

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Procesal

**El delito de tortura y su compatibilización en la legislación
ecuatoriana**

Autora: Martha Floricelda Macías Barrezueta

Tutor: Carlos Poveda

Quito, 2015



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, MARTHA FLORICELDA MACIAS BARREZUETA, autora de la tesis intitulada “**El delito de tortura y su compatibilización en la legislación ecuatoriana**”, mediante el presente documento dejo 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 Magister en Derecho Procesal 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 formato virtual, electrónico, digital u 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 en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 11 de junio 2015

Martha Floricelda Macías Barrezueta

RESUMEN. El delito de tortura, considerado delito de lesa humanidad por el Estatuto de Roma, se tipifica, igualmente, como delito de lesa humanidad, en el Art. 89 de nuestro Código Orgánico Integral Penal.

Ambos cuerpos normativos establecen como requisito esencial que este delito se cometa como parte de un ataque generalizado contra una población civil, lo que concuerda con el Art. 119 del Código Orgánico Integral Penal, que tipifica como tortura el ilícito que se cometa con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado en el territorio nacional o a bordo de una aeronave o de un buque de bandera ecuatoriana, lo que no requiere del “ataque generalizado” a que alude el Art. 89 *ibídem*.

Igualmente, el Art. 151 del Código Orgánico Integral Penal, tipifica como tortura a 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 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, el cual se sanciona con una pena privativa de libertad de siete a diez años, agravándose el delito en los casos de los numerales 1 a 4 del referido artículo y que dicen relación con los conocimientos técnicos para aumentar el dolor de la víctima (1); cuando se trate de funcionarios o servidores públicos u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, por instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia (2); que se cometa con la intención de modificar la identidad de género u orientación sexual (3) y se cometa en persona con discapacidad, menor de 18 años, mayor de 65 años o mujer embarazada

En esta investigación se analiza la tortura consagrada en los Convenio y Tratados Internacionales con nuestro derecho interno, para establecer la diferencia de la tortura, sus efectos y causas. Pero lo relevante es compatibilizar este tipo penal con nuestra legislación desde la perspectiva que dicha acción sea considerada imprescriptible, para evitar como el Caso Tibi, que los violadores de los derechos humanos quedan sin sanción alguna.

Finalmente, el Ecuador no ha cumplido, con las Sentencias de la CIDH, respecto a enjuiciar y castigar a los responsables de las violaciones de los DD.HH.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de investigación a Dios, mi principal fortaleza y confianza en este mundo terrenal, a mi esposo Daniel V. Cadena Linzán, por ser espejo en mi vida, a mis hijos Daniel Vicente y Daniel Fabricio Cadena Macías, a mi adorada nieta Martha Daniela Cadena Sánchez, a mi nuera María Cecilia Sánchez de Cadena, a mi amada madre, hermanas, hermanos y todos quienes me han apoyado en esta meta profesional.

Martha Macías Barrezueta

AGRADECIMIENTO

Expreso mi cordial agradecimiento a la Universidad Simón Bolívar, por brindarme la oportunidad de acrecentar mis conocimientos en el nivel académico y profesional; de manera especial a los distinguidos catedráticos que imparten sus ideas, experiencias y conocimientos científicos y humanos que me han permitido culminar mis objetivos.

Agradezco sobremanera, la guía recibida de mi director de tesis, DR. CARLOS HERNAN POVEDA MORENO, quien supo guiarme con su experiencia profesional y buen criterio, en la elaboración de la presente investigación, a más de que sus exigencias siempre contribuyeron a mejorar el aporte científico-jurídico del presente trabajo.

Martha Macías Barrezueta

Contenido

1. LA TORTURA	10
1.1. Definiciones:.....	10
1.2. Elementos	16
1.3. Desarrollo conjunto de los elementos	17
1.3.1. Intencionalidad del acto	17
1.3.2. Finalidad, puede ser utilizada como medio de investigación policial, o servir como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin.....	21
1.3.2.1. La tortura como medio de investigación policial	21
1.3.2.2 La Tortura como medio para castigar, como medio intimidatorio, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin	23
1.3.2.3. Penas o sufrimientos físicos o mentales.....	25
1.3.3. Breve referencia histórica de la tortura.....	26
1.3.4.1. La tortura en la antigüedad	26
1.3.4.2. La tortura en la Edad Media y la Santa Inquisición.....	30
1.3.4.3. El iluminismo, el término de la tortura y los tratos degradantes y la prisión	30
1.3.4.4. La tortura en la época contemporánea.....	32
1.3.5. Derecho Interamericano.....	33
1.3.5.1. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	33
1.3.5.2. Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica	34
1.3.5.3. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos	34
1.3.5.4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	35
1.3.6. Convenios. Tratados	36
1.3.6.4. Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	36

1.3.6.5. Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley	38
1.3.6.6. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión	38
1.3.6. Doctrina	39
1.3.8. Sujeto Activo	40
1.3.9. Sujeto Pasivo	43
1.3.10. Circunstancias de la infracción	45
1.3.11. Lesa humanidad	50
2. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL	55
2.1. Tipos penales	55
2.2. Análisis evolutivo de estas normas con el primer capítulo	58
3. EL CASO DANIEL TIBI	62
3.1. Hechos	62
3.2. Análisis jurídico de los hechos	65
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	73
CONCLUSIONES.....	73
RECOMENDACIONES.....	74
BIBLIOGRAFÍA	76
LINKOGRAFÍA.....	79

INTRODUCCIÓN

La tortura y en general las atrocidades que ella involucraba, generó, primeramente la humanización del derecho penal, execrándose las penas crueles y degradantes, siendo reemplazadas por la pena de privación de libertad, la que, al principio, se vio como la gran solución del ius puniendi del Estado.

De acuerdo a lo expuesto en el párrafo anterior, en tiempos primitivos eran parte de las penas impuestas a los imputados por la autoridad, situación que, se reitera en la actualidad, porque las torturas existentes en nuestro país, en estos últimos años, según el informe de la Comisión de la Verdad, destacaron que en el período investigado hubo 365 torturas.

La Constitución de la República en forma categórica, en el literal c) del numeral 3 del Art. 66 prohíbe la tortura, la desaparición forzada y las penas crueles, inhumanas o degradantes; ocurriendo lo mismo con el inciso 4° del Art. 89 ibídem, que consagra

Tal como se expresó anteriormente, el Código Orgánico Integral Penal, contempla a la tortura como delito de lesa humanidad en los Arts. 89 y Art. 119, en el primer caso cuando se comete como parte de un ataque contra una población civil, o en el segundo, cuando se materializa con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado en el territorio nacional o a bordo de una aeronave o de un buque de bandera ecuatoriana.

El Código Orgánico Integral Penal, igualmente, tipifica la tortura como delito contra la integridad personal en el Art. 151 sancionándose a 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 métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental.

La tortura se configura aún en el caso que no se cause dolor o sufrimiento físico o psíquico, y se sanciona con una pena privativa de libertad de siete a diez años, agravándose el delito en los casos de los numerales 1 a 4 del referido artículo.

Estas agravantes dicen relación con el torturador que utilice sus conocimientos técnicos para aumentar el dolor de la víctima (Art, 151 N°1 COIP); cuando se trate de funcionarios o servidores públicos u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, por instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia (Art. 151 N° 2 COIP); que se cometa con la intención de modificar la identidad de género u orientación sexual (Art. 151 N° 3 COIP) y se cometa en persona con discapacidad, menor de 18 años, mayor de 65 años o mujer embarazada (Art. 151 N° 4 COIP).

En la investigación se plantea un análisis detallado de la figura del delito de tortura, demostrando una vinculación directa las actividades inherente a su cargo de los funcionarios públicos, de manera preferente.

Capítulo primero

1. LA TORTURA

1.1. Definiciones:

Para Kai Ambos, en su obra *Terrorismo, tortura y Derecho penal*, en la parte introductoria expresa que:

Desde la perspectiva del derecho penal (internacional) la cuestión de la tortura tiene dos aspectos. El primero es material; ¿es ilícito el uso de la tortura en todas las situaciones, incluso en las más extremas en donde ella es aplicada para salvar vidas de inocentes (llamada tortura preventiva), y el torturador debe siempre ser castigado?(...). El Segundo aspecto es procesal: ¿la prueba obtenida por medio de tortura puede ser utilizada en procesos penales? En países regidos por el reinado del derecho (*rule of law*) y el juicio justo (*fair trial*) la respuesta es simple y clara: (no), si la tortura fue aplicada por autoridades nacionales y la prueba obtenida con la tortura sería usada en un proceso penal posterior¹.

El jurista alemán y especialista en Derechos Humanos señala la posible licitud de la tortura en el caso de situaciones extremas, como lo sería por ejemplo la detención de un terrorista perteneciente a un grupo que ha secuestrado a cientos de personas como ha ocurrido en el Medio Oriente o África, donde cabe preguntarse ¿es lícita la aplicación de la tortura a ese terrorista para salvar la vida de cientos de personas inocentes?, en estricto derecho sería un trato cruel, inhumano y degradante para el terrorista, pero si se analiza la realidad ¿acaso la vida de los inocentes secuestrados, por profesar una religión o una ideología diferente, no es un bien jurídico protegido más importante?

La utilización de la prueba ilícita en los procesos penales, como el caso de la obtenida en el ejemplo del párrafo anterior, tiene diversas posiciones en la doctrina, la legalista que la prohíbe y la humanitaria que la permite debido a que el bien jurídico protegido, que es la vida o integridad física de los secuestrados, necesariamente precisa ser custodiada.

¹Kai. Ambos: (2009) *Terrorismo tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencias. Atelier Libros Jurídicos. Justicia Penal. Gottingen.69*

La Convención Internacional contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de la Organización de Naciones Unidas de 10/12/1985, ratificada por el Ecuador, define, en su Art. 1.1, a la tortura como:

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.²

Obviamente que la tortura es un trato cruel o degradante, pero de acuerdo al Estatuto de Roma, existe un tratamiento jurídico a este deplorable hecho contra la humanidad, porque en nuestro país, prácticamente copiando el texto de ese estatuto, la tortura como delito de lesa humanidad precisa ser cometida por servidores públicos y por orden o con la aquiescencia del Estado, situación de imposible ocurrencia en un gobierno democrático, dándose la paradoja en nuestra legislación que hay dos clases de tortura de menor importancia como las que se tipifican en los Arts. 119 y 151 del Código Orgánico Integral Penal, a las cuales, por no mediar “la autorización o aquiescencia del Estado” se les da menor importancia en el sentido que estos delitos son comunes y plenamente prescriptibles, existiendo un grave atentado al principio de igualdad jurídica, siendo lógico y loable que nuestro legislador a toda clase de tortura le otorgue, en cuanto a la acción y la pena el carácter de imprescriptible.

En cuanto a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985), también ratificada por el Ecuador, los juristas argentinos Dres. Santiago Felgueras, Leonardo Filippini y Rosario Muñoz, en su artículo titulado “*La tortura en la jurisprudencia argentina por crímenes del terrorismo de Estado*”, señalan que la tortura se define en el Art. 2 de dicha Convención, que expresa:

² Pinargoty Alonzo, Alfredo: (2011) *La tortura como delito de lesa humanidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano* .http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/29/29_143a214_la_tortura.pdf

Para los efectos de la presente Convención 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 psíquica³.

El concepto de la OEA tiene la virtud de tipificar como tortura a cualquier acto realizado intencionalmente por el cual se practica a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales. Esta disposición que no hace distinciones de autorizaciones del Estado o del carácter de servidores públicos de los torturadores, es la que debe regir en materia de tortura y hacerla imprescriptible en nuestro ordenamiento jurídico, a fin que no queden en la impunidad, por el transcurso del tiempo, las torturas que no constituyan un delito de lesa humanidad.

En el Derecho internacional prohíbe categóricamente la tortura en varios instrumentos de Derecho Internacional Humanitario (DIH) y de Derecho Internacional de Derechos Humanos (DDHH),⁴ toda vez que no existe justificación de tortura, que pudiere invocarse por parte de un Estado a pretexto de la existencia de convulsión interna u otra clase de emergencia nacional. No obstante dice este autor⁵ citando a Y. Shany que: “ existen dos limitaciones importantes la una la tortura como se encuentra definida en el Art. 1 CCT y la tortura *stricto sensu*”.

³Felgueras, Filippini, & Muñoz, 2010 [http://www.cels.org.ar/ common/ documentos/ filippini-felgueras.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/filippini-felgueras.pdf), 13.

⁴ Ambos, “*Terrorismo tortura y Derecho Penal*”. 26-27.

⁵ Hay sin embargo, dos limitaciones importantes. En primer lugar, la tortura, así como está definida en el Art. 1 CCT no incluye el dolor o sufrimiento, que sólo surgiera de sanciones lícitas, ya sea en forma inherente o incidental a ella. En segundo lugar, y aún más importante, la cláusula de inderogabilidad de la CCT sólo se refiere a la tortura *stricto sensu*, p. ej., como lo define el Art. 1 CCT, pero no incluye los actos que no encuadran en tortura, como serían los tratos inhumanos y degradantes. Sin embargo, mientras que la CCT distingue al parecer entre tortura y otras formas de tratos inhumanos, en general los tratados de derechos humanos tratan la tortura y el trato o castigo cruel, inhumano o degradante en forma equivalente, prohíben ambos (Art. 7 PIDCP, el Art. 3 CEDH, Art.5 CADH), y declaran a ambos inderogables (Art.4 (2), Art. 15(2), Art 27 (2)). “*Ibid*”,28.

Por su parte las definiciones de la ONU como de la OEA, definen a la tortura como un ilícito intencional destinado a causar sufrimientos físicos o mentales, agravándose cuando sean causados por un funcionario público o bajo su aquiescencia, pero en dicho conceptos no se hace referencia a los ataques generales o sistemáticos contra una población civil o con conocimiento de dicho ataque, claro que en dichos documentos no se hacía referencia a que se trataba de crímenes de lesa humanidad y por lo tanto imprescriptibles. Desgraciadamente, como se analiza en el siguiente párrafo, ha prevalecido el concepto del Estatuto de Roma que hace una diferencia de los tipos de tortura, en los cuales se estiman de lesa humanidad las autorizadas por el Estado, relegando a las otras torturas al estatus de simples delitos.

El Ecuador el 07/10/1998, suscribió el Estatuto de la Corte Penal Internacional, también conocido como el Estatuto de Roma, de 17/07/1998, que entró en vigencia el 01/07/2002, tipifica a la tortura como crimen de lesa humanidad en el literal f) del numeral 1 y el literal e) del numeral 2 del Art. 7, preceptúa:

Art. 7.- Crímenes de lesa humanidad

1.A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

f) Tortura;

e) Por ‘tortura’ se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;⁶

La tortura tipificada como delito de lesa humanidad, supone como elemento esencial, de acuerdo al numeral 1 del Art. 7 del Estatuto de Roma, el cometimiento del ilícito como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, concepto que se reitera en el Art. 89 del Código Orgánico Integral Penal, pero que en estricto rigor jurídico, es de imposible cometimiento en regímenes democráticos, sin embargo, al definir la tortura, nuestra Asamblea Nacional, sin tomar en consideración la realidad nacional, se limitó a copiar textualmente la disposición del Estatuto de Roma.

⁶ Organización de Naciones Unidas: (1998) *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. A/CONF. 183/9, de 17 de julio de 1998 [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Los autores colombianos Dres. Edwin Hernando Alonso Niño y Luz Ángela María Orjuela Melo, en su obra *“La tortura como crimen de lesa humanidad. Análisis a la luz de instrumentos internacionales”*, al referirse a los requisitos de la tortura como crimen de lesa humanidad, expresan:

El “ataque sistematizado contra una población civil” debe entenderse como una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos en cuestión contra una población civil en cumplimiento de una política de Estado o de una organización de cometer actos o promover esa política estimulando activamente el ataque contra una población⁷.

Cuando se analiza el momento histórico de promulgación de dicho Estatuto, la Organización de Naciones Unidas, tomo en consideración las reiteradas violaciones a los derechos humanos y el terrorismo de Estado de las dictaduras militares, sobre todo en América del Sur y América Central, en donde era frecuente este tipo de ataques, lo que es inaplicable en nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia, porque después de varios años de democracia en el Ecuador, en caso alguno puede originarse un delito de tales características donde medie un ataque sistemático y generalizado y con conocimiento por parte de la autoridad, incurriendo en el mismo error nuestros legisladores, en el año 2014, en circunstancias que, prácticamente, hace más de 35 años que no existe ningún gobierno dictatorial en América Latina, salvo el de Cuba.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal, también contempla a la tortura como delito en el Art. 119, cuando el ilícito se materializa con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado en el territorio nacional o a bordo de una aeronave o de un buque de bandera ecuatoriana, lo que supone un estado de guerra externa, no siendo adecuado en materia jurídica carecer de normas claras y aplicables por las autoridades de conformidad al Art. 82 de la Constitución de la República, porque ello atenta contra la seguridad jurídica.

Finalmente, dentro de las diversas clases de tortura de nuestra legislación, el Art. 151 del Código Orgánico Integral Penal, trata a esta tortura como un “Delito contra la integridad personal”, en donde existe participación de funcionarios públicos en algunos casos o de particulares que actúa por instigación de aquellos o con su

⁷ Orjuela Alonso 2011. 63

consentimiento o aquiescencia, delito que debería ser imprescriptible, para que no se genere la prescripción de la acción ni de la pena, como ha sucedido en el caso Tibi v/s Ecuador, en lo que dice relación con la tortura que se le practicó, pero en la que el Estado no cumplió con la sanción a los servidores que la efectuaron, porque catalogándose a este delito como simple, prescribió la acción y la pena contra los torturadores, a quienes se les encubrió por el suficiente tiempo para que quedaran en la más absoluta impunidad.

