Meridional* (Revista chilena de estudios latinoamericanos), n.º 1 (2013): 77-97. doi: 10.5354/0719-4862.2013.30068.
- Karimova, Takhmina. “What amounts to ‘a serious violation of international human rights law’? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty”. *Academy Briefing*, n.º 6, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights 12, (2014), Briefing 6 What is a serious violation of human rights law_Academy Briefing No 6.pdf (geneva-academy.ch).
- Kauzlarich, David, Rick Matthews y William Miller. “Toward a Victimology of State Crime”, *Critical Criminology* (Kluwer Law International. Printed in the Netherlands) 10, 2001, 173-194, doi.org/10.1023/A:1015744304749.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho* Trad. Roberto Vernengo. Ciudad de México: Porrúa S.A., 1993.
- . *Compendio de Teoría General del Estado*. Ciudad de México: Colofón, 1992.
- . *Teoría General del derecho y del estado*, 5.^a reimp. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- . *General Theory of Law & State*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2006.

- Landoni Sosa, Ángel. “La cosa juzgada: valor absoluto o relativo”. *Revista Derecho PUCP*, n.º 56 (2003): 297-360. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200301.007>.
- Lengua Parra, Adrián, y Victor Ostolaza Seminario. “Enemistad Aparente: La Tensión Entre el Concepto de Graves Violaciones de Derechos Humanos de la Corte Interamericana con el Derecho Penal”. *Derecho PUCP*, n.º 84 (2020): 223-69. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.008>.
- Lemkin, Raphael. *Axis rule in occupied Europe: Laws of occupation, analysis of government, proposals for redress*. Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1944.
- Locke, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil: Un ensayo acerca del verdadero origen del gobierno civil*. Buenos Aires: Alianza, 2005.
- Luzón Peña, Diego. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Maculan, Elena. “La contribución iberoamericana al debate sobre la ampliación de los grupos protegidos en el delito de genocidio”. En *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio: La contribución iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, coordinado por Héctor Olasolo y Pilar Eirene de Prada, 255-88. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Medina, Cecilia. *The battle of human rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*. Utrech: Martinus Nijhoff, 1988.
- Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2.ª ed. Montevideo / Buenos Aires: B de F Ltda. / Euros Editores S.R.L., 2003.
- . *Derecho Penal Parte General*, 8.ª ed. Barcelona: Reppertor, 2006.
- Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán. *Derecho Penal Parte General*, 8.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Nash Rojas, Claudio. “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (2009): 585-601.
- Ntoubandi, Faustin Z. *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007.
- Olasolo Alonso, Héctor. “El principio nullum crimen sine iure en Derecho Internacional contemporáneo”. *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal 1* (2013): 18-42.