Esta diferencia absurda de la tortura por parte de nuestro legislador, deja en evidencia que los asambleístas no repararon en lo expuesto por uno de los más celebres autores de la “humanización del derecho penal”, como lo fue el jurista italiano Cessare de Bonessana, Marqués de Beccaria, ya que según expresan los autores colombianos Dres. Edwin Hernando Alonso Niño y Luz Ángela María Orjuela Melo, en su obra *La tortura como crimen de lesa humanidad. Análisis a la luz de instrumentos internacionales*, señalaron: “Los delitos atroces que dejan en los hombres una larga memoria, sí están probado no merecen prescripción a favor del reo. Los delitos leves, en cambio deben prescribir para librar así la incertidumbre de la vida de las personas. Fundamentan su criterio en la consideración objetiva del mal producido”.⁸

Pretender buscar subjetivismos en la tortura es una aberración jurídica, como ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, en donde los asambleístas hicieron tabla rasa del inciso 2° del numeral 9 del Art. 11 de la Constitución de la República, ya que el Estado debe responder objetivamente de las acciones u omisiones de sus servidores, sin importar que se trate de “un ataque generalizado y con el consentimiento o aquiescencia del Estado”, insertando inconstitucionalmente un elemento subjetivo en una norma constitucional que establece, en forma categórica, la responsabilidad objetiva del Estado y que de conformidad al texto de los Arts. 89,119 y 151 del Código Orgánico Integral Penal, sancionando la tortura practicada por grupos delictuales que actúan fuera de la ley solo en el Art. 151 del referido cuerpo legal, haciendo diferencias para delitos que tienen un mismo resultado.

⁸ Alonso Niño, Edwin Hernando y Orjuela Melo, Luz Angélica María: (2011) *La tortura como crimen de lesa humanidad. Análisis a la luz de instrumentos internacionales*. Revista Estudios en Derecho y Gobierno, enero – junio de 2011, vol. 4, no.1, Bogotá Colombia,

Al exigirse en los instrumentos internacionales el elemento “intencional o subjetivo”, se está aplicando teorías obsoletas, porque nuestro constitucionalista estableció la responsabilidad objetiva del Estado, sin embargo esta disposición contenida en el inciso 2° del numeral 9 del Art. 11 de la Constitución de la República, no fue considerada por nuestros asambleístas al redactar y aprobar el Código Orgánico Integral Penal, insertando en nuestro medio normas que están muy lejos de la realidad ecuatoriana.

1.2. Elementos

El jurista chileno Dr. Claudio Nash Rojas, en su artículo “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”, en su conferencia dictada en el Seminario Internacional “Hacia la implementación en Uruguay del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes”, celebrado en Montevideo el 30/09/2008, al referirse a los elementos del delito de tortura, expresa:

De esta definición (la del Art. 1 de la Convención Internacional contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de la Organización de Naciones Unidas de 10/12/1985), se desprenden los siguientes elementos:

- a) Intencionalidad en el acto;
- b) Finalidad, que puede ser 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;
- c) Dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales;
- d) Sujeto activo, un funcionario público que actúa directamente o por omisión.⁹

Al exigirse en los instrumentos internacionales el elemento “intencional o subjetivo”, se está aplicando teorías obsoletas, porque nuestro constitucionalista estableció la responsabilidad objetiva del Estado, sin embargo esta disposición contenida en el inciso 2° del numeral 9 del Art. 11 de la Constitución de la República, no fue considerada por nuestros asambleístas al redactar y aprobar el Código Orgánico Integral Penal, insertando en nuestro medio normas que están muy lejos de la realidad ecuatoriana.

⁹ Nash Rojas, Claudio: (2008) *Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes*. Conferencia dictada en el Seminario Internacional “Hacia la implementación en Uruguay del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes”, celebrado en Montevideo el 30/09/2008. 9

Según expresa el Dr. Claudio Nash Rojas, de la definición de tortura de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura se desprenden los siguientes elementos:

- a) Intencionalidad en el acto;
- b) Finalidad, que puede ser investigación criminal, o servir como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin;
- c) Penas o sufrimientos físicos o mentales, agrega la norma que 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 o angustia psíquica;
- d) Sujeto activo, un funcionario público que actúa directamente o por omisión (artículo 3 del mismo instrumento).¹⁰

1.3. Desarrollo conjunto de los elementos

1.3.1. Intencionalidad del acto

El Art. 34 del Código Orgánico Integral Penal dispone, al tratar la culpabilidad: “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”.

De acuerdo a lo expuesto por el penalista nacional Dr. Ernesto Albán Gómez, en su obra “Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General”, citando el Art. 14 del derogado Código Penal expresa, al referirse a la intencionalidad del acto:

El Código la define en el Art. 14 como el designio de causar daño, y agrega que la infracción dolosa es intencional cuando produce un daño previsto y querido por el sujeto activo [...] Tradicionalmente se ha dicho también que en la estructura del dolo hay dos elementos o factores que deben ser tomados en cuenta para su comprobación: el conocimiento o conciencia (como dicen los clásicos y nuestro Código) y la voluntad. **Conocimiento:** la persona que actúa dolosamente debe tener conciencia de los hechos que ejecuta (acciones u omisiones) y debe representarse mentalmente el resultado delictivo que esos hechos son capaces de producir [...] **Ánimo o voluntad:** no basta que la persona tenga conciencia de los hechos que realiza y que se haya representado su resultado; es preciso también que esa persona haya dirigido voluntariamente su acto a obtener ese resultado. Sólo entonces el dolo estará completo.¹¹

Aunque resulte repetitivo, en la responsabilidad objetiva del Estado que establece el inciso 2 del numeral 9 del Art. 11 de la Constitución de la República, existe un nuevo concepto de responsabilidad, la responsabilidad objetiva contenida en el señalado

¹⁰ Ibíd

¹¹ **Albán Gómez, Ernesto:** (2009) *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General.* Ediciones Legislativas S.A.196.

cuerpo constitucional, destacando que todo agente del Estado que cometa un acto u omisión delictiva en el ejercicio de sus funciones, genera la responsabilidad objetiva del Estado, pudiendo este último repetir contra el o los servidores que cometieron el acto delictivo.

El penalista nacional. Dr. Ricardo Cobo Castillo, en su artículo titulado “El dolo y la culpa en materia penal”, citando al penalista español Dr, Luis Jiménez de Asúa y al argentino Dr. Sebastián Soler, expresa:

Luis Jiménez Asúa en su obra LA LEY Y EL DELITO define al dolo señalando que existe, cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica. SEBASTIAN SOLER en su obra "Derecho Penal Argentino" Tomo II, dice: "que existe dolo no solamente cuando se ha querido un resultado, sino también cuando se ha tenido conciencia de la criminalidad de la propia acción y a pesar de ello se ha obrado."¹²

El delito de tortura es de daño comisivo o intencional, en el cual el agente prevé el resultado de su conducta y lo lleva adelante intencionalmente para que este resultado se produzca, por esta razón al delito de tortura se lo clasifica como delito de resultado, delito en el cual no solo es necesaria la acción u omisión del agente infractor para el cometimiento del delito, sino también tiene que ser seguido por la consumación del delito.

En consecuencia, calificándose el delito como de resultado y en virtud de la responsabilidad objetiva del Estado, por las acciones u omisiones de sus servidores, nuestra Constitución de la República, no atiende a la subjetividad del delito, sino que al resultado del mismo, eliminando las subjetividades.

El delito de tortura es de resultado, delitos requieren que la acción vaya seguida de la causación de un resultado, separable espacio-temporalmente de la conducta, razón por la cual la jurista guatemalteca Dra. Aura Marina Amezcuita López, en su tesis de grado titulada “Análisis jurídico de la criminalidad de los delitos de tortura en la legislación guatemalteca”, citando al penalista de su nacionalidad Dr. Julio San Pedro, señala el significado y la finalidad de los delitos de intención, al indicar que:

¹² Cobo Castillo, Ricardo: (2008) *El dolo y la culpa en materia penal*. Revista Judicial derechoecuador.com.<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2008/05/30/el-dolo-y-la-culpa-en-materia-penal>

En los delitos de intención pertenece al tipo de lo injusto, un determinado fin perseguido por el autor. En los delitos de intención suelen distinguirse dos categorías fundamentales: los delitos mutilados en dos actos y los delitos de resultado cortado. En el caso de la tortura se trata de un delito de resultado cortado, ya que consiste en la realización de un acto con el fin de que se produzca un determinado resultado, que queda fuera del tipo. Esta intención concurre al pretender obtener una confesión, o información, por parte de la víctima de tortura; o de un tercero vinculado a la víctima. En efecto, en los delitos de resultado, el resultado perseguido es independiente de la propia actuación del autor.¹³

La mutilación del delito en delitos de intención y de resultado, como afirma la jurista invocada, cuando media la responsabilidad objetiva del Estado es absolutamente intrascendente, ya que la tortura en sí, es un delito de resultado y no cortado, porque su fin es obtener una confesión o información de la víctima, solo en algunos casos, ya que si se toma en consideración lo ocurrido en las dictaduras militares que existió en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, la tortura además de utilizarse como medio para obtener confesiones, también se utilizó para agravar la desaparición forzada de personas, siendo la tortura un medio que formó parte del señalado delito, sin importar, realmente el cometimiento intencional de los mismos, ya que en esas dictaduras eran órdenes superiores las que existían para eliminar, con el mayor sufrimiento posible a los opositores de izquierda, destacando el famoso Plan Cóndor, acordado por las dictaduras de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, en el cual cada dictadura se obligó a eliminar a los opositores de izquierda que estuvieren en su territorio, sin importar su nacionalidad, sino que el registro como enemigo del Estado de una de esas dictaduras.

Pese a que alguna parte de la doctrina rechaza el concepto de “delito de resultado”, como expresa el penalista chileno Dr. Luis Cousiño Mac Iver, cuando en su obra *“Derecho Penal chileno”*, cita a varios penalistas famosos que se oponen a esta clase de delitos, nuestra Constitución de la República, al hacer prevalecer la responsabilidad objetiva del Estado, se aleja de estas doctrinas que se oponen al “Delito de resultado” cuando expresa:

Según Mezger, igualmente, hay que distinguir entre un concepto amplio y restringido de resultado; en relación con el primero, se sostiene que no hay delito sin resultado. Más categórico es Armin Kaufmann al decir que: «resultado es la actual

¹³ Amezcuita López, Aura Marina: (2010) *Análisis jurídico de la criminalidad de los delitos de tortura en la legislación guatemalteca*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad San Carlos de Guatemala, Ciudad de Guatemala, Guatemala.

lesión del bien jurídico» [...] Jiménez de Asúa dice: «Por nuestra parte creemos, que lógicamente existe en todo delito, acto (conducta) y resultado. Lo que ocurre es que en los mal llamados «delitos formales o de simple actividad» estos dos elementos coinciden en el tiempo y se sueldan íntimamente, Piénsese en una infracción descrita en un bando militar en tiempo de guerra: «se prohíbe pasar por el puente X bajo pena de muerte (ejemplo de Beling) pasar por el puente es la actividad y el paso por el puente, es el resultado. Coetáneamente se nos presentan y por ello, inseparablemente unidos el acto y el efecto».¹⁴

En consecuencia, el resultado de la tortura es, necesariamente, que puede ser de investigación criminal, o servir como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin, pero con ello existen acciones u omisiones por parte de servidores públicos, lo que genera la responsabilidad objetiva del Estado, sin perjuicio que puede darse la posibilidad que la tortura se lleve a cabo por parte de organizaciones delictuales o paramilitares.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, jurisprudencialmente la Sala Primera de la Corte Nacional de Casación Penal de Argentina, en el caso “Eulquín, Leonardo/Recurso de Casación”, caso 921, registro 1237 de 12/11/1996, ha señalado que:

Tortura significará (sic) todo acto por el cual un funcionario público inflinja, o por instigación suya se inflinja, intencionalmente, un dolo o sufrimiento grave, sea físico o mental, sobre una persona, con el propósito de obtener de ella, o de un tercero, una información o confesión, o de castigarlo por un acto que ha cometido o se sospecha que ha cometido o para intimidar a esa u otra persona.¹⁵

En Argentina, el sujeto activo del delito de tortura, es, al igual que en nuestro ordenamiento jurídico penal, es tanto el servidor público como la persona que por instigación suya o bajo su autorización o aquiescencia tenga el propósito de torturar con el fin de obtener una confesión, de castigarlo por un acto cometido o que se sospecha que ha cometido, o para intimidar al torturado u otra persona. Pero de acuerdo a lo expuesto, lo que se logra con el cometimiento del delito por parte de un funcionario público es menoscabar la integridad de la víctima, sea que se actúe por parte del servidor público con autorización o aquiescencia del Estado.

¹⁴ Cousiño Mac Iver, Luis, 1975. 313, 314

¹⁵ Corte Nacional de Casación Penal de Argentina: (1996) Caso 921, registro 1237 de 12/11/1996 Eulquín, Leonardo/*Recurso de Casación*. Instituto de Estudios Penales, Buenos Aires, Argentina, <http://www.iestudiospenales.com.ar/parte-especial/delitos-contra-la-libertad/jurisprudencia-local/1289-tortura-distincion-con-el-apremio-ilegal-intensidad-del-pade-cimiento-desconocimiento-de-la-otra-persona-como-tal-en-cuanto-a-la-dignidad-del-hombre.html>.

1.3.2. Finalidad, puede ser utilizada como medio de investigación policial, o servir como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin.

1.3.2.1. La tortura como medio de investigación policial

Dentro de Ecuador son muy conocidos los casos de tortura bajo la modalidad de presión para obtener información y estos casos están muy relacionados con el antiguo Servicio de Investigación Criminal (SIC) que fue sustituido por la Policía Judicial actual, casos tan sonados que incluso hasta ahora no se esclarecen como por ejemplo el caso de los Hermanos Restrepo.

La tortura para obtener la confesión es una prueba ilícita en sí misma, ya que, como sostiene el jurista argentino Dr. José Francisco Lockhart, en su artículo “la «prueba ilícita» en el proceso penal”, quien citando a la jurista brasileña Ada Pellegrini Grinover, expresa:

El concepto de ‘prueba ilícita’ se enmarca dentro de la más amplia categoría de ‘pruebas prohibidas’; de suerte que entre las primeras y las segundas existiría una relación de especie a género. Como su nombre lo indica, ‘prueba prohibida’ es todo elemento que contribuye a demostrar la concurrencia de un hecho a condición de haber sido obtenido violando o contradiciendo una norma legal o un principio de derecho positivo. Sin embargo, la llamada prueba ilícita importa una noción más estricta y rigurosa [...] En este sentido, se distinguen dos criterios: uno amplio y otro restringido. Dentro del primero, un sector del pensamiento entiende que prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad humana, siendo esta la pieza clave de su concepto: todo medio de prueba que atente contra la misma deviene ilícito, y por ende inadmisibles. Otros autores, identifican la prueba ilícita con la prohibida, definiéndola como la que es contraria a una norma de derecho.¹⁶

Sea cual sea la posición doctrinaria acerca de la prueba ilícita, ya sea que atente contra la dignidad humana, o que lo sea por infringir normas del ordenamiento jurídico e incluso principios o disposiciones generales, la utilización de la tortura para obtener una autoincriminación, es nula de nulidad absoluta en nuestro ordenamiento jurídico porque esta prueba está constitucionalmente prohibida, según dispone el numeral 4 del Art. 76 de la Constitución de la República, cuando expresa: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías

¹⁶ Lockhart, José Francisco: (2014) *La prueba ilícita en el proceso penal*. Revista Intercambios N° 16, Universidad de la Plata, La Plata, Argentina,

básicas: 4.- Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.

Obviamente que la doctrina se opone a la prueba ilícita, pero en el ejemplo que se señaló anteriormente, en el caso que los terroristas de Isis secuestraran a cientos de personas y se capturara a uno de sus miembros, obviamente que el bien jurídico protegido, como lo es la vida de personas apresadas y asesinadas por el simple hecho de tener una religión diferente, se dificulta no admitir a este medio coercitivo como prueba, destacando que estos hechos no son juzgados por Tribunales Internacionales, ya que se trata de una guerra abierta en la cual no se utiliza el derecho humanitario por parte de los terroristas del señalado “Califato islámico”.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humano (TEDH)

Considera:

Que la admisión de prueba obtenida por medio de tortura lesiona el juicio justo en el sentido del art.6 (1) CEDH, dado que la tortura es tan grave que su uso convertiría al procedimiento en su conjunto en injusto. Aunque el tribunal no se refiere específicamente al uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura, la jurisprudencia analizada, especialmente con respecto a la importancia dada a la protección frente a la tortura, da a entender que para el tribunal sería indiferente si la prueba fue obtenida por medio de tortura provocada por terceros.¹⁷

Por supuesto, cuando se está en presencia de personas civilizadas y que aplican el derecho humanitario, es contra derecho utilizar la tortura como medio de prueba porque el procedimiento sería injusto, pero en el caso de los terroristas islámicos que carecen de todo humanismo y compasión por quienes secuestran y degüellan, por el simple hecho de profesar una religión diferentes, el mundo se encuentra ante asesinos similares a los existentes en el régimen nazi, en donde el Tribunal de Nuremberg, expresamente, para evitar una defensa de los asesinos fundamentada en la “obediencia debida”, la desechó como prueba en los juicios que se llevaron a cabo, dictaminando la sentencia de muerte a quienes torturaron y asesinaron a millones de personas.