- Paladines, Jorge Vicente. *Derecho Penal de Auschwitz La continuación del estado dual*. Quito: El Siglo, 2020.
- Pavarini, Massimo. “Castigar al enemigo Criminalidad, exclusión e inseguridad”. En *Ciudadanía y violencias* (Flacso - Ecuador), vol. 8 (2009): 173-194, <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/112451-opac>.
- Pelayo Moller, Carlos María. “El acceso a la información pública en casos de graves violaciones a los derechos humanos en México”. En *Estudios en derecho a la información* (Publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México) 18, n.º 5 (2018): 3-34, <https://doi.org/10.22201/ij.25940082e.2018.5>.
- Peñañiel, Diego. “El terrorismo de Estado en Ecuador”. En *Justicia transicional en la región andina*, coordinado por Gabriel Orosco et al., 7-50. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales / Fiscalía General del Estado, 2017.
- Pontón Cevallos, Jenny. “La militarización de la seguridad ciudadana: una tendencia regional. Entrevista con Marcos Pablo Moloeznik Gruer”. *URVIO: Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, n.º 12 (2012): 143-6. <https://doi.org/10.17141/urvio.12.2012.1173>.
- Ramírez Morales, María Soledad. “La responsabilidad del *extra neus* en el marco de los delitos especiales. Una visión del principio de unidad de título de imputación”. *Ciencia Jurídica* 9, n.º 17: 57-60.
- Rincón Oñate, Carlos Alberto. “La construcción del enemigo interno: Una política pública del odio”. *Desde el jardín de Freud*, n.º 19 (2019): 249-62. <https://doi.org/10.15446/djf.n19.76722>.
- Rojas Bolaños, Omar Eduardo. “Deshumanización del enemigo como estrategia operacional. Del espíritu de cuerpo y la cohesión institucional al etnocentrismo militar”. *Revista Kavilando* 12, n.º 1 (2020): 204-13.
- Román Márquez, Álvaro, y Mauricio Enrique Pacheco. *Teoría del delito en el Ecuador*. Quito: Ed Fórum, 2015.
- Ross, Jeffrey Ian. “Controlling state crime: Toward and integrated structural model”. En *Controlling state crime*, 2.ª ed. New Jersey: Transaction publishes, 2000.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General*, t. 1, *Fundamentos La estructura de la teoría del delito*, traducido por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 2.ª ed. Madrid: Civitas, 1997.
- Rusconi, Maximiliano, y Mariano Kierzenbaum. *Elementos de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2016.

- Salmón, Elizabeth. *Introducción al derecho internacional humanitario*, 3.^a ed. Lima: IDEHPUEP / CICR, 2012.
- Silva Sánchez, Jesús-María. “La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”. En *Civitas: Revista Chilena de Derecho* 26, n.º 3 (1999): 783-7. <https://www.jstor.org/stable/i40076869>.
- Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza, 2009.
- Stanton, Frank. “La categorización, en el Derecho y en el mundo”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28, n.º 1 (2005): 307-20. doi: 10.14198/DOXA2005.28.01.
- Villar Borda, Luis. “Estado de derecho y estado social de derecho”. *Derecho del Estado*, (Universidad Externado de Colombia) 20 (2007): 73-96. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/issue/view/74>.
- Villanueva Bogani, Pedro. *Empleo razonable de las armas de fuego en el control de la seguridad pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020.
- Von Hayek, Friedrich. *La Constitución de la Libertad*. Chicago: Epublibre, 1959.
- Werle, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.
- . *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 5.^a ed. Granada: Colmenares, 2002.
- . “La cuestión penal: El poder punitivo y la verticalización social”. Video de Encuentro, 2016. <http://encuentro.gob.ar/programas/serie/8609>.
- . *La cuestión criminal*. Bogotá: Ibáñez, 2013.

Tesis

- Coronel Ojeda, Esteban. “La investigación de los crímenes del poder en el Ecuador. La cosa juzgada fraudulenta, una herramienta contra la impunidad”. Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2022. <https://mobiroderic.uv.es/handle/10550/83117>.
- Hernández Mendoza, Liliana. “El ‘non bis idem’ en el ámbito sancionador: Estudio comparado de los sistemas español y mexicano”. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2013. <https://eprints.ucm.es/18106/1/T34239.pdf>.

Informes nacionales

Ecuador. Comisión de la Verdad. *Informe de la Comisión de la Verdad: Sin verdad no hay justicia*. Quito: Ediecuatorial, 2010.

Informes internacionales

Chile. *Informe Nacional de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, re-edición. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación / Andros Impresores, 1996.

Normativa local

Ecuador. *Código Penal*. Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971. Derogado.

Ecuador. *Código de Procedimiento Penal*. Registro Oficial 360, 13 de enero de 2000. Derogado.

Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador. *Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza*. Registro Oficial 131, Tercer Suplemento, 22 de agosto de 2022.

Sentencias nacionales

Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 17141-2013-01631*, 26 de septiembre de 2013.

Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 17141-2013-01631*, 24 de noviembre de 2015.

Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 17721-2016-0003*, 11 de septiembre de 2024.

Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. “Sentencia de casación” En *Juicio n.º: 06282-2021-01091*, 31 de enero de 2024.

Ecuador Corte Constitucional. Sentencia Nro. 54-21-IN/24. En *Caso n.º: 54-21-IN*, 06 de junio de 2024.

Ecuador Corte Constitucional. Sentencia Nro. 031-10-SEP-CC. En *Caso n.º: 0649-09-EP*, 15 de julio de 2010.

Actas nacionales

Ecuador Asamblea Nacional. *Acta 257. Segundo debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal*, 9 de octubre de 2013, 5.

———. *Acta 257-A. Segundo debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal*, 10 de octubre de 2013.

Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. “Acta de audiencia de juzgamiento”. En *Juicio n.º: 17141-2013-01631*, 26 de septiembre de 2013.

Normativa internacional

Amnistía Internacional. *Uso de la fuerza Directrices para la aplicación de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, 2015.

Comisión Internacional de la Cruz Roja. *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*. 12 de agosto de 1949.

———. *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*. 12 de agosto de 1949.

———. *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*. 12 de agosto de 1949.

———. *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*. 12 de agosto de 1949.

ICRC Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario. *Principios generales del derecho penal internacional*, 2014.

<https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/2014/general-principles-of-criminal-icrc-spa.pdf>

- OEA Asamblea General. *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*. 9 de diciembre de 1985.
- ONU Asamblea General de los Estados parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Elementos de los Crímenes*. 10 de septiembre de 2002.
- ONU Asamblea General. *Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*. 17 de diciembre de 1979, art. 1, A/RES/34/169.
- . *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. 10 de diciembre de 1984, art. 1, (RES 39-46).
- . *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. 15 de noviembre de 2000, art. 1, A/RES/55/25.
- . *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*. 9 de junio de 1994.
- . *Convención Internacional para la Protección de todas las Persona contra las Desapariciones Forzadas*. 23 de diciembre de 2010.
- . *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*. 9 de diciembre de 1948, art. 2, 260 A (III).
- . *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*. 26 de noviembre de 1968, art. 1, A/RES/2391.
- . *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abusos de Poder*. 29 de noviembre de 1985, num. 1, RES40/34.
- . *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. 17 de julio de 1998, art. 5, A/CONF.183/9.
- . *Estatuto del tribunal militar internacional de Núremberg (Carta de Londres) 1945*.
- . *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1966, art. 14.7, (RES 2200 A-XXI).
- ONU Comisión de Derechos Humanos. *Estudio Relativo al Derecho de Restitución, Indemnización y Rehabilitación a las Víctimas de Violaciones Flagrantes a los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*. 2 de julio de 1993, num. 6, E/CN.4/Sub.2/1993/8.
- OEA Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 22 de noviembre de 1969, art. 62.3, (B-32).

- ONU Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. 23 de mayo de 1969, art. 27, A/CONF.39/27.
- ONU Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. *Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales*. 8 de junio de 1977.
- . *Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales*. 8 de junio de 1977.
- ONU Conferencia Mundial de Derechos Humanos. “Introducción”. En *Declaración y el Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*. 25 de junio de 1993.
- ONU Consejo Económico y Social. *Informe de la situación de las violaciones a los derechos humanos y las libertades fundamentales; incluidas las políticas de discriminación, segregación racial y de apartheid, en todos los países, con especial referencia a las colonias, países y territorios dependientes*. 6 de junio de 1967, num. 2, Resolución 1235 (XLII). - Resolución 8 (marzo 1967) Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
- . *Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias, Resolución 1989/65*. 24 de mayo de 1989.
- ONU Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. *Principios Básicos sobre el Uso de la Fuerza y de las Armas de Fuego para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*. 7 de septiembre de 1990.
- ONU Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas*. 31 de julio de 2016.
- ONU Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Corte IDH. “Sentencia de 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso López Álvarez vs. Honduras*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf.
- . “Sentencia de 03 de julio de 2004 (Reparaciones y Costas)”. En *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_108_esp.pdf.
- . “Sentencia de 04 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf.
- . “Sentencia de 05 de julio de 2006 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdfEn.
- . “Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Tibi vs. Ecuador*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf
- . “Sentencia de 08 de agosto de 2000 (Fondo)”. En *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf.
- . “Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_164_esp.pdf.
- . “Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo)”. En *Caso Barrios Altos vs. Perú*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf.
- . “Sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_287_esp.pdf.
- . “Sentencia de 16 de agosto de 2000 (Fondo)”. En *Caso Durand Ugarte vs. Perú*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf.
- . “Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Bulacio vs. Argentina*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf.