¹⁷ Ambos, Kai: (2009) *Terrorismo tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencias*. Atelier Libros Jurídicos.105.106

Al referirse Kai Ambos, a las actuaciones de los tribunales internacionales respecto a la prueba obtenida por medio de tortura dice:

El análisis del derecho de los tribunales penales internacionales ha mostrado que la prueba (supranacional) obtenida por medio de tortura no debe ser admitida, dado que tal prueba no es fiable y daña la integridad del proceso (B.III). Lo mismo vale para la admisión ante tribunales nacionales de prueba (transnacional) obtenida por medio de tortura (C.III.) La estricta regla de exclusión del art. 15 CT-ONU confirma este punto de vista. La ratio de esta regla es la no fiabilidad general de prueba obtenida por medio de tortura, su carácter lesivo de valores civilizados y su efecto degradante sobre la administración de justicia. Dada la desventaja de la defensa en el proceso penal, la carga de la prueba debe recaer en la parte que quiere presentar la prueba controvertida, es decir, el Estado. Por consideraciones prácticas y fundamentales basadas en el principio del juicio justo tal evidencia no debe ser admitida si hay un riesgo real, serio de que haya sido obtenida por medio de tortura (D.)¹⁸

Tal como se expuso anteriormente, los instrumentos de derechos humanos como los emanados del derecho humanitario, se fundamentan en el respeto a la vida y la dignidad de la persona, ya que a ninguna persona racional se le va a ocurrir emplear a la tortura como medio de prueba en un proceso penal nacional o internacional, pero debe tenerse en consideración que en el caso del terrorismo, éste simplemente está en guerra con diversos Estados, y, obviamente, antes que estos casos pasen a tribunales internacionales, las fuerzas beligerantes utilizan todo tipo de medios para tener información respecto de sus enemigos, especialmente con los grupos delictuales y terroristas que, en caso alguno, respetan los derechos humanos y el derecho humanitario, aplicable en todo conflicto internacional.

1.3.2.2 La Tortura como medio para castigar, como medio intimidatorio, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin

Amnistía Internacional, en su informe titulado “La tortura en 2014, 30 años de promesas incumplidas”, claramente señala la situación de la tortura en el mundo en el año 2014, manifestando:

Una vez que los gobiernos utilizan o permiten la tortura, nadie está a salvo. Casi cualquiera puede convertirse en víctima, sin que importe su edad, género, origen étnico o filiación política. A menudo, las autoridades primero torturan y luego preguntan [...] Esta situación es un problema grave en países en los que en la corrupción impera en la policía. No obstante, algunas personas y grupos son más vulnerables que otros. En muchos países se tortura a personas a causa de sus opiniones políticas o por el ejercicio de su libertad de expresión. Las personas que pertenecen a una minoría religiosa determinada o a otro grupo

¹⁸ Ambos, Kai: (2009) *Terrorismo tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencias*. Atelier Libros Jurídicos.P.105.106

minoritario, o que son objeto de ataques a causa de su identidad, corren también un mayor peligro [...] Muchas víctimas pertenecen además a grupos ya de por sí desfavorecidos: mujeres, menores de edad, miembros de minorías étnicas, lesbianas, gays, bisexuales, personas transgénero e intersexuales y, sobre todo, personas sin recursos económicos. Esas mismas personas son las que tienen difícil, o incluso imposible, el acceso a la reparación [...]. En muchos países, los niños, niñas y jóvenes son víctimas de tortura. Los menores de edad bajo custodia policial son especialmente vulnerables a la violación y otras formas de abuso sexual, por parte tanto de agentes de policía como de otros detenidos. Asimismo, en muchos países se reciben numerosos informes sobre violación y otros tipos de agresión sexual contra mujeres por parte de agentes del Estado. Las mujeres a veces tienen menos acceso a remedio legal y pueden ser sometidas a leyes discriminatorias, por lo que les resulta aún más difícil conseguir justicia por la tortura [...]¹⁹

Amnistía Internacional tiene la razón al señalar el uso indiscriminado de la tortura en el planeta, porque con ella se afecta a personas inocentes que tienen diversa religión, nacionalidad, preferencia sexual, o, simplemente porque son de escasos recursos, destacando que de acuerdo al informe de Amnistía Internacional, la tortura no solo se utiliza como medio para obtener la confesión del privado de libertad, sino que:

- Se tortura simplemente por estar en el lugar indebido en el momento menos oportuno;
- Se tortura por un error de identidad.
- Se tortura porque se ha provocado el enojo de intereses poderosos, ya sean económicos o políticos.
- Se tortura a quienes pertenecen a una minoría religiosa.
- Se tortura a quienes pertenecen a un grupo minoritario como lesbianas, gays, bisexuales, personas transgénero y personas sin recursos económicos
- A todo lo anterior se añade una policía y funcionarios corruptos

De acuerdo a lo expuesto por Amnistía Internacional la aplicación de la tortura es amplísima, siendo ilimitada la forma en que se la utiliza, particularmente por agentes del Estado, con o sin su autorización, por grupos terroristas, delincuencia organizada o narcotraficantes, destacando que esas acciones ilícitas solamente llegan a los tribunales, la minoría de las veces, cuando las víctimas han sido encontradas muertas, en el caso de las desapariciones forzadas o en el caso que se hayan rescatado, teniendo en consideración que los autores, cuando son servidores públicos, son encubiertos, y, en el caso de los grupos terroristas o delictuales, por operar en la clandestinidad, son de imposible ubicación.

¹⁹Amnistía Internacional: (2014) *La tortura en 2014, 30 años de promesas incumplidas*.

1.3.2.3. Penas o sufrimientos físicos o mentales

Los medios tendientes a causar sufrimientos físicos o mentales, de acuerdo al informe de Amnistía Internacional del 2014, se determinó la existencia de 27 métodos utilizados en todo el mundo, utilizándose estas técnicas durante años:

1. Palizas
2. Descargas eléctricas
3. Posturas en tensión
4. Aislamiento prolongado
5. Latigazos
6. Simulacros de ejecución
7. Tortura por agua / asfixia
8. Inserción de agujas bajo las uñas
9. Quemaduras de cigarrillo
10. Apuñalamiento
11. Obligar a beber agua sucia, orina y productos químicos (conocido como "el paño" o chiffon)
12. Privación del sueño
13. Privación sensorial
14. Aborto y esterilización forzados
15. Violación / amenaza de violación
16. Humillación
17. Amenazas de violencia a la persona privada de libertad / a su familia
18. Administración forzada de drogas
19. Condiciones de detención inhumanas
20. Privación de la comida y el agua
21. Castigos corporales judiciales
22. Obligar a musulmanes a afeitarse la barba
23. Someter a las personas privadas de libertad a largos periodos de calor o

Frío extremo

24. Verter agua hirviendo sobre la piel

25. Taladrar las articulaciones

26. Negación de la asistencia médica

27. Verter plástico fundido sobre espalda de la persona privada de libertad.²⁰

1.3.3. Breve referencia histórica de la tortura

1.3.4.1. La tortura en la antigüedad

La tortura ha estado siempre presente en la historia de la humanidad, la cual, como expresa la penalista brasileña Dra. Kathleen Nicola Kilian, en su artículo titulado “La tortura y la evolución histórica de las pruebas en el proceso de racionalización del derecho”, cuando señala:

La tortura fue una importante institución en la antigüedad, definida como el tormento que se aplicaba al cuerpo, a fin de averiguar la verdad», porque su base psicológica se sustentaba en que el hombre más mentiroso, tenía una tendencia natural a decir la verdad, porque para mentir hay necesidad de ejercer un autocontrol, mediante un esfuerzo cerebral. Infringiéndose la tortura a fin de canalizar sus energías de resistencia al dolor, culminando con la revelación de lo que sabía, debido a que su contumacia era debilitada por los tormentos aplicados.²¹

La tortura, de acuerdo a lo expuesto por la jurista invocada, en la antigüedad era un medio de prueba, pero también, según expresa la referida jurista, invocando al autor de su nacionalidad el Dr. Jorge Lopes Santos, servía para aumentar el sufrimiento de los condenados a muerte, cuando expresa: “Los persas y cartagineses, no pretendían la confesión mediante la tortura, sino aumentar el sufrimiento de los condenados a muerte, quienes fuera del tormento de la ejecución eran sometidos a suplicios, consistiendo esa tortura en una pena más para el acusado”.²²

Importante es destacar que la tortura fue ampliamente utilizada en la antigüedad, destacándose la “Santa Inquisición”, donde las personas que simplemente disintieran

²⁰ Amnistía Internacional: (2014) *La tortura en 2014, 30 años de promesas incumplidas*.

²¹ Nicola Kilian, Katleen: (2014) *La tortura y la evolución histórica de las pruebas en el proceso de racionalización del derecho*. Revista Digital Contenido JurídicoBrasilia-DF: 22/052014. <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48202&seo=1>

²² *Ibíd*

de la religión Católica eran torturadas para que se convirtieran al catolicismo, lo que se conseguía después de crueles torturas; sin perjuicio que en la inquisición, la tortura era el prelude de la muerte, las cuales eran aplicadas con suplicios en público, lo que era una práctica frecuente en la antigüedad, incluso llevada a efecto en la Revolución Francesa, lo que implicó que los mismos revolucionarios, como Montesquieu propiciaran la humanización del derecho penal, poniendo la privación de la libertad término a los suplicios y penas degradantes.

Pero a esta privación de libertad, que en un principio se la calificó de humanización del derecho penal, hoy se la reprocha por las condiciones en que se encuentran los lugares en donde se recluye a las personas, verdaderas mazmorras en donde no existe ni un rasgo de humanidad, sin perjuicio de reconocer que ha habido algunos avances respecto de las condiciones de las cárceles a lo que se une el derecho penal mínimo, que tiene como fin que solo los delitos de mayor daño y relevancia social, sean sancionados con la privación de la libertad.

La tortura como medio de prueba según lo manifestado por el jurista español Dr. Francisco Enrique Varela Ramírez, en su obra “La tortura como presupuesto para la violación de derechos humanos”, citando al catedrático de Derecho Penal y ex vicepresidente de la República de España en el exilio, profesor por varios años en la Universidad de Chile de Valparaíso, el español Dr. Manuel de Rivacoba y Rivacoba, manifiesta:

Ha de apreciarse que la tortura procura provocar una declaración inculpatória, y, con ello, como es lógico, el descubrimiento de la verdad y la prueba de los hechos criminales. Está, pues, vinculada, en principio y al principio, al prestigio de la confesión como regina probationum, como probatio probantissima. Y tanto es así, que lo declarado en el tormento debía ser ratificado fuera de él, si bien, de no ratificado, se volvía a las andadas, prosiguiendo de este modo en un vaivén sin fin, hasta que, por último, se lo ponían o la vida del reo, que finaba, o su resistencia y voluntad, que cedían y consentían en todo con tal de que cesaran definitivamente sus sufrimientos. Ahora bien, en muchos casos, cuando el reo era inocente o sencillamente ignoraba lo que se le inquiría, no tenía más remedio, para verse libre del tormento, que asentir a preguntas o sospechas infundadas o, en otras ocasiones, tejer una fábula que satisficiera a sus interrogadores, llegándose así no a la verdad, sino a una falsedad, y dándose por probado no lo que en la realidad hubiera acontecido, sino una fábula

de la imaginación. Eso, sí: en todo caso, con las más reales y terribles consecuencias penales.²³

Las penas de muerte y los suplicios en la antigüedad eran verdaderos “espectáculos”, que se llevaban a efecto en lugares públicos con la presencia de las personas del lugar, situación que aún se reitera en la actualidad por parte de los extremistas islámicos bastando profesar una religión e incluso una tendencia diferente a la religión oficial, para ser ejecutado sin ningún juicio previo, lo que hoy puede apreciarse con los extremistas de Irán.

El periodista español Joan Faus, al referirse a la tortura en la antigüedad, en su artículo “Irán aplica penas de hace 3.800 años”, dice:

El Código Hammurabi redactado en 1780 a.C. permitía a la familia de la víctima infligir al agresor el mismo castigo que esta sufrió, siempre que ambos fueran de la misma categoría. La legislación también establecía penas económicas y de mutilación en proporción al daño causado [...] En el Irán de Mahmud Ahmadineyad la gente corriente carece de todo tipo de derechos, pero goza del espeluznante poder de decidir quién vive y quién muere, quién es torturado y quién no. Así de simple y cruel. Irán es uno de los países que sigue aplicando el principio del «ojo por ojo, diente por diente».²⁴

Como puede apreciarse, la evidencia más antigua de aprobación legal de la tortura existió en el Código de Hammurabi, el cual estableció penas crueles a los condenados con un castigo similar al delito cometido, lo que se conoció como ley del Talión, que fue adoptado por varias civilizaciones antiguas y en la actualidad, por Irán.

En Grecia la tortura se aplicaba solo a los esclavos y extranjeros y no a los ciudadanos, salvo algunas excepciones como el caso de traición al Estado, ya que según expresa la socióloga brasileña María Gorete Marques de Jesús en su obra “El crimen de tortura y la justicia criminal”, citando al jurista brasileño Dr. Mario Coimbra, expone:

Los esclavos eran sometidos a la tortura basados en la concepción que el dolor sentido por ellos sustituía el juramento que sus señores prestaban para decir la verdad. De este modo, el testimonio de un esclavo obtenido por medio de la tortura representaba mayor credibilidad que aquel prestado por el hombre libre, sin ninguna

²³ Varela Ramírez, Francisco Enrique: (2009) *La tortura como presupuesto para la violación de derechos humanos*. Tesis doctoral. Departamento de Derecho Público General. Área de Derecho Penal, Universidad de Salamanca, Salamanca, España

²⁴ Faus, Joan: (2012) Irán aplica penas de hace 3.800 años <http://www.publico.es/interna-cional/iran-aplica-penas-3800-anos.html>

coacción [...] Los hombres libres podían ser torturados en casos que ellos hubieren sido acusados de cometer delitos contra el Estado.²⁵

La diferencia de clases influyó considerablemente en la tortura, ya que a los esclavos no se les prestaba juramento de decir la verdad, sino que se le aplicaba la tortura para obtenerla, utilizándose la coacción y en caso que se le provocara la muerte, simplemente su señor lo reemplazaba por otro, ya que eran objetos plenamente comerciables, aunque debe destacarse que a los testimonios obtenidos por medio de la tortura se los consideraba un valioso medio de prueba, por la forma cómo se obtuvo la declaración.

Respecto de Roma, la socióloga brasileña María Gorete Marques, en la mencionada obra señala que:

La historia antigua de Roma está dividida en tres períodos: la Monarquía, del siglo 750 a.C. a 509 a.C.; la República, del siglo 509 a 31 a.C.; y el Imperio del siglo 31 a.C. al siglo 426 d.C.. La práctica de la tortura estuvo presente en todos estos períodos, pero en una forma distinta en cada uno de ellos: En el período Monárquico de Roma [...] la pena presentaba un carácter sacramental, en que la religión y el derecho se confundían [...] Las penas y los castigos eran inhumanos y crueles, destinados a restituir la falta practicada contra la comunidad y como un medio de calmar la ira de la divinidad ofendida; Con el advenimiento de la República [...] ocurrió en el derecho romano, la separación entre la religión y el Estado. De este modo los castigos y penas crueles dejaron de tener una naturaleza sagrada. El Derecho Romano de esa época estableció que solo los esclavos fuesen torturados y solamente cuando hubiesen sido acusados de algún delito [...] La tortura también fue sistemáticamente practicada contra los cristianos inicialmente perseguidos por el gobierno romano [...] En el año 379 d.C. los emperadores de oriente y occidente “proclamaron el cristianismo como la única religión verdadera pasando a ser la religión del Estado. Los cristianos dejaron de ser perseguidos [...] El imperio romano de occidente fue destruido el año 476 d.C. por los bárbaros y el de oriente fue invadido y conquistado por los turcos en 1543.²⁶

Al igual que en Grecia, en Roma la tortura se aplicó a los esclavos, generalmente prisioneros en sus múltiples invasiones, utilizándose los para el ofrecimiento de sacrificios a los dioses del imperio, pero una vez que se separó la religión del Estado, la tortura se utilizó como medio de prueba, pero de igual manera, en contra de los cristianos, que con el correr del tiempo dejaron de ser perseguidos. Destacando que la muerte de los prisioneros en Roma se constituyó en un espectáculo de diversión

²⁵ Gorete Marques de Jesus, María (2009) *El crimen de tortura y la justicia criminal*. Tesis de Post-Graduación en Sociología, Universidad de Sao Paulo, Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias Humanas, Departamento de Sociología, Sao Paulo Brasil

²⁶ *Ibíd*

del pueblo, quedando vestigios aún del circo romano en donde se llevaba a cabo la muerte masiva de personas.

1.3.4.2. La tortura en la Edad Media y la Santa Inquisición

Después de la caída del imperio romano de occidente, la tortura se rige por el derecho germánico, pero en la Edad Media, con el fortalecimiento del cristianismo en Europa comienza, el año 1184, el período más negro de la historia de la humanidad, equivalente a la barbarie nazi, que fue la Santa Inquisición de la Iglesia Católica, período que duró hasta la humanización del Derecho Penal conseguido con el triunfo de la Revolución francesa cuando se puso fin a las tiranías y abusos del clero.

Oficialmente, el Vaticano derogó la inquisición sólo el año 1965, destacando, en lo que respecta a la tortura, haciendo abstracción de los millones de condenados injustamente a muerte, el documento “Ad Extirpanda” del Papa Inocencio IV que autorizó la tortura para convertir a los herejes al catolicismo.

Si se hace un análisis de la institución que más muertes y torturas causó en la historia de la humanidad ha sido la Iglesia Católica, que entre los años 1184 hasta fines del siglo XVIII, implicó un período de 600 años de torturas y muertes, destacando que la referida iglesia abolió la inquisición oficialmente el año 1965. Las muertes provocadas por la “Santa Inquisición” se calculan entre 75.000.000 y 100.000.000 de personas.

1.3.4.3. El iluminismo, el término de la tortura y los tratos degradantes y la prisión

Según expresa la docente de la Universidad de Salamanca, España, la Dra. Laura Zúñiga Rodríguez, en su artículo titulado “El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional”, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, fueron suspendidos con la Revolución Francesa, sin perjuicio de la aplicación de la tortura por varios regímenes totalitarios, cuando señala, citando al jurista Edward Peters:

No hay duda de que debemos a los iluministas el esfuerzo más notable por abolir de la faz de la tierra los malos tratos y las torturas de manos de

las funcionarios del Estado. La identificación en el siglo XVIII de la tortura con toda una visión del mundo rechazada por las fuerzas políticas y sociales emergentes fue el mejor caldo de cultivo de la proscripción de la tortura. La consideración de la tortura como una práctica inhumana e irracional, hacía que los pensadores de la época calificaran los países donde todavía se practicaba como bárbaros e incivilizados. En 1657 Frederick Keller escribía: “Israel, Aragón e Inglaterra, son ejemplos de naciones civilizadas que no emplean la tortura.”²⁷

El surgimiento del iluminismo y las ideas libre pensadoras, implicaron que grandes filósofos y juristas como Montesquieu, Voltaire, Jean Jaques Rousseau y Beccaria, se opusieran a las torturas y arbitrariedades cometidas por los Estados, imperando los ideales de la Revolución Francesa de la “Libertad, la igualdad y la fraternidad”, destacando que, oficialmente, la primera prohibición de la tortura ocurrió en un Edicto del Emperador Federico II de Prusia, el año 1740, en el que se ordenó execrar la tortura del procedimiento penal.

Por lo expuesto, podría pensarse que con la humanización del derecho penal, se terminó la tortura, sin embargo, debe tenerse en consideración que si se analiza que la privación de la libertad, ésta en ningún caso ha tenido los efectos rehabilitadores que se pretendía, sin perjuicio de una serie de atrocidades que llevaron al establecimiento de varios instrumentos internacionales de derechos humanos.

Un breve análisis de la pena de privación de libertad lleva a concluir que los primeros recintos carcelarios en que afloraba un sistema pensilvánico o filadélfico, propició el aislamiento absoluto del condenado y no condujo a nada positivo.

El jurista español, Dr. Carlos Pérez Vaquero, al referirse al sistema pensilvánico o filadélfico, en su artículo “Los sistemas pensilvánico, auburniano y progresivo”, al referirse al primero, señala:

En dos localidades de Pensilvania –Pittsburgh (1818) y Filadelfia (1829)– se construyeron prisiones en las que –de acuerdo con los ideales religiosos de William Penn– se mantenía aislados a los reclusos en sus celdas durante todo el día con la intención de que recapacitasen y se arrepintieran de sus acciones delictivas, en completa soledad, de modo que ninguno pudiera ejercer una mala influencia sobre los demás. Fue el denominado sistema filadélfico o pensilvánico que fracasó, precisamente, por el carácter tan absoluto del aislamiento al que se sometía a los

²⁷ Zúñiga Rodríguez, Laura: (2007) *El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, España

presos, dañándolos física y mentalmente y dificultando su posible reinserción social.²⁸

En 1821, el sistema de Auburn reemplazó al sistema pensilvánico, en donde se llevaba a efecto el encierro solitario (o celular) por las noches y el trabajo en común y en silencio absoluto durante el día dentro de talleres de la penitenciaría conocido, castigando cualquier intento de comunicación entre los internos pretendiendo con ello condicionar al interno al trabajo y la disciplina.

Este tipo de tortura psicológica produjo un menoscabo de la personalidad de los privados de libertad y su desocialización; finalmente, dentro de los grandes sistemas de privación de libertad nace el sistema progresivo en el cual se beneficia al privado de libertad con la reducción de la pena, siendo este el sistema vigente en nuestro país.

1.3.4.4. La tortura en la época contemporánea

Sin perjuicio de lo anterior, las condiciones de hacinamiento de nuestros Centros de Rehabilitación Social, que están en plena etapa de mejoramiento con la construcción de nuevos centros, implican una verdadera tortura a los privados de libertad por las pésimas condiciones de estas instalaciones, aunque en nuestro país esta situación está mejorando notoriamente.

En la época contemporánea surgieron una serie de regímenes totalitarios como ocurrió con el holocausto nazi, en donde se torturó en campos de trabajo a millones de personas, quienes murieron producto de las torturas practicadas y de los experimentos médicos a que fueron sometidos los prisioneros, destacando que los ancianos, lisiados y niños eran ejecutados inmediatamente.

En la Alemania Nazi las personas prisioneras aptas para trabajar fueron forzadas a hacerlo con pésimas condiciones de salud y de alimentación, sucumbiendo por el hambre y los malos tratos, calculándose que se asesinó a 11.000.000 de personas, entre ellas 6.000.000 de judíos

Otras tiranías que torturaron y dieron muerte a millones de personas fueron la del ruso José Stalin, quien a sus enemigos políticos y a poblaciones enteras las relegó a los campos de trabajo en Siberia, calculándose que dicho régimen totalitario torturó y

²⁸ Pérez Vaquero, Carlos: (2012) *Los sistemas pensilvánico, auburniano y progresivo*. Revista Virtual Iustopía, Valladolid, España,

causó la muerte de 21,5 millones entre 1929 y 1953; por su parte, el régimen chino de Mao causó la muerte de 22 millones de personas y, más recientemente, el régimen camboyano de Pol Pot dos millones de personas entre 1975 y 1979.

La tiranía de Stalin no fue condenada por ser uno de los países triunfantes de la 2ª Guerra Mundial y respecto de China, Mao Zedong fue quien triunfó en la revolución de dicho país, al igual que el régimen camboyano de Pol Pot luego de la guerra de Viet Nam y Camboya.

Después de la caída del régimen nazi, comenzó la campaña por los derechos humanos, destacando que en los juicios de Nuremberg se había tornado imposible juzgar a los criminales nazis, porque los jueces internacionales no podían aplicar el principio “nullum crimen nulla poena sine lege”, siendo el argumento de los genocidas la “obediencia debida”, haciéndose prevalecer por los jueces el irrespeto a la dignidad humana.

1.3.5. Derecho Interamericano

1.3.5.1. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

Esta convención fue aprobada por los Estados miembros el 09/10/1985 en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia, la cual entró en vigor el 28/02/1987, definiéndose en su Art. 2º a la tortura, según se señaló anteriormente, destacando, según informe de la OEA:

Que los Estados partes no sólo se comprometieron a castigar severamente a las personas que cometan actos de tortura sino que además se obligan a adoptar medidas para prevenir y sancionar cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante dentro de sus respectivas jurisdicciones. Conforme a los términos de este tratado, las personas acusadas de cometer tortura no podrán evadir la acción de la justicia mediante la fuga al territorio de otro Estado parte.²⁹

Destacable es señalar que cuando se firmó esta Convención, aun había dictaduras militares, que pese a la condena internacional por violaciones a los derechos humanos suscribieron el documento internacional, pero no cesaron estas violaciones.

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: (2011) *Documentos básicos*. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp>

1.3.5.2. Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica

El instrumento internacional más importante relacionado con los derechos humanos es la “Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica”, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos llevada a efecto en San José de Costa Rica desde el 7 al 22 de noviembre de 1969, establece claramente en los numerales 1 y 2 del Art. 5 la prohibición de la tortura, que: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

1.3.5.3. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Me he permitido insertar informe de la Organización de Estados Americanos en donde se especifica las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando expresa que:

La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal y tiene su sede en Washington, D.C. [...] La Carta de la Organización de Estados Americanos establece la Comisión como un órgano principal de la OEA, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la OEA en dicha materia. La CIDH realiza su trabajo con base en tres pilares de trabajo: a) el Sistema de Petición Individual; b) el monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados Miembros, y c) la atención a líneas temáticas prioritarias. A través de este andamiaje, la Comisión considera que en el contexto de la protección de los derechos de toda persona bajo la jurisdicción de los Estados americanos, es fundamental dar atención a las poblaciones, comunidades y grupos históricamente sometidos a discriminación. En forma complementaria, otros conceptos informan su trabajo: el principio pro homine, según el cual la interpretación de una norma debe hacerse de la manera más favorable al ser humano, la necesidad de acceso a la justicia, y la incorporación de la perspectiva de género a todas sus actividades.³⁰

³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: (2011) *Documentos básicos*. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp>

La Comisión Interamericana ha intervenido en varias oportunidades en las diversas violaciones de derechos humanos producidas en los diversos países miembros del Pacto de San José de Costa Rica, destacando el caso en que el organismo internacional logró el acuerdo entre la familia de la víctima de detención ilegal, tortura y muerte y el Estado de Ecuador, como ocurrió, por ejemplo en el caso:

Víctor Rosario Congo v/s Ecuador

El 14 de septiembre de 1990, el interno del Centro de Rehabilitación Social de Machala, Víctor Rosario Congo, quien sufría enfermedad mental, fue agredido con un garrote por guardias del Centro de Rehabilitación, ocasionándole una herida de gravedad. A pesar de su estado el interno fue incomunicado en una celda de castigo, desnudo y sin atención médica. Los peticionarios indican en la denuncia que el 2 de octubre de 1990, médicos legistas de la Procuraduría verificaron el estado del interno y en su informe hicieron constar la presencia de una herida contusa, sucia y con lodo en los alrededores, además de otras escoriaciones en su cuerpo. El 8 de octubre de 1990, el Agente Fiscal Tercero de Tránsito de El Oro solicitó el traslado del interno Congo a un hospital; sin embargo, este pedido no fue acatado oportunamente. El día 24 de octubre de 1990 Víctor Rosario Congo fue trasladado al Centro de Rehabilitación Social de Varones de Guayaquil y al día siguiente, 25 de octubre de 1990 fue trasladado al Hospital Luis Vernaza, donde a las pocas horas murió.³¹

El Estado ecuatoriano se comprometió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 13/04/1999, a entregar una indemnización compensatoria que ascendía a la suma de US\$30,000 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) en concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral, exento de impuestos con excepción del impuesto a la circulación de capitales.

El Estado se comprometió formalmente a dar impulso a las gestiones necesarias para que el pago se efectúe en el plazo de 90 días contados a partir de la suscripción del acuerdo y a castigar a los culpables, no existe información acerca de la identificación, el juzgamiento y sanción de los responsables.

1.3.5.4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue formalmente establecida el 03/09/1979 como consecuencia de la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, destacando

³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: (1997) *Informe N° 12/97 Caso 11.427 Sobre Admisibilidad, Caso Víctor Rosario Congo v/s Ecuador*, 12 de marzo de 1997

que de los treinta y cinco estados que conforman la Organización de Estados Americanos, veintiuno de ellos han reconocido la competencia de la referida Corte, los cuales son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela (que renunció el 06//09/2012)

1.3.6. Convenios. Tratados

En materia de tortura existen una serie de Convenios y Tratados Internacionales que la prohíben, como lo son las siguientes:

Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 5.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Sanciona la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes e incluso los experimentos médicos o científicos. En su Art. 7, que dispone: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1975)

La Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 3452 (XXX) de 9 de diciembre de 1975, estableció en su Art. 1: A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. 1. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante.

1.3.6.4. Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Esta Convención de la Organización de Naciones Unidas fue aprobada por la Asamblea General el 10/12/1984 y entró en vigor el 26/06/1987, define a la tortura en su Art. 1, que fue transcrito en líneas anteriores de esta investigación.

De acuerdo al Art. 4 de la Convención todo Estado parte velará, de acuerdo al numeral 1 de dicha disposición, porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura. De conformidad al numeral 2 de la misma disposición, todo Estado parte castigará estos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

Según lo expuesto por la Seeking Reparation for Torture Survivors (REDRESS) en su “Guía de Implementación nacional de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”, la sanción de la tortura establecida en el Art. 151 del COIP es inadecuada, cuando establece:

La tortura debería ser considerada y definida como un delito específico y autónomo de la mayor gravedad en la legislación nacional. Subsumir la tortura en un más amplio y genérico delito (por ejemplo, asalto causante de graves daños corporales, o abuso de poder), impide reconocer la naturaleza particularmente detestable del crimen y dificulta a los Estados la persecución, la prestación de información y la adopción de respuestas efectivas frente a la tortura. Los Estados deben prever penas adecuadas que reflejen la naturaleza de la tortura. Penas excesivamente leves pueden fracasar a los efectos de disuadir de actos de tortura, mientras que sanciones rígidas y draconianas (como las que establecen un mínimo de siete años de cárcel), pueden provocar desaliento en los jueces a la hora de aplicar la ley, en la medida que ésta carecería de la flexibilidad necesaria para tener en cuenta las circunstancias de cada caso.³²

De acuerdo a lo expuesto por la organización internacional señalan que las disposiciones que establezcan una pena mínima privativa de libertad de siete años provocan desaliento en los jueces a la hora de aplicar la ley, como ocurre con el inciso 1º Art. 151 del Código Orgánico Integral Penal.

En mi modesta opinión, no siendo adecuado no considerar delito de lesa humanidad sino que un simple delito contra la integridad personal a los contemplados en los numerales 1 a 4 del Art. 151, ya que si se toma en consideración a los sujetos activos considerados en esos numerales, son en los casos específicos 1 y 2 servidores públicos como ocurre con personas que aprovechen su conocimiento técnico para aumentar el dolor de la víctima, ya que si se utiliza a médicos u otros profesionales

³² Seeking Reparation for Torture Survivors (REDRESS): (2006) *Guía de Implementación nacional de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes*. Londres, Inglaterra

para extremar los sufrimientos, no resulta posible que se trate de personas particulares.

En el caso del numeral 2 específicamente se hace referencia a funcionarios o servidores públicos u otras personas en el ejercicio de funciones públicas o por personas que actúen por instigación suya o con su consentimiento, resultando un contrasentido no considerar a esta tortura como delito de lesa humanidad, pese a emanar de profesionales o funcionarios públicos si los hechos no provienen de un ataque generalizado, lo que no es posible en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, o, en el caso del Art. 119 que se cometa en caso de conflictos armados o a bordo de un buque de bandera ecuatoriana.

1.3.6.5. Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley

Este instrumento internacional adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 34/169, de 17/12/1979, dispone en su Art. 5:

Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

El señalado instrumento internacional contiene una visión amplia de la tortura, prohibiendo practicarla a todo funcionario encargado de cumplir la ley, disponiendo en forma aparte si invocan la orden de un superior o circunstancias especiales, lo que permite observar una posición doctrinaria diferente a la que se estableció, posteriormente en el Estatuto de Roma, que restringió el alcance de la tortura y los delitos de lesa humanidad a los casos a que se remite su Art. 7, ya analizado anteriormente.

1.3.6.6. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión

Este instrumento internacional adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 09/12/1988 dispuso expresamente en su Principio 6, que: “Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia

alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes”.

La expresión «tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes» debe interpretarse de manera que abarque la más amplia protección posible contra todo tipo de abusos, ya sean físicos o mentales, incluido el de mantener al preso o detenido en condiciones que lo priven, temporal o mentalmente, del uno de uno de sus sentidos, o de su conciencia del lugar o del transcurso del tiempo.

1.3.6. Doctrina

Si se atiende al concepto de tortura de los instrumentos internacionales transcritos, la tortura se la define adecuadamente en Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1975) adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 3452 (XXX) de 9 de diciembre de 1975, que respetuosamente me permito reiterar, que dice en su Art. 1:

A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante. La Comisión Europea de Derechos Humanos, según expuso el jurista chileno Dr. Claudio Nash Rojas, en su artículo “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”, en su conferencia dictada en el Seminario Internacional “Hacia la implementación en Uruguay del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos Cruels, Inhumanos o Degradantes”, celebrado en Montevideo el 30/09/2008, al referirse a la tortura, expuso:

La noción de tratamiento inhumano cubre por lo menos un tratamiento tal que causa deliberadamente severo sufrimiento mental o físico, que, en una situación particular, es injustificado. La palabra «tortura» se usa a menudo para describir el

tratamiento inhumano que tiene un propósito, como el de obtener información o confesión, o de infligir un castigo, y es generalmente una forma agravada de tratamiento inhumano. El tratamiento o castigo de un individuo se describe como degradante si lo humilla de manera grave delante de terceros o lo lleva a actuar contra su voluntad o su conciencia.³³

La tortura constituye el trato cruel, inhumano y degradante más numeroso, no precisándose de orden del Estado para cometerla, no siendo necesario calificarla de delito de lesa humanidad, porque basta una simple detención ilegal, para que la víctima de tortura sea golpeada o torturada e incluso asesinada, destacándose en Guayaquil los procedimientos de la policía en contra de los travestis, que es un hecho notorio de abuso policial, donde varios de ellos fueron rescatados del Río Guayas, adonde fueron arrojados por personal policial que los detuvo previamente, desvalijándolos de sus pertenencias.