- . “Sentencia de 19 de mayo de 2011 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Vera Vera vs. Ecuador*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_226_esp.pdf.
- . “Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo)”. En “*Niños de la calle*” (*Villagrán Morales*) y *otros* vs. *Guatemala*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf.
- . “Sentencia de 20 de octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Trabajadores de Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. [seriec_318_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf) (corteidh.or.cr).
- . “Sentencia de 21 de enero de 1994 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Gangaray Pandam* vs. *Surinam*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf.
- . “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñez vs. Ecuador*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf.
- . “Sentencia de 22 de noviembre de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Albán Cornejo* vs. *Ecuador*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf.
- . “Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Radilla Pacheco vs. México*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf.
- . “Sentencia de 24 de junio de 2020 (Fondo, Reparación y Costas)”. En *Caso Guzmán Albarracín y otra vs. Ecuador*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf.
- . “Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Nadege Dorzema y otros* vs. *República Dominicana*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf.
- . “Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Myrna Mack Chang* vs. *Guatemala*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf.
- . “Sentencia de 26 de marzo de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Guachalá Chimbo y otros* vs. *Ecuador*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_423_esp.pdf.

- . “Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.
- . “Sentencia de 27 de agosto de 2014 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Hermanos Landaeta Mejía y otros vs. Venezuela*. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_281_esp.pdf.
- . “Sentencia de 27 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas)”. En *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf.
- . “Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo)”. En *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.
- . “Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Castillo Pretruzzi vs. Perú*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf.
- . “Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_328_esp.pdf.

Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- CIDH. “Informe de Fondo 47/96, 16 de octubre de 1996”. En *Caso Víctimas del barco Remolcador “13 de marzo” vs. Cuba*. Cuba 11.436 (oas.org).
- . “Informe de admisibilidad y fondo 26/09, 20 de marzo de 2009”. En *Caso, Wallace Almeida vs. Brasil*. <https://cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Brasil12440.sp.htm>.

Páginas web

- Albán, Juan Pablo. “Las graves violaciones a los derechos humanos como categoría jurídica”. *Pro Homine*. 3 de noviembre de 2013. <https://prohomine.wordpress.com/2013/11/03/las-graves-violaciones-a-los-derechos-humanos-como-categoria-juridica/>.
- Ecuador Fiscalía General del Estado. “Fiscalía prueba la existencia de la unidad represiva conocida como SIC-10”. *Fiscalía General del Estado*. Accedido 25 de abril de

2022, párr. 1-8, <https://www.fiscalia.gob.ec/fiscalia-prueba-la-existencia-de-la-unidad-represiva-conocida-como-sic-10/>.

Huhle, Rainer. *La violación de los derechos humanos ¿Privilegio de los Estados?* En Koaga Roneeta. Accedido el 27 de julio de 2021. <http://www.derechos.org/koaga/iv/1/huhle.html>.

Oficios

Ecuador Fiscalía General del Estado. Oficio Nro. FGE-CGAJP-DDHPC-2024-00925-O. 25 de septiembre de 2024.

Sentencias de otros países

Perú Tribunal Constitucional. “Sentencia”. En *Expediente n.º: 0012-2006-PITC*. 15 de diciembre de 2006.