1.3.8. Sujeto Activo

Según expresa el penalista mexicano Dr. Francisco Pavón Vasconcelos, en su obra “Diccionario de Derecho Penal”, al referirse al sujeto activo del delito de tortura, manifiesta:

Sujeto activo del delito de tortura lo es tanto el servidor público – que con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, con la finalidad precisada en la ley penal, como cualquier particular, independientemente de la finalidad motivadora, que por instigación o autorización, explícita o implícita, de un servidor público, realice la conducta constitutiva de este delito en un detenido. En efecto, la ley no excluye a terceros, carentes de la calidad de servidores públicos, de la autoría material de las conductas punibles de tortura, cualquiera fuese la finalidad perseguida por ellos, cuando actúen instigados o autorizados por un servidor público.³⁴

El penalista mexicano, al referirse tanto a los servidores públicos como particulares en su calidad de sujetos activos del delito de tortura, sustenta su afirmación doctrinaria en el Art. 5 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, que dispone:

³³ Nash Rojas, Claudio: (2008) *Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes*. Conferencia dictada en el Seminario Internacional “Hacia la implementación en Uruguay del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos Cruels, Inhumanos o Degradantes”, celebrado en Montevideo el 30/09/2008

³⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco: (2010) *Diccionario de Derecho Penal*. Editorial Porrúa, México D.F., México,

Art.5.- Las penas previstas en el artículo anterior se aplicarán al servidor público que, con motivo del ejercicio de su cargo, con cualesquiera de las finalidades señaladas en el artículo 3º., instigue, compela, o autorice a un tercero o se sirva de él para infligir a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos; o no evite que se inflijan dichos dolores o sufrimientos a una persona que esté bajo su custodia. Se aplicarán las mismas penas al tercero que, con cualquier finalidad, instigado o autorizado, explícita o implícitamente, por un servidor público, inflija dolores o sufrimientos graves sean físicos o psíquicos a un detenido.

Art. 3.- Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada...

En el ordenamiento jurídico mexicano en forma categórica cometen el delito de tortura los servidores públicos como los particulares cuando actúen instigados o autorizados por un servidor público, no existiendo las diferencias de las torturas que provengan de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil o que se cometan con ocasión y desarrollo de un conflicto armado, en territorio nacional o a bordo de un buque de bandera ecuatoriana; ni califica de delitos contra la integridad personal a la tortura que no reúna dichas características.

Desde mi punto de vista si a una persona producto de una tortura llevada a cabo por servidores públicos, -incluso entre ellos un médico- aumente el dolor de la víctima, aunque no sea un delito de lesa humanidad, de acuerdo a los instrumentos internacionales, -por los requisitos que exige el Estatuto de Roma- no existe inconveniente alguno para que nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia reforme el Art. 80 de la Constitución de la República.

Esta reforma debería consistir en que las acciones y penas por toda clase de delito de torturas, como ocurre en los Arts. 89, 119 y 151 del Código Orgánico Integral Penal, sean imprescriptibles, a fin de sancionar adecuadamente a quienes cometan esta clase de ilícitos, que, en el caso del Art. 151 pueden quedar impunes por el mero transcurso del tiempo.

Concuera lo expuesto anteriormente, en lo que se refiere al sujeto activo, los Arts. 3 y 4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que establecen:

Art. 3.- Serán responsables del delito de tortura:

a. Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.

b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

Art. 4.- El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente.

Conforme al instrumento internacional, es sujeto activo tanto el servidor público que comete el ilícito como el que ordene, instigue, induzca a la comisión e incluso al que pudiendo impedir el hecho no lo haga y quienes actúen en virtud de dicha orden, instigación o inducción, ya sea directamente o como cómplices.

En consecuencia, de acuerdo al instrumento internacional invocado los particulares pueden ser sujetos activos del delito de tortura cuando lo cometan en cumplimiento de órdenes de un servidor público o en virtud de su aquiescencia.

La jurista chilena Dra. Liliana Galdámez Zelada, en su artículo titulado “La Noción de la Tortura en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, citando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse al sujeto activo del delito de tortura, expresa:

El sujeto será un agente del Estado o un particular que actúa con su aquiescencia o instigación de aquél, o incluso cuando éste se abstiene de impedir un resultado, entonces se está contemplando una omisión; en cuanto al elemento teleológico, el contenido de la finalidad resulta irrelevante, no siendo concluyente para su calificación, sólo la gravedad del sufrimiento; respecto a la intencionalidad se encuentra relacionada con la exclusión de los sufrimientos padecidos por hechos fortuitos; la calificación de la intensidad o gravedad de la tortura se hace caso a caso para distinguirla de los otros tratos.³⁵

Pese a la normativa internacional y la doctrina señalada, de acuerdo a la realidad de cada país, suele suceder que el sujeto activo no siempre será solamente el servidor público, sino también el particular que actúa con su aquiescencia o instigación, pero en la tortura como delito de lesa humanidad no se comprende a los grupos delictuales

³⁵ Galdámez, Liliana: (2006) “*La Noción de la Tortura en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, Revista Center for Justice and International Law CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional), año 1, N° 02, septiembre de 2006. 98.

ni narcoterroristas, diferenciándose estos delitos cuando provienen de agentes del Estado o de particulares que actúan con su aquiescencia, porque su actuar ilegítimo es imprescriptible, lo que no ocurre con las torturas cometidas por grupos delictuales, terroristas o paramilitares, destacando que México, Argentina y Brasil, los condenan con igual pena y a sus acciones y penas las han declarado imprescriptibles.

1.3.9. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo de la tortura, según expresa el jurista Vicente Grima Lizandra en su obra *Los delitos de tortura y tratos degradantes por los funcionarios públicos*, es: “En primer lugar y de modo principal, sujeto pasivo será el ciudadano que padece la tortura. Pero, en segundo lugar, lo será también el Estado, en cuanto sujeto interesado a que se respeten las garantías en los procedimientos públicos investigadores y sancionadores”.³⁶

Digno de destacar es que en la doctrina nacional como comparada, la víctima -en este caso del delito de tortura- es la gran olvidada del sistema penal y de los autores, no existiendo más que unas pocas líneas respecto de ellas y en la búsqueda de la razón por la cual sucede esta neutralización de la víctima, situación que se modificó después de la Segunda Guerra Mundial, mediante el nacimiento de la victimología, pero esta preocupación por los derechos humanos de las víctimas del delito, no se contiene en la bibliografía sobre el delito de tortura.

Sin embargo vale destacar el derecho a la verdad que nuestra Constitución (2008) prevé en su Art. 78 lo siguiente:

Las Víctimas e infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización (...), y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán, mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

De acuerdo a testimonios de sujetos pasivos víctimas de tortura en el Ecuador, según informe de la Comisión de la Verdad³⁷ se conoce:

³⁶ Grima Lizandra, Vicente (1998) *Los delitos de tortura y tratos degradantes por los funcionarios públicos*. Editorial Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, Valencia, España

³⁷ Comisión de la Verdad: (2013) *Informe Comisión de la Verdad, Violaciones de los Derechos Humanos en Ecuador 1994 – 2008*. Quito

- **Golpes sin objetos:** Los golpes con las manos, puños y pies propinados por agentes estatales al 57% del total de víctimas, constituyen el segundo tipo de violencia más frecuente:

Expediente N° 123037 C.V. Miguel Jarrín Jarrín, Tulcán, junio de 1987: “En el momento de la tortura, empezaron a patearme en los testículos, me daban golpes en la boca del estómago, me daban golpes con las manos abiertas en los oídos. Cuando yo hacía fuerza para esperar el golpe, dejaban de golpearme y se reían”.

Expediente N° 314308 C.V. Testimonio 101, Quito, 07 de marzo de 1986 “Me tenían esposado a la cama para que no me escape supuestamente, cuando estaba totalmente herido (...) En las noches son las visitas de torturadores que vienen ahí si encapuchados (...) los golpes [eran] en el pecho y dos dedos en las heridas”

- **Golpes con objetos:** El 28% de las víctimas aseveró haber recibido golpes con distintos objetos al momento de su detención y en las sesiones de interrogatorios, unos de dotación oficial: toletes, revólveres, carabinas; otros de dotación informal que así cabría denominar a aquellos que los perpetradores tenían a mano u ocultos dentro de vehículos, o en las instalaciones para interrogatorios: bates, garrotes, cadenas, toallas húmedas, entre otros.

Expediente N° 222298 C.V. Manuel Pérez Rendón, Quito, 27 de abril de 1985: “Me golpeaban con la toalla en la espalda. Cuando salía de la tina un [individuo] me picaba [corriente eléctrica] y me jalaba del pelo”.

Expediente 211029 Caso Azuay C.V. Rosa Rodríguez, Cuenca, 28 junio de 1986: “Si (...) es mucho golpe en la cabeza, mucho golpe, mucho golpe, mucho golpe. Golpes con la cachá de la pistola (...). Una persona que me golpea permanentemente (...) con las palmas abiertas en los oídos, todo el tiempo. Igual en la parte de la espalda”

Maniobras de asfixia: Al sumar el conjunto de víctimas de los distintos procedimientos de asfixia, encontramos que 125 personas o el 34% de las víctimas, fueron sometidas a modalidades de asfixia controlada –que cesaban cuando la víctima se encontraba a punto de desfallecer y luego las reiniciaban- provocadas por inmersión en agua, por la colocación de fundas plásticas en sus cabezas e incluso, en ese caso, por aspersión de gas dentro de éstas, por bloqueos de su respiración o porque se vertieron líquidos en sus fosas nasales. Dichas maniobras producen una sensación de muerte inminente descrita por numerosas víctimas como una situación extrema.

Asfixia con fundas y gas. Expediente N° 324057 C.V. Patricio Baquerizo Yela, Quito, 16 de junio de 1984: Las investigaciones se iniciaron de madrugada: “comienzan a aplicarme a mí la funda... que la aprietan alrededor del cuello hasta producir asfixia”. Cuando los agentes ven que ya se le pegó a uno totalmente la funda en la cara y se le mete en los orificios de la nariz, se la sacan para que coja aire.

Expediente N° 222050 C.V. Marco Bustamante Romero, Quito, 24 de mayo de 1986: “Por la noche me comenzaron a torturar (...) me colgaron, me pusieron una funda plástica, una vez que tenía la funda lanzaban el gas dentro de la funda (...) y otro tipo hacía fuerza como si fuese una cuerda y otro (...) me golpeaba en el estómago”.

Asfixia con agua (submarino).Expediente N° 323162 C.V. Pedro Palma Suasti, Quito, 18 de julio de 1985: “En el S.I.C. había una piscina y me comienzan a hundir en la piscina, (...) amarrado pies y manos y con una capucha, me comienzan a tirar de cabeza a la piscina. Eso fue por lo menos [durante] 4 o 5 horas. Al día siguiente, en la mañana, también empiezan a hacer lo mismo y luego (...) comienzan a meterme en un tanque de agua, de cabeza, golpeándome en las partes de afuera, (...) usted siente que los oídos le explotan”.

Expediente N° 222298 C.V. Manuel Pérez Rendón, Quito, 27 de Abril de 1985)
“Me hicieron el submarino (...) en un balde, (...). Los brazos se me hinchaban por la presión; (...) es una situación en la que uno se siente totalmente miserable, no sabe cuando lo van a matar”.

De los testimonios de los sujetos pasivos de torturas en el Ecuador, puede apreciarse que los sujetos activos fueron agentes del Estado, pero el delito, por no tratarse de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil, o en tiempos de guerra, fue un delito contra la integridad personal, destacando que las acciones y penas que se podían ejercer contra los torturadores, están absolutamente prescritas, sirviendo el informe sólo para indemnizar a los afectados y a los familiares que les sobrevivieron, loable la iniciativa por la reparación, pero reprochable por tratarse de acciones y penas prescriptibles.

1.3.10. Circunstancias de la infracción

El jurista chileno Dr. Luis Rodríguez Collao, en su artículo titulado: Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal, invocando al penalista español Dr. José Cerezo Mir, expone:

Desde el punto de vista material, las circunstancias, consisten en un hecho, relación o dato concreto, que el legislador tiene en cuenta para los efectos de graduar la responsabilidad penal. El componente fáctico de esta clase de circunstancias, en efecto, no siempre está relacionado con la conducta delictiva, ni consiste en un acto voluntario de las personas que toman parte en su ejecución, sino que en muchos casos está constituido por una situación o relación preexistente al delito, o incluso posterior a él; y, en general, por cualquier antecedente que tenga la virtud de traducir los propósitos de concreción de la responsabilidad penal.³⁸

Dentro de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, estas son diversas, dependiendo de la normativa nacional que se presente, razón por la cual, se analizará los respectivos artículos del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, contenido en los Art. 89, 119 y 151.

El delito de tortura como ilícito de lesa humanidad: De conformidad al Art. 89 del Código Orgánico Integral Penal, no existe circunstancia agravante o atenuante de la responsabilidad penal, ya que sólo se exige que se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

³⁸ Rodríguez Collao, Luis: (2011) *Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI, Valparaíso, Chile. 406.

Rigiéndose, igualmente los crímenes de lesa humanidad por el Estatuto de Roma, solamente existen en dicha normativa eximentes de responsabilidad penal, que se contemplan en los Arts. 30, 31, 32 y 33, que disponen:

Art. 30. Elemento de intencionalidad

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

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.

Insertar como requisito la intencionalidad y el conocimiento de los elementos materiales del crimen, es, en estos tiempos, obsoleto, porque nuestra Constitución establece la responsabilidad objetiva. Por tanto, en nuestro país, existen los tribunales idóneos para juzgar los delitos de lesa humanidad, aunque es necesario conferir el carácter de imprescriptible a toda clase de tortura, a fin de que estos delitos se juzguen, como corresponde, por su resultado.

Art. 31.- Circunstancias eximentes de responsabilidad penal

1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad Penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:

a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley;

- b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriese;
- e) Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado;
- f) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá:
 - 1. Haber sido hecha por otras personas; o
 - 2. La Corte determinará si las circunstancias eximentes de responsabilidad penal admitidas por el presente Estatuto son aplicables en la causa de que esté conociendo.
 - 3. En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

La eximentes de responsabilidad penal del Estatuto de Roma también merecen observaciones porque en el caso a) se puede utilizar a esta clase de personas para cometer el delito, destacando que deben tener alguna clase de capacidad para poder

actuar materialmente; en el caso b) debe analizarse la clase de intoxicación de quienes actúen como sujetos activos, porque por lo general de los informes de derechos humanos, quienes practicaban la tortura consumían droga o alcohol voluntariamente, razón por la cual la eximente es digna de ser examinada por la Corte Penal Internacional.

Respecto de la defensa propia o del carácter del ilícito utilizado para repeler la agresión ilegítima se justifican las eximentes de los literales c) y d)

Art. 32.- Error de hecho o error de derecho

1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.
2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto.

El elemento intencionalidad se contradice con la responsabilidad objetiva del Estado, ya que todo Estado que permita que sus servidores públicos cometan esta clase de actos debe ser sancionado basado en aquella teoría, de lo contrario existirían justificantes para el cometimiento de este delito, lo que en nuestro ordenamiento jurídico penal no es posible.

Artículo 33 Órdenes superiores y disposiciones legales

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no ser eximido de responsabilidad penal a menos que:
 - a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
 - b) No supiera que la orden era ilícita; y
 - c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.
2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

Solamente se acepta el error de derecho cuando elimine el elemento de intencionalidad que requiere el delito.

En el numeral 1 del literal a) del Art. 33 se permite la “obediencia debida” si al funcionario de lo obliga por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o un superior, sea militar o civil. Sin embargo, en el Ecuador, de conformidad al Art. 30 de la Constitución de la República, ello no es posible porque expresamente no se exime la responsabilidad penal por esta circunstancia. Destacable es señalar que la obediencia debida ha sido prohibida en nuestro país como eximente de responsabilidad penal, de acuerdo a lo que dispone el Art. 80 de la Constitución de la República.

En referencia al Art. 119 del Código Orgánico Integral Penal, que trata el caso del delito de tortura, desde el punto de vista del derecho humanitario, se refiere a la persona que con ocasión y desarrollo de un conflicto armado en territorio nacional o a bordo de una aeronave o buque de bandera ecuatoriana, torture o inflija tratos crueles, inhumanos o degradantes a persona protegida.

1. Los integrantes de la población civil.
2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.
3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.
4. El personal sanitario o religioso.
5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.
7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueron considerados como apátridas o refugiados.
8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

No existe disposición alguna que reglamente el caso de la tortura de las personas no protegidas, de acuerdo con el Art. 119 del COIP.

Finalmente, el Art. 151 del COIP, existen agravantes el de los numerales 1 al 4 del inciso 2° del referido artículo y que se refieren a quien aproveche sus conocimientos técnicos para aumentar el dolor de la víctima; cuando sea funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones públicas o cuando se trate de un tercero que actúe por instigación de aquel o con su consentimiento o aquiescencia, agravantes que se refieren al sujeto activo. Igualmente existen agravantes en los casos que el

delito se cometa con la intención de modificar la identidad de género u orientación sexual o contra persona con discapacidad, menor de 18 años, mayor de 65 años o mujer embarazada.

1.3.11. Lesa humanidad

El jurista argentino Dr. Marcelo Ferreira, en el Capítulo XIII del compendio de Derechos Humanos titulado “Crímenes de lesa humanidad: fundamentos y ámbitos de validez”, al referirse a las normas internacionales que regulan estos crímenes, expresa:

Las Declaraciones de organismos internacionales, en sí mismas no obligatorias, adquieren obligatoriedad en la medida en que sea posible considerar algunas de sus disposiciones como interpretaciones del alcance de derechos ya reconocidos como parte del Derecho Consuetudinario internacional. En este orden de ideas, los crímenes de lesa humanidad no son tales por voluntad de los estados ni requieren su consentimiento, sino por imperio de normas universales inderogables constitutivas del *ius cogens*, que permiten actuar a las normas contenidas en Tratados incluso en forma retroactiva y constituyen la última ratio en caso de inexistencia de norma convencional [...] En términos de la Corte Suprema Argentina «la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados [...] sino de los principios del *ius cogens* del derecho internacional [...] en este sentido, *Crímenes de lesa humanidad* es el nomen iuris que designa el conjunto de condiciones bajo las cuales se autoriza en determinados casos el desplazamiento de determinadas reglas de derecho internacional [...] el delito de tortura, por ejemplo, será crimen de lesa humanidad si se da en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra población civil y es cometido por personas que participan de ese ataque. En el primer caso se autoriza el desplazamiento de las reglas del derecho interno sobre el debido proceso legal (ámbitos material, personal, temporal y espacial), en el segundo no.³⁹

Conforme los parámetros del Art. 7 del Estatuto de Roma y el Art. 89 del Código Orgánico Integral Penal, los delitos de lesa humanidad requieren de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y basado en estas disposiciones, el Proyecto Colombia Nunca Más, definió los delitos de lesa humanidad como:

Son los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las

³⁹ Gordillo, Agustín, Marcelo Ferreira y otros: (2007) *Derechos Humanos. Capítulo XIII Crímenes de lesa humanidad: fundamentos y ámbitos de validez. Fundación de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Argentina

autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia.⁴⁰

Finalmente, la Ley N° 20.357 de la República de Chile, que tipificó los crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, en los Arts. 1 y 2 se refieren a los crímenes de lesa humanidad, cuando expresan:

Art. 1°.- Constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en el presente párrafo, cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias:

1. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.
2. Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.

Art. 2.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo precedente, se entenderá:

1. **Por "ataque generalizado"**, un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos, que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas, y
2. **Por "ataque sistemático"**, una serie de actos sucesivos que se extienden por un cierto período de tiempo y que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas.

Importante es destacar que las sanciones que se establecen en el Estatuto de Roma, son graves de acuerdo a lo que se dispone en el Art. 77, que preceptúa:

Penas aplicables.

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

- a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o
- b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

- a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;
- b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes

⁴⁰ Proyecto Colombia Nunca Más (2000) www.amazon.com/Colombia-nunca-mas.../9589454, Bogotá, Colombia

En el caso de los delitos de lesa humanidad, el Estatuto de Roma distingue entre los delitos simples, a los que se aplica una pena que no excede de 30 años y los de extrema gravedad que sanciona con pena perpetua, sanción inaplicable en nuestro país porque la pena máxima de privación de libertad tiene una duración de hasta 40 años y nuestro COIP no siguió en esta materia los lineamientos del Estatuto de Roma.

1.3.12. El bien jurídico protegido

El delito de Tortura según la opinión de la Magistrada actual Vocal Provisional de la Sala Penal Nacional de Perú Miluska Cano López,⁴¹, es una infracción penal “pluriofensivo” y citando al Maestro Bramont-Arias, señala que:

Tiene como elemento común el abuso de poder ejercido por el propio Estado a través de quienes desempeñan tareas de función pública. Esta característica dota de un gran sentido al contenido del bien jurídico protegido, ya que, si bien directamente afectados por tales conductas resultan ser, la vida, la integridad física, la libertad, el honor, esto es, bienes que ya cuenta con protección específica dentro de los Códigos Penales, no obstante la situación en la que se enmarcan estas agresiones determina que los diferentes delitos contra la vida, la salud, la libertad, resultan insuficientes a la hora de escoger en su seno el contenido completo de antijuridicidad del Delito de Tortura o Desaparición Forzada.

Resulta obvio consecuentemente, que a criterio de esta Magistrada el bien jurídico protegido se enmarca dentro de un contexto superior o integral de varios derechos garantizados en nuestras constituciones, y que no sólo se protege la vida, sino que otros derechos inherentes al ser humano. Por supuesto que nuestra Constitución consagra estos derechos, pero de ellos hay que rescatar el derecho superior que es la vida que efectivamente se trasgrede con el delito de tortura, sin pretender desestimar que los otros derechos son concomitantes y paralelos al delito medio que son las acciones de infligir actos físicos y psicológicos en desmedro de la seguridad personal del ser humano.

Por su parte García Cantizano,⁴² en su trabajo sobre la tortura en el Perú y su regulación Legal, señala “que algún sector de la doctrina asume la postura de que el bien jurídico protegido es la garantía irrenunciable de todo ser humano al respeto de

⁴¹ *Algunas consideraciones sobre el delito de Tortura en el Perú.* www.teleley.com/articulos/art_140708.3.pdf. Consultado 17 de abril.2015.

⁴² García Cantizano, *Los delitos contra la humanidad, 2da parte, Desaparición Forzada y Tortura*, Gaceta Jurídica, 1999, en su Informe COMISEDH ‘La Tortura en el Perú y su regulación legal’

sus derechos fundamentales, y por otro lado, el ejercicio correcto de la administración pública a través de quienes detentan esa potestad”. Y concluye afirmando que a su criterio el bien jurídico protegido descansa en la dignidad humana, manifestando en forma categórica que no es indispensable que esté “derecho sea reconocido constitucionalmente para exista y se exija”.

María del Mar Díaz Pita⁴³, profesora titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, sostiene que desde una aproximación al concepto de bien jurídico se debe de partir del concepto dado por Feuerbach, quien sostiene que “el bien jurídico ha formado parte integrante y básica de la teoría del delito”. En tal sentido expresa que “el bien jurídico como espacio delimitado de protección y el bien jurídico como freno a la política criminal son papeles que este concepto ha desempeñado y desempeña en la doctrina penal”. En si el autor lo que pretende sostener es que el bien jurídico como aquellas condiciones de vida común de las que el Estado es garante y por lo tanto cualquier acto que lesione o menoscabe las condiciones de vida del ser humano, debe de proteger a través del derecho penal, que se constituye en una instrumento eficaz de garantías de estos derechos y pone “límites a la potestad punitiva del Estado”.

Expresa esta autora que ilustres penalistas como Birnbaum, Binding, von Listz y luego de la segunda posguerra mundial Mayer, Welzel y hasta nuestros días autores como Roxin, Hassemer y Jakobs, quienes han dado atención a este tema, relevando el concepto de bien jurídico en “...función del contexto sociológico, filosófico y jurídico vigentes en cada época”. Señala la autora citada que “los tres últimos autores representan las más nuevas corrientes dogmáticas del derecho penal alemán y, como no podía ser de otra manera, su concepción del bien jurídico responde a su concepción del Derecho Penal en su globalización”.

Señala la autora citada, que “Roxin se encuadra dentro de aquella corriente de pensamiento que sitúa el bien jurídico en un marco constitucional”. Es decir que considera que el bien jurídico protegido descansa en los derechos fundamentales y

⁴³ Díaz Plata, María del Mar, *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral. Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XX (1977). Cursos e Congreso No.104, Servicio de Publicaciones da Universidad de Santiago de Compostela. ISSN 1137-7550.26-102

que es obligación del Estado garantizar la vida, la integridad física la libertad, el patrimonio, etc.

Por su parte expresa que Hassemer⁴⁴ defiende que la función del Derecho penal conlleva a “la protección de bienes jurídicos”, sostenida en los intereses personales de cada ser humano, dentro de sus valores abstractos, sociales o estatales debido a que carecen de un vínculo directo con el ciudadano.

Por último, “Jakobs⁴⁵, como máximo exponente del funcionalismo en el Derecho Penal, desplaza la importancia del bien jurídico y su protección como misión del Derecho penal para situarla en el reforzamiento del mantenimiento de la vigencia de la norma”. Esto implica que la relevancia de la norma, se sustenta en el campo de la protección que el derecho penal supone; relegando “el bien jurídico al contenido de algunas normas cuyas defensa viene justificada”.

En mi opinión el bien jurídico protegido por el delito de tortura dentro de los delitos que actualmente contiene el COIP, es la vida dentro de los derechos fundamentales y que tiene el fin de precautelar la vida, la seguridad física y psicológica de la persona. Derechos que nacen del garantismo constitucional, y que la norma penal lo ha desarrollado con el fin de castigar estos delitos que por años han quedado en la impunidad debido a que nacen de los funcionarios públicos y muy pocas veces de los particulares, por lo que ha sido necesario recurrir a los organismos internacionales, como es el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁴ Hassemer, Muñoz Conde, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Valencia, 1989. 103.

⁴⁵ Jakobs, Strafrecht, AT, 2º ed., Berlín, 1992.

Capítulo Segundo

2. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

2.1. Tipos penales

El delito de tortura como crimen de lesa humanidad, se contempla en el Art. 89 de nuestro Código Orgánico Integral Penal, disposición que obedece a los parámetros que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece para calificar un delito de esta especie. Es decir, que exige como requisito en el inciso 1 del Art. 6 del referido estatuto que los actos ilícitos, entre ellos la tortura, se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, destacando que la sanción a este tipo de delito, de acuerdo al numeral 1, literales a) y b) del Art. 77 del Estatuto de Roma - para los delitos de lesa humanidad contemplados en el Art. 5 numeral 1.b, la siguiente: “a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal, cumple en parte con la disposición del Estatuto de Roma, al establecer como pena para el delito de lesa humanidad de tortura una pena privativa de libertad de 26 a 30 años, no distinguiendo la gravedad de este crimen, ya que si se concuerda con el Estatuto de Roma, al no existir cadena perpetua en el Ecuador, la pena debería ser la máxima establecida en el Art. 59 del COIP, es decir, 40 años.

Un delito de esta especie en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia como el Ecuador, es prácticamente de imposible ocurrencia, porque no resulta imaginable como una autoridad democráticamente electa ordene un ataque de esta especie, lo que no ocurrió ni siquiera cuando se practicó la desaparición de personas y torturas en el gobierno de León Febres Cordero, porque si bien durante este gobierno ocurrió el mayor número de desaparecimientos forzados, tortura y muerte, en caso alguno

ello significó el cometimiento de delitos de lesa humanidad porque se carecía de los requisitos que señala el Art. 6 del Estatuto de Roma.

La tortura, igualmente, se contempla en el Art. 119 del Código Orgánico Integral Penal, pero en esta disposición se refiere a la violación del derecho humanitario. Una rama del Derecho que tiene relación con los derechos humanos es el Derecho Internacional Humanitario, el cual es también conocido como el “Derecho de los Conflictos Armados” que está constituido por todas las normas convencionales que han emanado producto de los conflictos armados.

Debido a las atrocidades de los delitos contra el derecho internacional humanitario “Derecho de los Conflictos Armados”, nuestro COIP apenas los sanciona con una pena privativa de libertad de 13 a 16 años, es decir, si en caso de conflicto armado a una persona se la mutila o deja ciega por ejemplo cuando se trata de un delito de lesa humanidad, de acuerdo al COIP se sancionará con una pena de 26 a 30 años y si el delito atentó contra el derecho humanitario, solo con una pena leve de 13 a 16 años.

Según expresa el jurista brasileño Dr. Antonio Augusto Cançado Trindade, el derecho internacional humanitario o derecho de los conflictos quien en su obra “Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana: Derechos Humanos; Derecho Humanitario y Derecho de los Refugiados”, expresa:

Una ramificación de este Derecho es el Derecho Internacional Humanitario, también denominado Derecho de los Conflictos Armados, que está constituido por todas las normas convencionales o de origen consuetudinario, específicamente destinadas a reglamentar los problemas que surgen en un período de conflicto armado. Conforme se resalta por Antonio Augusto Cançado Trindade, cuando se refiere a la difusión del Derecho Internacional Humanitario o Derecho de los Conflictos Armados constituye un factor esencial en la aplicación efectiva del derecho y, como consecuencia, de la protección de las víctimas en las situaciones de conflicto armado.⁴⁶

El Art. 89 del Código Orgánico Integral Penal se refiere a los delitos de lesa humanidad, al cual se le asigna una pena privativa de libertad de 26 a 30 años, destacando que este delito es imprescriptible en cuanto a las acciones y las penas, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 80 de la Constitución de la República.

⁴⁶ Cançado Trindade, Antonio Augusto: (1996) *Las 3 vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana: Derechos Humanos, Derecho Humanitario y Derecho de los Refugiados*. www.icrc.org. 20 mar. 1996

Las penas a asesinos y torturadores en delitos tipificados como de lesa humanidad en el Ecuador son ridículos e irrisorios, ya que basta ver el derecho comparado, como ocurrió con los torturadores de la dictadura argentina, que paso a señalar:

- Ex militar argentino Adolfo Francisco Scilingo: a quien la Audiencia Nacional de España lo condenó a 640 años por cometer delitos de lesa humanidad de 30 muertes con alevosía, detención ilegal y torturas.⁴⁷
- El Tribunal Oral Federal 1 de La Plata, Argentina, condenó el (24/10/2014) a prisión perpetua a 15 de los 21 represores acusados por delitos cometidos durante la última dictadura cívico militar en el centro clandestino de detención conocido como "La Cacha", entre ellos el ex ministro de Gobierno bonaerense James Lamont Smart y el ex director de Investigaciones de la policía, Miguel Osvaldo Etchecolatz.⁴⁸

En el caso del Art. 119 del COIP, también estamos ante un delito imprescriptible, porque se trata de un delito cometido con ocasión y desarrollo de un conflicto armado, al cual se lo sanciona con una pena privativa de libertad de 13 a 16 años.

Este delito, de acuerdo al Art. 80 de la Constitución de la República es imprescriptible porque se trata de crímenes de guerra, sin embargo, es mi modesta percepción, -por tratarse de un delito contra el derecho humanitario- confrontando esta norma con otras del derecho comparado, se trata de penas insuficientes si se toma en consideración la forma y las circunstancias en que se comete el delito.

Finalmente, el Art. 151 del Código Orgánico Integral Penal, tipifica como tortura a 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 métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aún cuando no causen dolor o sufrimiento físico o psíquico, con cualquier finalidad en ambos supuestos.

Este delito, tipificado en el Art. 151 del COIP se sanciona con una pena privativa de libertad de siete a diez años, agravándose el delito en los casos de los numerales 1 a 4 del referido artículo y que dicen relación con:

- Los conocimientos técnicos para aumentar el dolor de la víctima (1);

⁴⁷ GIL GIL, Alicia: (2005) *La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2005, núm. 0 7. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 07-r1 (2005), 31 may]

⁴⁸ AGENCIA DW AMÉRICA LATINA (2014) *Cadena perpetua para 15 torturadores de la dictadura Argentina-* <http://www.dw.de/cadena-perpetua-para-15-torturadores-de-la-dictadura-argentina/a-18020955>

- Cuando se trate de funcionarios o servidores públicos u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, por instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia (2);
- Que se cometa con la intención de modificar la identidad de género u orientación sexual (3) y
- Se cometa en persona con discapacidad, menor de 18 años, mayor de 65 años o mujer embarazada (4).

La pena privativa de libertad sin agravantes en el Art. 151 del COIP es de 7 a 10 años y en el caso que se cometa con las agravantes de los numerales 1 a 4 del mencionado artículo, apenas sanciona a los autores, incluso cuando sean agentes del Estado a una pena de 10 a 13 años.

En consecuencia, en los delitos de tortura de nuestro COIP no importa la víctima, sino el autor y las circunstancias del delito, dándose el caso que el delito del Art. 151 del COIP es prescriptible, persistiendo en nuestro ordenamiento jurídico penal, una desigualdad de derechos de la víctima en esta clase de delitos, lo que es grave, porque si se comete por agentes del Estado, es éste quien dicta normas leves que favorecen a sus agentes en contravención a su deber primordial de velar por los derechos constitucionales y los consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos y, específicamente, contra el principio *pro homine* de las víctimas.

Desde mi punto de vista, este delito debería tener una pena privativa de libertad similar a la de los delitos de lesa humanidad, en los casos 1, 3 y 4 del Art. 151 del Código Orgánico Integral Penal, porque son agravantes cometidas por personas con conocimientos médicos o técnicos para aumentar el dolor de la víctima, bastando un simple análisis del trato jurídico que sufrieron los médicos o técnicos en la justicia comparada, como se señaló respecto de Argentina, para apreciar lo leve de las penas de tortura en nuestro país.

2.2. Análisis evolutivo de estas normas con el primer capítulo

En el primer capítulo se ha hecho una historia mundial del delito de tortura y la evolución normativa, ya que en las épocas primitiva, la Edad Media y la inquisición, la tortura era utilizada no sólo para arrancar confesiones, sino que para aumentar deliberadamente el dolor de los privados de libertad, previo a la condena de muerte, que eran verdaderos espectáculos públicos, llevados a efectos por los estados

absolutistas que fueron la “mano negra” de la Iglesia Católica en sus 600 años de barbarie.

Humanizado el Derecho Penal por la Revolución Francesa y los ideales masónicos y de pensamiento que inspiraron no sólo a ésta, sino a todo el proceso independentista del continente americano, esta humanización no tuvo la fuerza suficiente para erradicar a la tortura como medio de confesión y barbarie aplicada por gobiernos dictatoriales.

Los abusos más graves contra las personas ocurrieron con el totalitarismo nazista y el totalitarismo comunista, sin embargo, como la Alemania nazi fue derrotada sus jefes y responsables fueron condenados en los juicios de Nüremberg, destacando una verdadera revolución en el derecho y contra el positivismo kelseniano, ya que las sentencias significaron obviar el principio “nullum crimen nulla pena sine lege”, ya que si se hubiere aplicado el positivismo desprovisto de principios y valores, simplemente no habría sido posible condenar a los criminales, a los cuales se les condenó por atentar contra la dignidad humana.

A partir de los juicios de Nüremberg existe una nueva percepción del delito de tortura, materializándose los argumentos de los jueces en varias convenciones e instrumentos internacionales, destacando que en el Estatuto de Roma se tipifica a la tortura como delito de lesa humanidad, los que se incluyeron en el Art. 89 del COIP. Sin embargo, si se analiza las penas del delito de tortura en el derecho comparado, nuestras normas contemplan penas que se contradicen a la gravedad del delito.

En realidad, imaginar la existencia de delitos de lesa humanidad en nuestro país resulta un imposible jurídico, ya que no se concibe cómo en un Estado Democrático de Derechos y Justicia se ordene un ataque sistemático y organizado por parte de la autoridad en contra de una población determinada y con conocimiento de dicho ataque, lo que a mi juicio implica haber tipificado un delito para concordar nuestra legislación con el Estatuto de Roma de la Corte Internacional Penal.

Igualmente, en lo que dice relación con los delitos contra el derecho humanitario el Art. 119 del COIP tipifica el delito de tortura producido con motivo u ocasión de un conflicto bélico, razón por la cual este delito es imprescriptible de acuerdo al Art. 80 de la Constitución de la República, pero ante el proceso de pacificación continental,

resulta, igualmente difícil que exista este delito en estos tiempos. Sin embargo, también se tipifica para concordar nuestra normativa con las convenciones internacionales sobre la materia.

El jurista colombiano Dr. Luis Fernando Trejos Rosero, en su artículo titulado “El derecho internacional humanitario en el conflicto armado colombiano. Propuestas para su aplicación”, al referirse al derecho humanitario, expresa:

El Derecho Internacional Humanitario se erige sobre dos principios fundamentales: 1) El Principio de Limitación: este establece que «la fuerza usada debe ser la estrictamente necesaria para obtener la ventaja sobre el adversario, y debe examinarse previamente la relación existente entre la ventaja del ataque y los efectos negativos que produzca en las personas y sus bienes». Conforme a este principio, el único objetivo legítimo durante la guerra es debilitar las fuerzas militares del enemigo, es decir, poner fuera de combate (asesinar, herir, capturar y rendir) al mayor número de hombres del bando contrario. 2) El Principio de Distinción: impone diferenciar entre quiénes son y quiénes no son combatientes, y entre los bienes que pueden y no pueden ser utilizados en un conflicto armado. Con este principio se pretende evitar que las operaciones militares afecten a la población que no participa de las hostilidades o a los bienes que le sirven de sustento o que son considerados patrimonio histórico o cultural.⁴⁹

Los abusos en el derecho internacional humanitario, igualmente son sancionados en nuestro Código Orgánico Integral Penal, destacando que el Art. 119 es un delito contra aquel derecho y reviste las características de imprescriptible, de conformidad al Art. 80 de la Constitución de la República.

En cuando al Art. 151 del Código Orgánico Integral Penal, se trata a la tortura como delitos que atentan contra la integridad personal, agravándose en determinadas circunstancias, como se hizo anteriormente referencia. El caso es que si se analiza la tortura en el Ecuador, sin que haya habido un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, -el caso es que si se analiza esta clase de delito- la Comisión de la Verdad fue clara en determinar que los autores de las muertes, desaparecimientos forzados y torturas fueron agentes del Estado.

En el caso de las muertes y las torturas, por no obedecer a un ataque generalizado y sistemático, no estamos frente a un delito de lesa humanidad ni tampoco a un delito contra el derecho humanitario, razón por la cual gran porcentaje de los delitos

⁴⁹ TREJOS ROSERO, Luis Fernando: (2011) *El derecho internacional humanitario en el conflicto armado colombiano. Propuestas para su aplicación*. Revista Derecho y Humanidades, Universidad Libre de Colombia, Bogotá

conocidos por la Comisión de la Verdad, son una tortura simple, la cual se agravaría por el hecho que servidores públicos sean los autores de la misma.

El caso es que pese a que estos abusos emanan de servidores públicos, en los cuales el Estado es objetivamente responsable, en virtud del numeral 9 del Art. 11 de la Constitución de la República, las sanciones que se ha establecido son irrisorias si se las compara con las analizadas en la presente investigación, debiendo al menos haberseles otorgado el carácter de imprescriptibles.

Se justifica la imprescriptibilidad porque los servidores públicos se ocultan y protegen, como ocurrió con los autores del caso Tibi, en donde el Estado no cumplió con lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que le ordenaban identificar, juzgar y sancionar a los responsables de estos delitos.

Capítulo tercero

3. EL CASO DANIEL TIBI

3.1. Hechos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencia de 07/09/2004, acogió demanda presentada con fecha 25/06/2003 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, originada por denuncia No. 12.124, recibida en la Secretaría de la Comisión el 16/07/1998.

Se enunciará las normas que violó el Estado ecuatoriano para proceder, posteriormente al análisis de la demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se sustentó en la violación de los siguientes artículos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos:

El Art. 5 consagra el Derecho a la Integridad Personal, estableciendo en los numerales 1 y 2 lo siguiente:

- Art. 5.1.- Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
- Art. 5.2.- Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

El Art. 7 contempla el Derecho a la Libertad Personal, estableciéndose en los numerales 1 al 7, lo que sigue:

- Art. 7.1 Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
- Art. 7.2 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.
- Art.7.3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

- Art. 7.4 Toda persona tenedida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargo formulados contra ella.
- Art.7.5.Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
- Art.7.6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
- Art.7.7 Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

El Art. 8 se refiere a las garantías judiciales y en la demanda se argumentó los siguientes:

- Art. 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
- Art. 8.2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

- d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.
- Art. 8.3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 - Art. 21.1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
 - Art. 21.2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
 - Art. 25. Protección Judicial
1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
 2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Todas estas disposiciones están garantizadas en el Art. 1.1. de la señalada Convención que expresa: Obligación de Respetar los Derechos:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza,

color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La Comisión presentó la demanda con base en el artículo 61 de la Convención Americana, con el fin de que la Corte decidiera si el Estado ecuatoriano violó los artículos insertados, en perjuicio del señor Daniel David Tibi. Además, la Comisión señaló que el Estado no otorgó al señor Tibi la posibilidad de interponer un recurso contra los malos tratos supuestamente recibidos durante su detención ni contra su detención preventiva prolongada, la cual se alega violatoria de la propia legislación interna, y que tampoco existía un recurso rápido y sencillo que se pudiera interponer ante un tribunal competente para protegerse de las violaciones a sus derechos fundamentales. Todo ello, según la Comisión, constituye una violación de las obligaciones establecidas en el artículo 2 de la Convención Americana, las cuales imponen al Estado dar efecto legal interno a los derechos garantizados en los artículos 5, 7, 8 y 25 de dicha Convención⁵⁰.

Los Hechos verificados por la Corte fueron los siguientes:

Según los hechos, el señor Tibi fue detenido sin orden judicial y trasladado desde la ciudad de Quito hasta la ciudad de Guayaquil, para su declaración ante un fiscal, la que se llevó a cabo sin la presencia de un abogado. Tampoco se le dio la oportunidad de comunicarse con algún familiar. En el momento de su detención portaba una maleta con joyas de su negocio y conducía un vehículo marca Volvo. De lo que se conoce hasta la fecha no se le ha devuelto, a pesar de la orden judicial. El señor Tibi estuvo detenido más de veinte y ocho meses, al cabo de los cuales se dictó su sobreseimiento provisional. Durante el tiempo que estuvo en prisión sufrió maltratos de toda clase y torturas conducentes a que se declare culpable, lo que nunca aceptó.

3.2. Análisis jurídico de los hechos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, decidió por unanimidad, que el Estado violó los Derechos a la Libertad Personal y a la Protección Judicial consagrados en los artículos 7.6 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Daniel Tibi, en los términos de los párrafos 126 a 137 de la presente Sentencia.

⁵⁰ PINARGOTY ALONZO, Alfredo Y CEDEÑO CEVALLOS, Carlos. *La tortura como delito de lesa humanidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. V.5.5.- Caso Daniel Tibi Revista Jurídica. Universidad Santiago de Guayaquil. Ecuador, <http://www.revistajuridicaonline.com/>

El Estado violó el Derecho a la Integridad Personal consagrado en el artículo 5.1, 5.2 y 5.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1. de la misma, e inobservó las obligaciones previstas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio del señor Daniel Tibi, en los términos de los párrafos 142 a 159 y 162 de la presente Sentencia.

El Estado violó el Derecho a la Integridad Personal consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Beatrice Baruet, Sarah y Jeanne Camila Vachon, Lisianne Judith Tibi y Valerian Edouard Tibi, en los términos de los párrafos 160 a 162 de la presente Sentencia.

El Estado violó el Derecho a las Garantías Judiciales, consagrado en el artículo 8.1, 8.2, 8.2.b, 8.2.d, 8.2.e y 8.2.g de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Daniel Tibi, en los términos de los párrafos 167 a 200 de la presente Sentencia.

El Estado violó el Derecho a la Propiedad Privada, consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Daniel Tibi, en los términos de los párrafos 209 a 221 de la presente Sentencia.

El Estado debe, en un plazo razonable, investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores de las violaciones cometidas en perjuicio del señor Daniel Tibi. El resultado de este proceso deberá ser públicamente divulgado, en los términos de los párrafos 254 a 259 de la presente Sentencia.

El Estado deberá publicar, al menos por una vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional en el Ecuador, tanto la Sección denominada Hechos Probados como los puntos resolutive Primeros al Decimosexto de la presente Sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes. Igualmente, el Estado deberá publicar lo anterior, traducido al francés, en un diario de amplia circulación en Francia, específicamente en la zona en la cual reside el señor Daniel Tibi, en los términos del párrafo 260 de la presente Sentencia.

El Estado debe hacer pública una declaración escrita formal emitida por altas autoridades del Estado en la que reconozca su responsabilidad internacional por los hechos a que se refiere el presente caso y pida disculpas al señor Tibi y a las demás víctimas mencionadas en la presente Sentencia, en los términos del párrafo 261.

El Estado debe establecer un programa de formación y capacitación para el personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario, incluyendo al personal médico, psiquiátrico y psicológico, sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos en el tratamiento de reclusos. El diseño e implementación del programa de capacitación, deberá incluir la asignación de recursos específicos para conseguir sus fines y se realizará con la participación de la sociedad civil. Para estos efectos, el Estado deberá crear un comité interinstitucional con el fin de definir y ejecutar los programas de capacitación en derechos humanos y tratamiento de reclusos. El Estado deberá informar a esta Corte sobre la constitución y funcionamiento de este comité, en el plazo de seis meses en los términos de los párrafos 262 a 264 de la presente Sentencia.

El Estado debe pagar la cantidad total de €148.715,00 (ciento cuarenta y ocho mil setecientos quince euros) por concepto de indemnización de daño material, en los términos de los párrafos 235 a 238 de la Sentencia. La parte final de la sentencia señala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, supervisará el cumplimiento íntegro de la presente Sentencia. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un primer informe sobre las medidas tomadas para dar cumplimiento a esta Sentencia.

Mediante Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 03/03/2011 en el caso Tibi vs. Ecuador De supervisión de cumplimiento de sentencia, se determinó que:

- El Estado dio cumplimiento a los siguientes puntos resolutivos de la Sentencia: a) pago de las indemnizaciones fijadas por esta Corte por concepto de indemnización de daño material a favor de Daniel Tibi y Beatrice Baruet, en los términos del Considerando 24 de la Resolución (*punto resolutivo decimocuarto a) y c) de la Sentencia*) y b) pago las indemnizaciones fijadas por esta Corte por concepto de daño inmaterial a favor de las víctimas, y pagar las costas y gastos del proceso, en

- los términos del Considerando 26 de la Resolución (*puntos resolutivos decimoquinto a), b), c), d), e), y f) y decimosexto de la Sentencia*).
- Que el Estado dio cumplimiento parcial a publicar en un diario del Ecuador una declaración de reconocimiento de responsabilidad internacional y disculpas a Daniel Tibi y demás víctimas, en los términos del Considerando 14 de la [...] Resolución (*punto resolutivo duodécimo de la Sentencia*)
 - Que están pendientes y seguirán siendo supervisados:
 - a) Identificar, juzgar y en su caso sancionar en un tiempo razonable a todos los responsables de las violaciones a los derechos del señor Daniel Tibi, de conformidad con el Considerando 10 de la [...] Resolución (*punto resolutivo décimo de la Sentencia*);
 - b) publicar, en un diario [...] en Francia, tanto la Sección denominada Hechos Probados como los puntos resolutivos Primero al Décimosexto de la [...] Sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes (*punto resolutivo undécimo*);
 - c) publicar [en un diario en Francia] una declaración escrita formal emitida por altas autoridades del Estado en la que reconozca su responsabilidad internacional por los hechos a que se refiere el [...] caso y pida disculpas al señor Tibi y a las demás víctimas mencionadas en la [...] Sentencia (*punto resolutivo duodécimo*);
 - d) crear un comité interinstitucional con el fin de definir y ejecutar los programas de capacitación en derechos humanos y tratamiento de reclusos, para el personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario, incluyendo al personal médico, psiquiátrico y psicológico, de conformidad con el Considerando 18 de la [...] Resolución (*punto resolutivo decimotercero*);
 - e) pagar al señor Daniel Tibi por concepto de indemnización material por los bienes incautados de su propiedad, en los términos del Considerando 25 de la [...] Resolución (*punto resolutivo decimocuarto inciso b*), y
 - f) pagar los intereses causados por la demora en el pago de las indemnizaciones, de conformidad con los Considerandos 24 a 27 de la [...] Resolución (*puntos resolutivos decimocuarto, decimoquinto y decimosexto*).⁵¹

Lo más decepcionante de este incumplimiento literal a) de esta Resolución de incumplimiento de 03/03/2011 es el Identificar, juzgar y en su caso sancionar en un tiempo razonable a todos los que deja en evidencia la renuencia del Ecuador a cumplir el Considerando 10 de la parte resolutiva de la sentencia del año 2004, que expresa:

10. El Estado debe, en un plazo razonable, investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores de las violaciones cometidas en perjuicio del señor Daniel Tibi. El resultado de este proceso deberá ser públicamente divulgado, en los términos de los párrafos 254 a 259 de la presente Sentencia.⁵²

Los párrafos 254 a 259 de la sentencia del año 2004, expresan:

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: (2011) *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 3 de marzo de 2011 caso Tibi vs. Ecuador*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Ediciones CIDH, San José de Costa Rica

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos: (2004) *Sentencia Tibi v/s Ecuador*, Editorial CIDH, 07/07/2004 San José de Costa Rica

254. La Corte ha concluido, *inter alia*, que el Estado violó los artículos 5, 7, 8, 21 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, e inobservó las obligaciones previstas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, en perjuicio del señor Daniel Tibi. Asimismo, el Estado violó el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Beatrice Baruet, Sarah y Jeanne Camila Vachon, Lisianne Judith Tibi y Valerian Edouard Tibi, en los términos contenidos en esta Sentencia. **255.** En el presente caso impera la impunidad de los responsables de las violaciones cometidas. Después de más de nueve años de ocurridos los hechos, no se ha investigado ni sancionado a los responsables de la detención ilegal y arbitraria y de las violaciones a las garantías judiciales del señor Daniel Tibi, así como tampoco a los responsables de las torturas ocasionadas a la víctima. Por lo tanto, se ha configurado una situación de impunidad que infringe el deber del Estado, lesiona a la víctima y a sus familiares y propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos. **256.** Este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a las víctimas y sus familiares de conocer lo que sucedió y saber quiénes fueron los agentes del Estado responsables de los hechos. La Corte ha señalado que “la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad. **257.** La víctima de violaciones de derechos humanos y sus familiares, en su caso, tienen el derecho de conocer la verdad. En consecuencia, las víctimas en este caso tienen derecho de conocer quiénes fueron los responsables de la detención ilegal y arbitraria, la tortura y la violación al debido proceso y a las garantías judiciales en agravio del señor Daniel Tibi. Este derecho a la verdad ha sido desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su reconocimiento puede constituir un medio importante de reparación. **258.** A la luz de lo anterior, para reparar, en este orden, las violaciones cometidas, el Estado debe investigar efectivamente los hechos del presente caso con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los responsables. Los procesos internos deben versar sobre las violaciones a los derechos a la Integridad Personal, la Libertad Personal, la Protección Judicial y las Garantías Judiciales, a los que se refiere esta Sentencia. La víctima debe tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de la investigación y el juicio correspondiente, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana. Los resultados del proceso deberán ser públicamente divulgados, para que las sociedades ecuatoriana y francesa conozcan la verdad. **259.** El Estado debe garantizar que el proceso interno tendiente a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos surta los debidos efectos. Además, deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como a medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria, como lo ha hecho notar la Corte en otros casos.⁵³

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere a un arresto ilegal del señor Daniel Tibi ocurrido el 27/09/1995, la cual tiene fecha de resolución 07/09/2004, determinándose dentro de los hechos:

- Que el señor Daniel Tibi fue arrestado ilegalmente sin ninguna orden;

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos: (2004) *Sentencia Tibi v/s Ecuador*, Editorial CIDH, 07/07/2004 San José de Costa Rica. 103 y 104

- Que el día que fue detenido ilegalmente portaba un maletín con joyas, ya que él era joyero, de la que se apropiaron los agentes aprehensores no devolviéndose ni las joyas ni el valor de lo hurtado;
- Que no se informó por meses de su paradero, habiendo incluso la justicia conocido de ellos:
- Que agentes del Estado entraron a su propiedad en Quito y la desvalijaron, dejándola vacía, no existiendo antecedente alguno que se le haya devuelto esas especies o resarcido el monto de lo robado, porque entraron a la fuerza a su domicilio;
- Que durante el plazo de veinte y ocho meses estuvo sometido a prisión preventiva, lo que violó expresamente la Constitución vigente, se le sometió a reiteradas torturas:
- Que los agentes del Estado giraron todos los fondos de su tarjeta de crédito, procediendo en forma fraudulenta.

Todas estas irregularidades propias de los más irresponsables funcionarios públicos y judiciales, fueron cometidas por agentes del Estado y de jueces penales, destacando que el Estado desde el 27/09/1995 en que se arrestó ilegalmente al señor Tibi; jamás el Estado identificó, juzgó ni condenó a los responsables con el delito de tortura infringidos a Daniel Tibi, quedando impune dichas acciones ejercidas dentro de un sistema policial y judicial que siempre se cuestionó y por ende de un Estado impávido de poder controlar estas acciones que el organismo internacional de los Derechos Humanos hizo prevalecer los derechos conculcados de un extranjero que gozaba de los mismos derechos que un Ecuatoriano en nuestro país.

Que, Igualmente, dictada la sentencia el 07/09/2004, se ordenó al Estado ecuatoriano que identificara, juzgara y sancionara a todos los autores de las violaciones cometidas en perjuicio del señor Daniel Tibi, cosa que el Estado ecuatoriano, tampoco cumplió, persistiendo la impunidad y operando la prescripción.

Lo cuestionable del Estado es que hizo caso omiso a una parte de la sentencia en cuanto ordenó se investigue sobre la detención arbitraria, maltratos físicos y psicológicos, desaparición de los bienes de Daniel Tibi, enjuiciamiento injustificado y su proceso dilatorio sin pruebas, que afectó la vida por completo de este extranjero. Por lo tanto la sentencia supranacional que tiene el carácter de *erga omnes* para el

Ecuador no fue acatada, y por ende la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de la ejecución de la sentencia no tuvo medidas coercitivas para hacer cumplir la misma, sentándose nefastos precedentes para la Corte. Toda vez que se hizo prevalecer el derecho interno de la prescripción, para concluir que el Ecuador no podía investigar los hechos afirmados por haber prescrito los mismos.

En mi modesto criterio, esta falta de compromiso del Estado para sancionar como se debe a sus agentes responsables, es una ofensa injustificada y reprochable, lo que da a entender que dictando normas no se solucionan los problemas, porque la retórica no hace justicia, como ocurre en nuestro país. Resulta, en consecuencia lastimoso, para los ciudadanos honrados de este país, la existencia de todas las irregularidades que el propio Estado genera u omite para proteger a los violadores de derechos humanos, razón por la cual, para evitar tantos abusos, este delito ameritaba que el delito de tortura consagrado en el art. 151 del COIP, hubiera sido declarado imprescriptible.

A más de las consideraciones expuestas, porque analizar el Caso Tibi? por obvias razones: El Ecuador vivía regímenes de facto y ante un Estado ingobernable, los estamentos o funcionarios del Estado ejercían su poder estatal aplicando la tortura en los procesos investigativos donde, -por supuesto- aplicaban la frase célebre del filósofo, político Italiano Nicolás Maquiavelo que dice: “El fin justifica los medios”⁵⁴; y es la Policía precisamente, lo cual fue de dominio público con las instituciones cuyas siglas fueron el CID y luego la OID que dentro de su rol de investigador en los “supuestos delitos” especialmente de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, efectuaron detenciones arbitrarias e ilegales sin sustento alguno y arrojaron consecuencias como el caso analizado; que con mucho valor se hizo conocer a la comunidad las atrocidades del famoso OID y de ciertos jueces penales que si fueron identificados quienes hemos seguido este caso.

Pero lo relevante es que a través de este caso, se pudo conocer y poner coto a tantos abusos de la Policía (OID) y de jueces inquisidores que apartándose de la sagrada función de administrar justicia, actuaron bajo consignas en desmedro de los derechos humanos. Y que es por medio de la investigación de la CIDH que se logra establecer

⁵⁴ Es.wikipedia.org/wiki/El_fin_justifica_los_medios. Consultado 26 de 04.2015.

las violaciones de los derechos humanos a Daniel Tibi, por parte de funcionarios públicos y jueces penales.

Que el caso presentado sirva para que en Ecuador jamás se repita un hecho igual, mucho más de un extranjero debido que ante las naciones quedamos como un pueblo violador sistemático de los derechos humanos y que no existe garantías para residir en este País, menos para invertir, aflorando inseguridad jurídica dentro del contexto de los derechos fundamentales que son inmanentes a la persona,

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

1. El delito de tortura tipificado en el Art. 89 del Código Orgánico Integral Penal no distingue entre delitos de lesa humanidad simples y aquellos de mayor gravedad, a los que alude el Art. 77.1.b del Estatuto de Roma, sancionándose en Ecuador con la misma pena a quien cometa un delito o a quien cometa varios o utilice extrema crueldad en los mismos, contraviniendo la normativa internacional.
2. El delito de tortura tipificado en el Art. 119 del Código Orgánico Integral Penal establece penas irrisorias, en circunstancias que estos ilícitos cometidos en tiempos de guerra están amparados por una serie de instrumentos internacionales, entre ellos los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales.
3. El delito de tortura del Art. 151 del Código Orgánico Integral Penal, no define a la tortura y la circunscribe a los servidores públicos, sin tomar en consideración a la cometida por grupos terroristas, delictuales, paramilitares e incluso personas particulares, poniendo énfasis solo en los agentes del Estado aplicándole unas penas irrisorias.
4. El Estado ecuatoriano no cumple las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ocurrió con la que se dictó en la causa “Tibi v/s Ecuador” en septiembre del año 2004, respecto de hechos ocurridos el año 1995, destacando que la Corte mediante resolución de supervigilancia del cumplimiento de la sentencia expuso que el Estado de Ecuador no ha pagado la totalidad de la indemnización, no ha hecho las publicaciones a las que fue obligado en la República de Francia (lugar de origen de la víctima) ni menos identificado, juzgado y castigado a los agentes públicos que torturaron, robaron, detuvieron ilegalmente y lo sometieron a una prisión preventiva de más de veinte y ocho meses, lo que violaba la Constitución vigente.
5. De acuerdo a informe de la Comisión de la Verdad, los delitos más numerosos ocurridos en el período investigado, ascendieron a 365 torturas, no constituyendo ninguna delito de lesa humanidad, sino que, una tortura que atentaba contra el derecho a la integridad personal, hoy tipificado en el Art. 151 del COIP,

sucedido que debido a la poca acuciosidad investigativa del Estado, como ocurrió en el caso Tibi v/s Ecuador, los delitos corren el peligro de prescribir por la omisión de las autoridades en su persecución.

6. Para solucionar los defectos jurídicos del delito de tortura tipificado en el Art. 89 del Código Orgánico Integral Penal se distingue esta clase de delitos en concordancia con el Art. 77.1.b del Estatuto de Roma, en donde se sanciona con una pena más grave quien cometa un delito o a quien cometa varios o utilice extrema crueldad en los mismos, contraviniendo la normativa internacional, proponiéndose aplicar el máximo de la pena de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 59 del COIP.
7. Al delito de tortura tipificado en el Art. 119 del Código Orgánico Integral Penal se le ha aumentado su penalidad, en concordancia con la gravedad de los hechos que supone la tortura en tiempos de guerra, todo ello en conformidad a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales.
8. Al delito de tortura del Art. 151 del Código Orgánico Integral Penal, se lo define de conformidad a lo dispuesto en el Art. 1 de la Convención Internacional contra la Tortura, Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes, ampliando el sujeto activo ya que además de los sujetos activos, se extiende a los grupos terroristas, delictuales, paramilitares e incluso personas particulares, aumentándole las penas y declarando al delito imprescriptible y no susceptible de amnistía, indulto ni excarcelación atendida la gravedad de los hechos y el grave perjuicio a la integridad física, psíquica, moral y sexual del o de la víctima.

RECOMENDACIONES

1. Debido al incumplimiento del Estado ecuatoriano de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ocurrió con la que se dictó en la causa “Tibi v/s Ecuador” en septiembre del año 2004, se recomienda la imprescriptibilidad del delito a fin de evitar la impunidad de los autores, la inhabilitación de los mismos en el caso que sean profesionales que intervengan para aumentar el dolor de la víctima, recomendándose, además, la prohibición de la amnistía, el indulto y la excarcelación de los autores.

2. Por ser la tortura el delito de cometimiento más frecuente en el Ecuador, según el informe de la Comisión de la Verdad, se recomienda como medida preventiva establecer una norma con sanciones drásticas que desincentive a los posibles autores, normativa que, igualmente, deberá aplicarse a quienes cometan este ilícito con todas las consecuencias que ello genera, destacando que la imprescriptibilidad del delito permitirá perseguir sin límites de tiempo a los responsables de los mismos, evitando que la omisión o falta de acuciosidad de las autoridades del Estado genere una impunidad que afecta a las víctimas, sus familiares y personas honestas de este país.

BIBLIOGRAFÍA

- **Albán Gómez, Ernesto:** (2009) *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. Ediciones Legislativas S.A, Quito, Ecuador.
- **Alonso Niño, Edwin Hernando y Orjuela Melo, Luz Angélica María:** (2011) *La tortura como crimen de lesa humanidad. Análisis a la luz de instrumentos internacionales*. Revista Estudios en Derecho y Gobierno, enero – junio de 2011, vol. 4, no.1, Bogotá, Colombia.
- **Amezquita López, Aura Marina:** (2010) *Análisis jurídico de la criminalidad de los delitos de tortura en la legislación guatemalteca*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad San Carlos de Guatemala, Ciudad de Guatemala, Guatemala.
- **Amnistía Internacional:** (2014) *La tortura en 2014, 30 años de promesas incumplidas*.
- **Ambos, Kai:** (2009) *Terrorismo, tortura y Derecho Penal*. Atelier Libros Jurídicos. Justicia Penal. Gottingen.
- **Carbajosa, Ana:** (2006) *“Hijos de la limpieza étnica. Las madres violadas en la guerra de los Balcanes rompen el silencio y empiezan a exigir justicia”*. Diario El País de España, domingo 09/04/2006,
- **Comisión Interamericana de Derechos Humanos:** (1997) Informe n° 12/97 Caso 11.427 Sobre Admisibilidad, Caso Víctor Rosario Congo v/s Ecuador, 12 de marzo de 1997
- **Comisión de la Verdad:** (2013 Informe Comisión de la Verdad, Violaciones de los Derechos Humanos en Ecuador 1994 – 2008. Quito
- **Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas:** (2012) *Informe sobre la situación de la tortura en México*. 49 período de sesiones del 29/10/2012 al 23/11/2012, México-Ginebra

- **Cousiño Mac Iver, Luis:** (1975) *Derecho Penal chileno. Parte General. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- **Díaz Plata, María del Mar,** El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XX (1977). Cursos e Congreso No.104, Servicio de Publicaciones da Universidad de Santiago de Compostela. ISSN 1137-7550.26-102
- **Galdámez, Liliana:** (2006) “*La Noción de la Tortura en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, Revista Center for Justice and International Law CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional), año 1, N° 02, septiembre de 2006.
- **García Cantizano,** *Los delitos contra la humanidad, 2da parte, Desaparición Forzada y Tortura,* Gaceta Jurídica, 1999, en su Informe COMISEDH ‘La Tortura en el Perú y su regulación legal’
- **Gordillo, Agustín, Marcelo Ferreira y otros:** (2007) *Derechos Humanos. Capítulo XIII Crímenes de lesa humanidad: fundamentos y ámbitos de validez.* Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Argentina
- **Gorete Marques de Jesus, María** (2009) *El crimen de tortura y la justicia criminal.* Tesis de Post-Graduación en Sociología, Universidad de Sao Paulo, Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias Humanas, Departamento de Sociología, Sao Paulo Brasil.
- **Grima Lizandra, Vicente** (1998) *Los delitos de tortura y tratos degradantes por los funcionarios públicos.* Editorial Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, Valencia, España
- **Lockhart, José Francisco:** (2014) *La prueba ilícita en el proceso penal.* Revista Intercambios N° 16, Universidad de la Plata, La Plata, Argentina.
- **Nash Rojas, Claudio:** (2008) *Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.* Conferencia dictada en el Seminario Internacional “Hacia la implementación en Uruguay del Protocolo Facultativo a

la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes”, celebrado en Montevideo el 30/09/2008.

- **Pavón Vasconcelos, Francisco:** (2010) *Diccionario de Derecho Penal*. Editorial Porrúa, México D.F., México.
- **Pérez Vaquero, Carlos:** (2012) Los sistemas pensilvánico, auburniano y progresivo. Revista Virtual Iustopía, Valladolid, España.
- **Rodríguez Collao, Luis:** (2011) *Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI, Valparaíso, Chile.
- **Seeking Reparation for Torture Survivors (REDRESS):** (2006) *Guía de Implementación nacional de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes*. Londres, Inglaterra.
- **Suárez López, Carlos Alberto:** (2007) *El delito de tortura a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Revista Análisis Internacional (RAI) N° 7, Bogotá, Colombia
- **Varela Ramírez, Francisco Enrique:** (2009) *La tortura como presupuesto para la violación de derechos humanos*. Tesis doctoral. Departamento de Derecho Público General. Área de Derecho Penal, Universidad de Salamanca, Salamanca, España
- **Zúñiga Rodríguez, Laura:** (2007) *El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, España.

LINKOGRAFÍA

- *Algunas consideraciones sobre el delito de Tortura en el Perú.* www.teleley.com/articulos/art_140708.3.pdf. Consultado 17 de abril.2015.
- **Ateísmo para cristianos:** (2010) *Instrumentos de tortura durante la inquisición.* <http://ateismo/paracristianos.blogspot.com/2010/07/instrumentos-de-tortura-durante-la.html>
- **Cobo Castillo, Ricardo:** (2008) *El dolo y la culpa en materia penal.* Revista Judicial derechoecuador.com. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2008/05/30/el-dolo-y-la-culpa-en-materia-penal>
- **Comisión Interamericana de Derechos Humanos:** (2011) *Documentos básicos.* <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp>
- **Corte Nacional de Casación Penal de Argentina:** (1996) *Caso 921, registro 1237 de 12/11/1996 Eulquín, Leonardo/Recurso de Casación.* Instituto de Estudios Penales, Buenos Ares, Argentina, <http://www.iestudiospenales.com.ar/parte-especial/delitos-contrala-libertad/jurisprudencialocal/1289-tortura-distincion-con-el-apremio-ilegal-intensidad-del-pa-decimimiento-desconocimiento-de-la-otra-persona-como-tal-en-cuanto-a-la-dignidad-del-hombre.htm>
- [Es.wikipedia.org/wiki/El_fin_justifica_los_medios](http://es.wikipedia.org/wiki/El_fin_justifica_los_medios). Consultado 26 de 04.2015.
- **Faus, Joan:** (2012) *Irán aplica penas de hace 3.800 años* <http://www.publico.es/internacional/iran-aplica-penas-3800-anos.html>
- **Felgueras, Santiago, Filippini, Leonardo y Muñoz, Rosario:** (2010) *La tortura en la jurisprudencia argentina por crímenes del terrorismo de Estado.* <http://www.cels.org.ar/common/documentos/filippini-felgueras.pdf>.
- **Meneses, Armando:** (2013) *“Prohibición de la tortura”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Suprema Corte de la Nación (México) y

Fundación Konrad Adenauer, Biblioteca virtual de la UNAM,
<http://biblio.juridicas.unam.mx>

- **Nicola Kilian, Katleen:** (2014) *La tortura y la evolución histórica de las pruebas en el proceso de racionalización del derecho*. Revista Digital Contenido Jurídico Brasilia-DF: 22/052014. <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48202&seo=1>
- **Organización de Naciones Unidas:** (1998) *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. A/CONF. 183/9, de 17 de julio de 1998, [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- **Pinargoty Alonzo, Alfredo:** (2011) *La tortura como delito de lesa humanidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. http://www.revista juridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/29/29_143a214_la_tortura.pdf
- **Proyecto Colombia Nunca Más** (2000) www.amazon.com/Colombia-nunca-mas.../9589454, Bogotá, Colombia
- **Vaccani, Giglia:** (2013) *Los métodos de tortura que institucionalizó la dictadura de Pinochet*. Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. Revista Digital clickmagazine.cl. Santiago, Chile.
- **Legislación Nacional E Internacional**
Constitución de la República del Ecuador (2008)
Código Orgánico Integral Penal
- **Internacional**
Convención Internacional contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (1984)
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985)
Convención Americana de Derechos Humanos (1969)
Declaración Universal de Derechos Humanos
Estatuto de Roma